



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

**CAROLINE NOGUEIRA TEIXEIRA DE MENEZES**

**CONTRATOS EXISTENCIAIS: REVISITANDO OS ELEMENTOS  
CONTRATUAIS À LUZ DE UMA HERMENÊUTICA EMANCIPATÓRIA**

**UBERLÂNDIA (MG)**  
**2016**

**CAROLINE NOGUEIRA TEIXEIRA DE MENEZES**

**CONTRATOS EXISTENCIAIS: REVISITANDO OS ELEMENTOS  
CONTRATUAIS À LUZ DE UMA HERMENÊUTICA EMANCIPATÓRIA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

**UBERLÂNDIA (MG)  
2016**

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

---

M543c Menezes, Caroline Nogueira Teixeira de, 1990-  
2016 Contratos existenciais : revisitando os elementos contratuais à luz de  
uma hermenêutica emancipatória / Caroline Nogueira Teixeira de  
Menezes. - 2016.  
219 f.

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

1. Direito - Teses. 2. Contratos - Teses. 3. Hermenêutica (Direito) -  
Teses. I. Martins, Fernando Rodrigues. II. Universidade Federal de  
Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

---

CDU: 340

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

### **CONTRATOS EXISTENCIAIS: REVISITANDO OS ELEMENTOS CONTRATUAIS À LUZ DE UMA HERMENÊUTICA EMANCIPATÓRIA**

**Uberlândia, 29 de fevereiro de 2016.**

---

**Fernando Rodrigues Martins**  
**Universidade Federal de Uberlândia**

---

**Luiz Carlos Goiabeira Rosa**  
**Universidade Federal de Uberlândia**

---

**Maria Paula Costa Bertan Muñoz**  
**Universidade de São Paulo - Ribeirão**

**Dedico este trabalho aos meus pais,  
Paulo José e Maria Helena,  
Às minhas irmãs, Natália e Thaline,  
Ao meu amor, Mateus  
Amo vocês!**

## AGRADECIMENTOS

A jornada de um Mestrando é longa e árdua, com obstáculos constantes e desafios diários. Jornada esta que agregou uma enorme bagagem de conhecimentos, novos valores e gerou novos laços de amizade. Fora graças ao incentivo, força, apoio e companheirismo incondicionais concedidos pelos meus familiares, amigos, professores e colegas do Direito que a conclusão desta etapa tornou-se possível.

Primeiramente, agradeço à Deus, por me conceder a vida e a oportunidade de viver este momento. Agradeço-o por ser maravilhoso e presente em minha vida, sempre me iluminando e guiando meus passos.

Aos meus pais, pelo exemplo de força, caráter e determinação, pelos conselhos, pelo imenso amor, pela nobreza de seus gestos, pelo tempo concedido para orientação e por me guiarem, sempre assegurando a melhor direção para meus passos. Não há palavras para mensurar o quão sou grata a vocês e quanto são importantes em minha vida. Obrigado por sempre acreditarem em mim.

Às minhas irmãs, Natália e Thaline que estiveram ao meu lado todos os dias desta caminhada, sempre acreditando em mim. Juntas me ajudaram a superar todas as angústias e medos sem jamais desistirem de mim.

Ao meu namorado, Mateus, por todo amor dedicado a mim. Por todas as palavras de incentivo, pelo abraço amigo, pelo companheirismo, pela paciência e sensatez. Por não me deixar vencer pelo cansaço e a buscar sempre a realização dos meus sonhos.

Aos meus amigos do mestrado, por tornarem esta jornada mais prazerosa, especialmente, ao Vagner Bruno e a Maristela Medina, pelo companheirismo e amizade verdadeira.

À Isabel Arice Koboldt, pela dedicação e, sobretudo pela amizade. Por ser verdadeira e.

Ao meu orientador, por despertar em mim a paixão pelo Direito Civil e Direito do Consumidor, sobretudo, por me incentivar a acreditar e lutar por uma sociedade mais humana. Agradeço ainda a paciência e dedicação de sempre.

À Prof. Dra. Maria Paula Costa Bertran Muñoz, por ter aceito de prontidão o convite e pela disponibilidade para fazer parte desta banca.

Aos professores do Mestrado, por todo o conhecimento compartilhado.

À Universidade Federal de Uberlândia, pela estrutura e oportunidade.

*Não basta a agudeza intelectual para descobrir uma coisa nova. Faz falta entusiasmo, amor prévio por essa coisa. O entendimento é uma lanterna que necessita de ir dirigida por uma mão, e a mão necessita de ir mobilizada por um anseio pré-existente para este ou outro tipo de possíveis coisas. Em definitivo, somente se encontra o que se busca e o entendimento encontra porque o amor busca. Por isso todas as ciências começaram por ser entusiasmos de amadores. A pedanteria contemporânea desprestigiou esta palavra; mas amador é o mais que se pode ser com respeito a alguma coisa, pelo menos é o germe todo.*

*(Ortega y Gasset).*

## RESUMO

O presente trabalho se propôs a desenvolver a nova dicotomia apresentada pelo autor Antônio Junqueira de Azevedo, qual seja, contratos de lucro e contratos existenciais, à luz de uma hermenêutica emancipatória. Nessa linha, faz-se necessário revisitar a teoria do negócio jurídico, de forma a propor a construção de elementos e pressupostos próprios dos contratos existenciais, a fim de que tal classificação possa ser utilizada como parâmetro a auxiliar a interpretação e aplicação do direito quando diante de uma relação jurídica de natureza contratual, cujo objeto seja a própria subsistência humana. Para tanto, parte-se de uma visão interdisciplinar para demonstrar como as mudanças no ambiente social, bem como a função dos intelectuais influenciaram na construção desta nova dicotomia proposta. A passagem da modernidade para a pós-modernidade, da função de legisladores para a de intérpretes da sociedade, sem com isso representar uma ruptura, impôs a visão de que o contrato deve ser visto mais do que um instrumento de livre jogo econômico entre dois contratantes, mas também ferramenta preciosa para tutela e promoção da pessoa humana e, também porque não dizer espaço para sua emancipação. Nesta linha, os contratos existenciais reclamam um tratamento diverso para a efetiva proteção destes contratantes, pois os juízes têm de garantir às suas necessidades fundamentais, o que não significa o desprezo pelo mercado, tampouco da função social que este exerce na sociedade. Afinal, o mercado também é responsável pela garantia de alguns direitos fundamentais. Tal tratamento diverso e qualitativo se impõe, pois se reconhece a vulnerabilidade destes sujeitos, a partir da essencialidade do objeto contratado. O que significa dizer que propõe-se uma ampliação do princípio da vulnerabilidade para além do consumidor, de forma a tutelar outras pessoas que se encontram em situação de análoga desigualdade. Assim, o princípio da vulnerabilidade torna-se eficaz instrumento para suprir as falhas emancipatórias do ordenamento para com estes novos sujeitos desvantajados. Para a realização deste trabalho adotou-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se da análise da teoria geral do negócio jurídico para construção de elementos e pressupostos dos contratos existenciais. Com especial destaque à argumentação jurídica para justificar a ampliação do princípio da vulnerabilidade, bem como para melhor abordagem dos contratos existenciais no caso concreto. Nessa linha, utilizou-se do método de procedimento monográfico, que envolve pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Os procedimentos técnicos adotados foram a análise teórico e qualitativo, pois este estudo visou aprofundar a compreensão dos institutos privados baseados na dignidade da pessoa humana pelos aplicadores do direito, para que estes possam, no caso concreto, valer-se desta nova hermenêutica proposta.

**Palavras-chave:** Contrato existencial. Hermenêutica emancipatória. Vulnerabilidade.

## ABSTRACT

The present work proposed to develop the new dichotomy presented by the author Antônio Junqueira de Azevedo, namely profit contracts and existential contracts, in light of an emancipatory hermeneutics. Said that, the theory of legal business is revisited in a way to propose the construction of elements and assumptions particular of the existential contracts in order that this classification becomes able to be used as a parameter to assist the interpretation and application of law when against one juridical relationship of contractual nature, whom object is the human subsistence. To do so, the work was based on an interdisciplinary vision to demonstrate how the changes on the social environment, just like the function of the intellectuals, influenced on the construction of this new dichotomy proposed. The transition of the legislators' function to society interpreters between the modernity to the postmodernity, without representing a break, imposed the impression that the contract ought to be seen more than a free economics game instrument between two contractors, but also a precious tool for the guardianship and promotion of the human person and even for its emancipation. In this context, the existential contract claim a diverse treatment for the effective protection of these contractors, once the judges have to ensure this fundamental needs. This doesn't reclaim the contempt for the Market neither of its social function on the society. After all, it is also responsible for the assurance of some fundamental rights. That diverse and qualitative treatment imposes itself because the vulnerability of these subjects gets recognized by means of the contracted object's essentiality. This mean to propose one extension of the vulnerability beyond the consumer, in a way to protect other people that find themselves in a similar inequality situation. Thereby, the vulnerability principle becomes one effective tool to supply the emancipatory flaws of the legal framework these new disadvantaged subjects. For the achievement of this work, the method of deductive approach has been adopted, because the base is the analysis of the Theory of the general legal Business for the construction of elements and assumptions of existential contracts. Thus, the argumentative method has been used to justify the extension of the principle of vulnerability, as to get a better approach of the existential contracts in the concrete case. In this context, the monographic procedure method has been used. It involves bibliographical and jurisprudential research. The technical procedures adopted were the theoretical and qualitative analysis, as the study aimed to deepen the comprehension of the private institutes based on the person's dignity by the law applicators. This focus on them becoming able to use this new hermeneutics proposed in a concrete case.

**Key Words:** Existential Contract. Emancipatory Hermeneutics. Vulnerability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ESCOLAS EPISTEMOLÓGICAS E HERMENÊUTICA CONTRATUAL EMANCIPATÓRIA .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Modernidade e a hermenêutica tradicional dos contratos.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2</b>	<b>Estado Social e a interpretação contratual .....</b>	<b>27</b>
<b>2.3</b>	<b>Pós-modernidade e a Jurisprudência dos Valores .....</b>	<b>37</b>
	2.3.1 Modelos Hermenêuticos .....	52
	2.3.2 Mudança de ambiente e de valores e sua influência no Direito: .....	59
<b>3</b>	<b>DIREITO PRIVADO E SEUS INSTRUMENTOS PARA A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS.....</b>	<b>70</b>
<b>3.1</b>	<b>O Código de Defesa do Consumidor: nova teoria contratual.....</b>	<b>72</b>
	3.1.1 Vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor .....	79
	3.1.2 Os tipos de vulnerabilidade .....	84
<b>3.2</b>	<b>Vulnerabilidade para além do Código de Defesa do Consumidor .....</b>	<b>89</b>
	3.2.1 “Igualdade com alma e calma” .....	91
	3.2.2 Proteção dos Vulneráveis como concretização da cláusula geral da dignidade humana .....	95
	3.2.3 Princípio da Vulnerabilidade: estrutura como instrumento para ampliação do seu campo de atuação .....	98
<b>3.3</b>	<b>Contrato existencial: instrumento para proteção dos vulneráveis .....</b>	<b>106</b>
	3.3.1 Teoria da Eficácia Direta .....	109
	3.3.2 Teoria da Eficácia Direta e Mediata ou Indireta .....	112
	3.3.3 Teoria dos deveres de proteção: à luz da vulnerabilidade .....	116
<b>4</b>	<b>REVISITANDO OS ELEMENTOS DO CONTRATO A PARTIR DO CONTRATO EXISTENCIAL .....</b>	<b>124</b>
<b>4.1</b>	<b>Elementos para a existência dos contratos existenciais.....</b>	<b>126</b>
	4.1.1 Elemento Subjetivo .....	127
	4.1.2 Objeto essencial.....	135
	4.1.3 Vínculo jurídico: para além da declaração de vontade.....	144
	4.1.4 Garantia: para além das garantias reais e fidejussórias .....	149
<b>4.2</b>	<b>Validade.....</b>	<b>154</b>
	4.2.1 Mínimo existencial .....	155

4.2.2	Interpretação em favor dos direitos humanos: uma interpretação a favor dos vulneráveis.....	160
4.2.2.1	<i>Diálogo de fontes: hermenêutica pós-moderna em busca do máximo desenvolvimento da pessoa humana e proteção dos vulneráveis.....</i>	166
<b>4.3</b>	<b>Eficácia e concretude dos contratos existenciais.....</b>	<b>170</b>
4.3.1	Regime jurídico privilegiado: maior incidência dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato .....	171
4.3.2	Contratos existenciais de moradia .....	183
4.3.3	Contratos existenciais de fornecimento de serviços públicos .....	187
4.3.4	Contratos existenciais de Transporte.....	190
<b>4.4</b>	<b>Hermenêutica emancipatória dos contratos existenciais .....</b>	<b>194</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>200</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>206</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito reflete as transformações vividas pela sociedade e pelo Estado, porquanto trata-se de uma espécie de experiência cultural, cujos valores e características encontram-se nos ordenamentos positivados da história. Por isso, o fenômeno jurídico deve ser analisado levando em conta o ambiente social, cultural e histórico em que foi produzido, tendo em vista que estes fatores são determinantes para traçarem seu caminho.

A sociedade atual vive um momento caracterizado pela pluralidade de fontes e de sujeitos, de grande fluidez do mercado, de informações, consumo, redes contratuais, despersonalização das relações jurídicas, crise de identidade, mas também carregado de um forte apelo humanitário com claro objetivo de tutelar e promover a pessoa humana em todas as suas dimensões.

Trata-se do ambiente denominado de pós-moderno que, apesar das inúmeras críticas recebidas quanto ao uso do termo, o presente trabalho entende pela aplicação da expressão, pois reflete bem este contexto complexo e plural, de cujo recebimento pelo pensamento jurídico é de grande dificuldade. Instala-se, assim, o problema de como tutelar todas estas novas necessidades frutos deste tempo pós-moderno? Como tutelar os desvantajados deste processo global?

A resposta inicial para a complexidade do momento atual, isto é, o elemento guia desta sociedade globalizada está centrada nos próprios direitos humanos, estes considerados como novos e únicos valores seguros a reconstruir a ciência do direito.

Impõem-se, assim, uma nova visão ao ordenamento jurídico. Particularmente, o direito privado assume um novo papel social, protetor da vida humana em sua integralidade, contemporâneo com a sociedade que lhe incumbe pacificar. Afinal, a regra hermenêutica atual é a de harmonia de interesses, proteção dos mais fracos e a favor do homem.

Consequentemente, esta perspectiva contribui para a construção de uma hermenêutica jurídica emancipatória, isto é, caracterizada pela função promocional e pela valoração da pessoa nas diversas situações jurídicas, especialmente por concretizar a autonomia e independência da pessoa no seio da sociedade e no ordenamento jurídico. A partir da emancipação da pessoa, portanto, permite-se compreender igualmente a emancipação da sociedade e do ordenamento jurídico para cumprir o objetivo primordial da Constituição Federal, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais.

É sob este viés que se aborda a nova dicotomia apresentada pelo autor Antônio Junqueira de Azevedo, qual seja, contratos de lucro e contratos existenciais, cuja classificação permite impor a aplicação de um regime diferenciado aos contratos cujo objeto seja qualificado pela sua imprescindibilidade à subsistência humana. Afinal, ao impor um regime jurídico diverso e qualitativo, este impede que os contratantes que do bem essencial necessitam sejam colocados em situação de rebaixamento de sua qualidade de vida.

Assim, quando se emancipa pelo ordenamento jurídico, ao sujeito é dado formar pensamento e ser incluso na sociedade, pois quando se exige o reconhecimento da vulnerabilidade dos sujeitos que contratam bens essenciais à sua subsistência preserva-se a autonomia e, conseqüentemente, a dignidade destes contratantes. Ora, o reconhecimento da vulnerabilidade é mesmo fonte para a emancipação destas pessoas cujo ordenamento jurídico não foi capaz de proteger. Ao princípio da vulnerabilidade, portanto, é dado a função de colmatar lacunas, mas também dever-ser exigente de maior tutela dos direitos fundamentais.

Na mesma linha, os elementos e pressupostos dos contratos classificados em existenciais são reformulados sob esta perspectiva emancipatória. Isto é, analisados sob a estrutura do negócio jurídico, os contratos existenciais demonstram a exigência de algumas particularidades para sua existência, validade e eficácia, tendo em vista que o tônus desta relação reside, especialmente, na vulnerabilidade do sujeito e na essencialidade do contrato.

Portanto, a hipótese do presente trabalho é de que maneira os contratos existenciais contribuem para a emancipação da pessoa humana perante o Estado e a sociedade. Para responder tal questão, faz-se necessário uma abordagem desde as peculiaridades de cada momento histórico, bem como da atuação do legislador até uma análise da nova teoria contratual propugnada pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual é a base principiológica e instrumental para os contratos existenciais.

Para tanto, no primeiro capítulo aborda-se a passagem da modernidade ao momento pós-moderno, bem como a transição do legislador para o intérprete. Não que isto represente uma ruptura, mas, finalmente, reconhecem-se as fragilidades das metanarrativas na modernidade e a insuficiência da subsunção do fato à norma aos novos valores sociais.

Nessa linha, desde a tradicional jurisprudência dos conceitos até os dias atuais, as regras de interpretação apresentam-se distintos. Vários métodos interpretativos foram

criados para melhor compreensão da lei e dos fatos sociais. Neste ínterim, dado o caráter dinâmico das relações de vida sobre as quais a norma deve incidir, a hermenêutica, que antes era ignorada pelos legisladores, alcança significado amplo e ciência própria, ainda mais com a nova ordem de valores pautada nos direitos humanos, dignidade da pessoa humana e vulnerabilidade.

Ademais, de uma estrutura abstrata, completa e fechada do ordenamento jurídico passa-se a uma estrutura fragmentada, flexível e lacunosa. Da mesma forma, segue as relações contratuais, pois estes não se baseiam mais exclusivamente na autodeterminação e autovinculação das partes. Além da vontade das partes, ao contrato pós-moderno o contexto social muito interessa, sem contar o fator mercadológico, de cuja interação entre estes sistemas se faz necessário.

O Código de Defesa do Consumidor, inclusive, representa bem esta mudança de contexto, pois impõe uma harmonia entre a proteção dos consumidores e a tutela do próprio mercado, a partir de instrumentos próprios de sua dogmática, especialmente o princípio da vulnerabilidade.

Em seguida, no capítulo dois, destaca-se a importância da presunção de vulnerabilidade atribuída ao consumidor, tendo em vista ser este um agente constantemente inserido em um ambiente mercadológico, de grande circulação de mercadorias e informações, publicidade enganosa, redes contratuais e, portanto, um ambiente onde se presume estar o consumidor em situação de desvantagem, desigualdade.

No entanto, não é somente os consumidores que não tem os mesmos recursos da outra parte da relação jurídica ou encontra-se em um estado de confrontação excessiva com os interesses do mercado, razão pela qual se defende neste trabalho a ampliação da vulnerabilidade para além do âmbito consumerista. Para tanto, faz-se uso de uma argumentação jurídica que defende ser a vulnerabilidade instrumento de equidade, razão pela qual esta pode ser reconhecida no caso concreto quando verificado a essencialidade do objeto contratual ao sujeito que dele se utilize.

Ademais, sendo a dignidade uma cláusula de proteção da vulnerabilidade, esta permite uma ampliação da sua incidência quando verificado o prejuízo existencial da pessoa humana. Por fim, realça-se a estrutura principiológica da vulnerabilidade, que permite sua incidência para todo ordenamento jurídico, ainda mais sendo este decorrente do princípio constitucional da igualdade.

Não fosse isso suficiente, a vulnerabilidade ainda irradia outros efeitos relevantes, quais sejam, permite a aplicação direta e mediata dos direitos fundamentais nas relações

privadas e ainda exige a intervenção do Estado nestas relações com vista à proteção dos agentes vulneráveis mediante *imperativos de tutela*. O que faz dos contratos existenciais um eficaz instrumento na tutela dos vulneráveis, pois impõe a atuação da vulnerabilidade a estas situações que estiverem à margem do sistema de proteção do consumidor, tendo em vista o que impõe os direitos fundamentais na proteção da pessoa humana.

Por fim, no capítulo três, desenvolve-se a estrutura do contrato existencial sob a ótica da teoria geral do negócio jurídico, haja vista a intenção do trabalho em seguir o pensamento do marco teórico do trabalho, Antônio Junqueira de Azevedo. Embora pareça contraditório, tendo em vista o contexto pós-moderno que este trabalho se desenvolve, a estrutura do negócio jurídico ainda se faz importante para dar segurança e flexibilidade àqueles que se utilizarão desta nova classificação.

Nessa linha, fixam-se os elementos e pressupostos necessários para os contratos assim classificados existirem, serem válidos e eficazes. Na verdade, tratam-se de propostas que aqui são desenvolvidas na intenção de guiar o intérprete ao melhor resultado, cuja hermenêutica caminha na direção norma mais favorável à pessoa humana, à vítima, ao vulnerável. Mais do que isso, revisita-se os pressupostos clássicos na intenção de serem estes fundamentos aptos para promoverem e emanciparem estas pessoas desvantajadas.

## 2 ESCOLAS EPISTEMOLÓGICAS E HERMENÊUTICA CONTRATUAL EMANCIPATÓRIA

Ao abordar este tema da hermenêutica, importante ter em mente que há diversas concepções a seu respeito. Há quem identifique os institutos da hermenêutica e da interpretação como sendo sinônimos<sup>1</sup>, mas, segundo o autor Maximiliano, estes termos não se confundem. Isto porque, segundo este autor, a hermenêutica tem “por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”<sup>2</sup>, ao passo que a interpretação está voltada à aplicação da hermenêutica, com a função precípua de desvendar os princípios que a regem.

Outros, no entanto, dão à hermenêutica um conceito mais amplo, pois entendem que a hermenêutica compreende não apenas a interpretação, mas também a aplicação<sup>3</sup> do direito. Afinal, o método da interpretação é também método de aplicação e, portanto, o objetivo de ambos é o pleno respeito dos fundamentos constitucionais<sup>4</sup>.

É a partir deste ponto, que a hermenêutica, em sentido geral, ganha relevância no presente trabalho, pois esta atinge sua dimensão mais adequada quando deixa de ser apenas um conjunto de métodos e de técnicas de explicação de texto, para ser também um processo de construção, funcionalização e transformação do direito.

Veja, a proposta de classificar os contratos em existenciais ou contratos de lucro não é outra coisa senão essa tentativa dos intérpretes em estabelecer elementos e padrões hermenêuticos eficazes para a tutela e promoção da pessoa humana, no caso concreto. Afinal, reconhece a essencialidade do bem contratado à subsistência humana e ainda confere proteção especial dado sua posição de vulnerável nesta relação contratual.

---

<sup>1</sup> O autor Mazotti espousa a ideia que o termo hermenêutica e interpretação “[...]podem ser utilizados como sinônimos na seara jurídica, uma vez que, no campo do Direito, a utilização de ambas se refere a uma pesquisa de sentido da norma, sem maiores consequências teóricas e dogmáticas daí advindas”. O mesmo, no entanto, não ocorre no campo da filosofia. MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 10.

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 13.

<sup>3</sup> O termo aplicação refere-se, sobretudo na hermenêutica jurídica, “[...] uma interpretação que não se restringiria apenas a pensar, refletir ou teorizar um entendimento acerca de um texto legal. A lei, expressa no ordenamento jurídico e discutida em um processo, deve sempre conduzir a uma decisão concreta, isto é, uma sentença judicial que aplica a norma em questão”. MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 11.

<sup>4</sup> MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In.: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 90.

Tal é a relevância da hermenêutica, pois conforme bem expõe Dworkin<sup>5</sup>, tudo é passível de interpretação, até mesmo os animais dependem dela. O homem vive sem linguagem, mas não sem interpretação. Tanto é que, “desde que acordamos de manhã, até que adormecemos, estamos a ‘interpretar’, [...] pois a interpretação é acto essencial do pensamento humano”<sup>6</sup>.

No entanto, o papel do intérprete jurídico é atual. Até então, a função desenvolvida pelo intelectual moderno era apenas de legislador, cuja tarefa era a manutenção e aperfeiçoamento da ordem social. O papel de facilitar a comunicação e compreensão entre os participantes, bem como de traduzir afirmações feitas no interior de um sistema é do intérprete em uma sociedade pós-moderna<sup>7</sup>.

Dito isso, é de se afirmar que o mundo contemporâneo é impróprio para os intelectuais que atuam apenas como legisladores<sup>8</sup>. Há que se viver em plenitude com este novo paradigma que salta do legislador para o intérprete, da modernidade para a pós-modernidade. Não que isto represente uma ruptura, mas, finalmente, reconhece-se que não há nenhum déspota esclarecido e que a interpretação da sociedade e da sua realidade demonstra-se uma boa saída para a sociedade contemporânea.

Ora, dado a complexidade e pluralidade da sociedade atual, interpretar é mesmo uma boa estratégia para abandonar o discurso universal e abstrato e alcançar aqueles sujeitos que estão por detrás das normas jurídicas. Afinal, interpretar vai além das normas jurídicas e aplicação de métodos literais, pois exige o reconhecimento da realidade social, o que corrobora para uma constante renovação do Direito, pois este se mostra como “uma espécie de experiência cultural, uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Segundo Dworkin: “Os historiadores interpretam épocas e acontecimentos, os psicanalistas interpretam sonhos, os sociólogos e antropólogos interpretam sociedades e culturas, os advogados interpretam documentos, os críticos interpretam poemas, quadros e peças de teatro, os padres e rabinos interpretam textos sagrados, e os filósofos interpretam conceitos controversos. Cada um desses gêneros de interpretação abriga uma grande variedade de atividades aparentemente diferentes. Os advogados e juristas interpretam contratos, testamentos, leis, precedentes, a democracia e o espírito das Constituições; discutem sobre o quanto os métodos adequados a cada um desses exercícios valem também para outros”. DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2014, p.187.

<sup>6</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica** – Reimp. – (O saber da filosofia; 15). Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 2011, p. 20.

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intérpretes. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 176.

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intérpretes. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 158.

<sup>9</sup> REALE, Miguel. **O direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111.

Dito isso, o próprio direito não é o mesmo. De uma estrutura abstrata, completa e fechada do ordenamento jurídico passa-se a uma estrutura fragmentada, flexível e lacunosa. As relações contratuais também se expandem e assumem tipologias inimagináveis. Inclusive, desde a tradicional jurisprudência dos conceitos até os dias atuais, as regras de interpretação apresentam-se distintos. Vários métodos interpretativos<sup>10</sup> foram criados para melhor compreensão da lei e dos fatos sociais. Neste ínterim, dado o caráter dinâmico das relações de vida sobre as quais a norma deve incidir, a hermenêutica, que antes era vista pelos juristas somente como normativa<sup>11</sup>, alcança significado amplo e ciência própria, ainda mais com a nova ordem de valores pautada nos direitos humanos, dignidade da pessoa humana, boa-fé-objetiva, confiança, dentre outros.

Tanto é verdade, que hermenêutica contratual que antes era baseada na “dialética entre autonomia privada e ordenamento jurídico”<sup>12</sup> passa a ser apreendida, sobretudo, por critérios que atuam de forma coordenada com a base principiológica constitucional.

Neste sentido, os contratos não se baseiam mais exclusivamente na autodeterminação e autovinculação das partes, como ocorria outrora. A valorização de preceitos éticos e sociais também integra o conceito de contrato, conforme pode ser observado nos artigos 112 e 422, ambos do Código Civil.

Daí sua elevada importância, pois a hermenêutica possibilita, a partir da interpretação, a realização dos valores de cada sociedade, sempre com vistas à justiça condizente à sua época. No caso do atual momento, à concretização dos direitos humanos.

Inclusive, destacam-se neste trabalho alguns métodos hermenêuticos que ressaltam os direitos humanos e, conseqüentemente, tutelam e promovem à pessoa humana. Os métodos argumentativos, concretizador, participativo e tópico trabalham todos para o melhor resultado, todos iluminados e racionalizados conforme a interpretação mais favorável ao homem.

Conseqüentemente, esta perspectiva contribui para a construção de uma hermenêutica jurídica emancipatória, isto é, caracterizada pela função promocional e pela

---

<sup>10</sup> É sabido que para se falar em hermenêutica passa-se pelas escolas filosóficas e os métodos interpretativos da lei no campo do direito. Dentre estas escolas, destaca-se a Escola bíblica; a Escola filológica; a *hermenêutica universal* de Schleiermacher; a Escola histórica; a Escola fenomenológica; Paul Ricoeur e os sistemas de interpretação. No entanto, tais escolas não serão desenvolvidas no presente trabalho.

<sup>11</sup> Hermenêutica normativa de Emilio Betti: “a interpretação é um processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente, através de uma realidade análoga à que originou uma forma significativa”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.48.

<sup>12</sup> VICENZI, Marcelo. **A interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução dos conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

valorização da pessoa nas diversas situações jurídicas, especialmente por concretizar a autonomia e independência da pessoa no seio da sociedade e no ordenamento jurídico, bem como por reconhecer suas necessidades concretas. A partir da emancipação da pessoa, portanto, permite-se compreender igualmente a emancipação da sociedade e do ordenamento jurídico para cumprir o objetivo primordial da Constituição Federal, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais.

Nesta linha, a proposta de classificação<sup>13</sup> dos contratos em existenciais<sup>14</sup> projeta-se como exemplo desta hermenêutica emancipatória, pois, ao enfatizar como elementos para sua existência a pessoa natural e vulnerável, bem como a essencialidade do objeto contratado à subsistência humana, desenvolve sua função promocional, pois permite ao intérprete atuar favoravelmente à pessoa humana e concretizar seu livre desenvolvimento na sociedade. Em outras palavras: o contrato existencial impõe a aplicação de regime jurídico que eleve o contratante vulnerável à posição de igualdade e que permita-lhe fruir um mínimo essencial à sua subsistência.

Para tanto, é necessário revisitar a hermenêutica utilizada em outros períodos, pois sendo o Direito fenômeno histórico-social e mutante por natureza, o conhecimento destas tradições é indispensável para a compreensão da atual ordem jurídica privada vigente, pois foi através da emancipação destas, que a história do direito adquiriu a capacidade de visionar problemas e propor alternativas para não se perder no tempo. Como é o caso dos contratos existenciais.

## 2.1 Modernidade e a hermenêutica tradicional dos contratos

---

<sup>13</sup> Segundo Sampaio Jr, “as diversas classificações e seus critérios surgem ao sabor dos problemas que a dogmática enfrenta na decisibilidade, os quais exigem distinções sobre distinções”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 133.

<sup>14</sup> Azevedo propugnou uma nova dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro: “[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XX –porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais tem como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. 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. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou da vida profissional”. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599.

A Era Moderna, foi o momento dos homens que se ergueram a partir da inabalável confiança na habilidade humana e na crença da superioridade da razão sobre as forças da natureza, explodindo-se assim, os grandes projetos da humanidade<sup>15</sup>. Inclusive, a razão foi o “[...] traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Trouxe em si a superação dos mitos, dos preconceitos, das aparências, das opiniões sem fundamento”<sup>16</sup>.

Na verdade, trouxe mais do que isso. Não se pode esquecer que momento anterior vivia-se o Estado absolutista, o qual se convertera em instrumento de opressão e de arbitrariedade sem limites. A liberdade, portanto, é uma das grandes conquistas da modernidade, em não estar sujeito à restrição ou ingerências do Estado na vida pessoal do homem.

Esta pretensa liberdade e a defesa pela razão como uma verdade global<sup>17</sup> e absoluta operaram uma profunda mudança no mundo, alcançando diversos setores<sup>18</sup>. No âmbito político, por exemplo, a modernidade foi marcada pela ascensão da burguesia ao poder e pelo surgimento do Estado Liberal, cujos anseios eram compatíveis com o liberalismo. O que demonstra que a visão moderna, era bastante conveniente e oportuna para esta situação política que florescia, pois sustentava a limitação do poder do Estado, bem como a sua não intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos.

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social [...] Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que

---

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é possível no mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 85.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo jurídico**. Ano I. Vol. I – nº. 6 – setembro de 2001, Salvador, p. 4. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

<sup>17</sup> Segundo Boaventura de Sousa Santos, “[...] sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautam pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. É esta sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem, Está consubstanciada, com crescente definição, na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e, finalmente, na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e Descartes. Sua preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro está bem patente na atitude mental dos protagonistas, no seu espanto perante as próprias descobertas e na extrema e ao mesmo tempo serena arrogância com que se mede com os seus contemporâneos”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as ciências**. 7ª ed. Porto: Afrontamento, 1995, p. 11.

<sup>18</sup> Estas modificações foram impulsionadas, sobretudo pelo iluminismo, movimento que aspirava a emancipação do homem pela razão, rompendo com a metafísica.

no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe<sup>19</sup>.

Tal conjuntura ainda criou o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista<sup>20</sup>, “pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas”<sup>21</sup>. A partir disso, o regime capitalista confirmou-se como o sistema mais adequado a este contexto, pois não só preservava as liberdades positivas e negativas, mas também se mostrava modelo de inclusão das classes proletárias, embora as desigualdades sociais já se demonstravam notáveis.

Nesta linha, a necessidade da nova classe em garantir o respeito das suas normas<sup>22</sup> e sua liberdade individual, também levou o direito a uma nova interface<sup>23</sup>: a de limitar o poder do Estado e construir um ordenamento fechado e completo, capaz de disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes<sup>24</sup>.

O Código de Napoleão, por exemplo, representou expressão máxima deste ordenamento completo, pois era entendido como “um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de certo domínio jurídico”<sup>25</sup>. Neste sentido, nenhuma liberdade era dada ao intérprete, o qual se limitava tão somente a explicar a lei, aceitando todos os seus defeitos<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42.

<sup>20</sup> Mesmo sendo considerados processos autônomos, eles se entrecruzaram de tal forma que fica difícil identificar o momento que um existiu sem o outro. Não é possível pensar na modernidade, sem pensar no modelo capitalista.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

<sup>22</sup> “Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Malheiros, 1996, p. 40

<sup>23</sup> “Esta racionalização, a individualidade e o antropocentrismo, marcam a passagem para a construção e consolidação de um novo mundo que legitima também uma nova forma de produzir, pensar e praticar o direito”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante*. **Revista Sequência**, nº 50, 2005 p. 25.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.71.

<sup>25</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Escola da Exegese*. In: **Digesta**: escritos acerca da história do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182.

<sup>26</sup> Segundo Diniz, “Laurent ponderava: ‘Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe mais incerteza, porque o direito está escrito nos textos, já há a segurança dos textos. Mas para que esta vantagem dos códigos seja real, é preciso que os juristas e os juízes aceitem sua nova posição de subalternos ao Código. Diria até que devem resignar-se a ela’”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 51.

O conceito clássico de contrato também é reflexo deste momento, pois ao mesmo tempo em que é tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão tivesse acesso aos bens imobiliários<sup>27</sup>, também se demonstrou eficaz instrumento de valorização da vontade do indivíduo, da sua autodeterminação.

A autodeterminação<sup>28</sup> era mesmo valor representante da verdadeira marca da modernidade e do seu direito, pois trouxe “[...] consigo um sopro emancipatório que profundamente alterou a imagem do homem. Ele agora é senhor de seu destino, o sujeito da liberdade e da propriedade, titular face ao Estado, de direitos e interesses individuais [...]”<sup>29</sup> que podem ser satisfeitos por impulso próprio.

A base desta capacidade de autodeterminação é desenvolvida à luz da autonomia da vontade que, na verdade, assume papel decisivo<sup>30</sup> no ordenamento jurídico e nos contratos, pois estabelecida a comum regulação contratual, “a função da ciência do direito era a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes”<sup>31</sup>. Tanto é que não era proporcionada a possibilidade de intervenção

---

<sup>27</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

<sup>28</sup> Segundo o autor Ribeiro, a autodeterminação “[...] assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 22.

<sup>29</sup> No entanto, segundo o autor Ribeiro, a liberdade de Kant e a liberdade utilitarista econômica própria do mercado são bastante distintas. Tal ligação somente ocorreu a partir da quebra do elo fundamental entre o direito e a ética, formando um poderoso bloco ideológico de legitimação da prática liberal. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 24.

<sup>30</sup> Mas nem sempre foi assim. Na Idade Média, por exemplo, não se reconhecia o primado da vontade individual, já que esta não era respeitável senão nos limites da fé, da moral e do bem comum. Inclusive, à época do direito romano, o conceito de contrato tinha um significado diverso do proposto pela teoria voluntarista, pois, nascido do ato ilícito, era estranho ao seu conceito o elemento subjetivo, qual seja o acordo de vontades. Ou seja, a vontade do declarante não era considerada como elemento do vínculo contratual, uma vez que este tinha caráter preponderantemente objetivo. O reconhecimento deste elemento subjetivo, muito embora, tenha recebido grande contribuição do direito canônico e outras demais teorias, segundo Reale é na filosofia que se encontra a verdadeira base da autonomia da vontade. Mais precisamente, é na obra de Kant que esta se mostra presente: “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa eu não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passa-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 85.

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62.

do julgador no conteúdo do contrato ainda que dele decorresse manifesta injustiça, enriquecimento da outra parte, afinal, o que era querido era, conseqüentemente, obrigatório. Nesse sentido, as palavras de Teresa Negreiros<sup>32</sup>:

A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes, obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes. Estas têm ampla liberdade quanto à fixação das obrigações que voluntariamente se auto imponham; o que é querido é, nesta medida, obrigatório; e a determinação do conteúdo do querer compete exclusivamente ao indivíduo.

Nesta linha, para esta concepção clássica de contrato, a vontade representava não só a gênese, porquanto fonte de obrigações e de direitos, mas também legitimação da relação jurídica contratual.

Seguindo essas tendências antropocêntricas e os ideais do liberalismo econômico<sup>33</sup>, o contrato ainda estruturou-se sob a égide dos princípios da liberdade contratual; força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – e o postulado da relatividade dos efeitos do pacto.

Constituindo a principal forma de exercício da autonomia da vontade, destaca-se a liberdade contratual<sup>34</sup>, cujo significado permeia a noção de contratar ou não; de

---

<sup>32</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

<sup>33</sup>A intrínseca ligação da autonomia de vontade ao liberalismo econômico auxiliou para a consolidação da soberania da vontade, pois o Estado Liberal fundava-se na lógica do *laissez faire laissez passer*, isto é, calcava-se em um Estado mínimo, cujo papel é apenas assegurar as condições básicas e garantir aos particulares o poder de regular os seus próprios interesses, cabendo à "mão invisível do mercado" apenas solucionar os problemas sociais e propiciar o bem comum. Neste sentido, clara elucidação de Miragem: "Este estado de *laissez-faire*, influenciado pelo liberalismo econômico, rejeita a possibilidade de intervenção de terceiros, sejam particulares ou o próprio Estado, no controle e avaliação dos limites do conteúdo dos contratos, consagrando-se a partir de então seus traços essenciais, quais sejam, a relatividade e a imutabilidade dos termos do contrato. In: MIRAGEM, Bruno. Função Social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise s 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: Revista dos Tribunais, 2007, 177.

<sup>34</sup>Importante a distinção feita por Giselda Hyronaka entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual: "liberdade de contratar ainda é aquela mesma liberdade facultada a todas as pessoas de realizarem suas avenças, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato e m foco, limitação essa que seja decorrente de um a determinada norma de ordem pública. Em outras palavras, a liberdade de contratar revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos; ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, um a tal liberdade. Mas, diferentemente, põe-se a liberdade contratual, a qual, no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, é considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio. Enfoca o conteúdo, ele mesmo, dos contratos, quer dizer, a sua consistência interna, traduzida pelas cláusulas que compõem o negócio. Este é o aspecto mais crítico da formação do contrato, uma vez que esta liberdade pode vir limitada por normas de ordem pública que digam qual o percurso cogente de determinadas cláusulas contratuais. Por isso, a liberdade há de condicionar-se emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade-escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade, como mencionou, bem antes, Álvaro Villaça Azevedo." HYRONAKA, Giselda Maria

estabelecer cláusulas contratuais; criar novos tipos de contratos não previstos em lei, na liberdade de forma das convenções<sup>35</sup>, ou de uma forma geral, da vontade livre do indivíduo, sem qualquer influência externa.

Na sociedade moderna, esta liberdade contratual, via de regra, garantia que a parte economicamente mais forte impusesse à outra as condições do contrato, e ainda restringia o campo de atuação das normas imperativas, sendo, tão somente utilizadas para identificar a interpretação correta e servir de amparo nas situações de omissões contratuais.

Daí se extrai outro reflexo direto da autonomia da vontade, qual seja, a força obrigatória dos contratos, cuja ideia traduz que “o direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora”<sup>36</sup>, de modo que as partes não poderão se desvincular da vontade exteriorizada. Neste sentido, clara é a lição de Jacques Ghestin:

A força obrigatória do contrato se deduz igualmente do princípio da autonomia. Dentro do sistema individualista do Código, a liberdade existe para fazer o contrato, mas não para dele sair. Se o homem jamais se obriga pela vontade dos outros, ele é obrigado por si mesmo. Essa força obrigatória do contrato se impõe não somente às partes, mas assim ao juiz. Sua intervenção para pôr termo ao contrato ou para modificar-lhe, sob o pretexto da equidade, está rigorosamente proscrita, mesmo se uma evolução imprevisível consideravelmente desequilibrar a convenção<sup>37</sup>.

Ademais, corolário dos princípios anteriores e fruto do modelo racional-liberal, é o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que apregoa que os efeitos<sup>38</sup> decorrentes dos contratos somente atingem as partes envolvidas naquela relação

---

Fernandes Novaes. **Contrato**: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado, p. 137. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537/70147>. Acesso em 04 de maio de 2015.

<sup>35</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

<sup>37</sup> GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**: les obligations: le contrat. Paris: L.G.D.J, 1980, p. 23.

<sup>38</sup> No entanto, diante desta complexidade social, o contrato assume uma dinâmica tão forte que às vezes foge do controle das partes que o criaram, conforme bem explica Luis Díez Picazo e Antonio Gullón: “[...] Los contratos que se van realizando contemplan y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. El contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no és jamás indiferente para los terceros.” GULLÓN, Antonio; DÍEZ-PICAZO, Luis. **Sistema de Derecho Civil**. Madri: Tecnos, 1989, v. II, p. 126. Tradução livre: “Os contratos que são realizados se baseiam em situações jurídicas criadas por outros contratos que foram celebrados anteriormente. O contrato, como fenômeno que se instala no mundo da realidade jurídica, não é indiferente a terceiros”.

contratual: *res inter alios acta aliis nec nocere prodesse potest*<sup>39</sup>, excluindo-se, então, terceiro alheio que não se beneficia ou se prejudica com o contrato<sup>40</sup>.

Isto porque, conforme dispõe Rodrigues, “como o vínculo contratual emana da vontade das partes é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei, nem derivou de seu querer”<sup>41</sup>.

Diante desta soberania da vontade, tanto do legislador quanto das partes que regulamentavam suas relações jurídicas, interpretar não era uma estratégia intelectual da época<sup>42</sup>. Tanto é verdade que o movimento denominado “jurisprudência dos conceitos” ou o “movimento da pandectística alemã”<sup>43</sup> apenas reforçou a ideia da legalidade estrita e do formalismo radical que iriam florescer com as escolas vindouras.

A jurisprudência dos conceitos era um sistema conceitual das normas jurídicas, por meio do qual o Direito manifestava-se em uma unidade<sup>44</sup> perfeita, plena e acabada, oriunda das técnicas lógico-sistemáticas. Nesse sentido, priorizava-se o método<sup>45</sup> sistemático de interpretação, em desconsideração de qualquer influência ou valor social-ético.

Logo, o papel do intérprete era tão somente conhecer e descrever a norma jurídica, salvaguardando a autonomia, neutralidade e objetividade da ciência do direito. Inclusive, outra grande busca da jurisprudência dos conceitos é justamente a “objetividade do

<sup>39</sup> Tradução livre: os atos praticados por uns não podem beneficiar ou prejudicar outrem.

<sup>40</sup> Segundo Negreiros, “no Código Civil de 1916, não havia, como não há no novo Código, um dispositivo que expressamente dispusesse sobre a ineficácia do contrato em relação a terceiros, embora a teoria geral dos contratos a tenha como um verdadeiro dogma em matéria contratual”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.211.

<sup>41</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. Vol. 3, 26 edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p.17.

<sup>42</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intérpretes**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

<sup>43</sup> Segundo o autor Hespánha, “a designação ‘pandectística’ deve-se ao fato de que esta escola volta a valorizar o *digesto romano* (pandectas) – sobretudo na medida em que é nele que se funda a tradução de construção sistemática e dogmática que marcou a cultura jurídica alemã dos dois últimos séculos”. HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 391.

<sup>44</sup> Segundo o autor Wieacker, “a unidade formal da ordem jurídica não é, ela própria, constituída directamente por normas jurídicas, mas pela mediação de ‘relações jurídicas orgânicas’; a ordem jurídica não é tanto uma ordem de normas, mas antes uma ordem institucional”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespánha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, ano, p. 454.

<sup>45</sup> Seguindo tal concepção, empregava-se um método que se caracterizava pelo empirismo, visto ser o direito objeto resultante da experiência; pela causalidade e determinismo, pois o direito é um fenômeno histórico que se cria em razão de uma necessidade determinada; pelo irracionalismo e relativismo, pois o direito sujeita-se a constantes mutações. Neste sentido ver: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito**. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 101.

direito, mediante uma análise lógica e conceitual-sistemática, que levasse a definir a estrutura imanente dos ‘corpos jurídicos’, a descobrir as ‘naturezas jurídicas’ que objectivavam essencialmente os institutos e as relações jurídicas reguladas pelas normas positivas [...]”<sup>46</sup>.

Não obstante, não havia margem de criação normativa para o juiz, já que as todas as soluções já estavam assentadas no sistema. A este “juiz hércules”<sup>47</sup>, cabia tão-somente conhecer as estruturas lógicas que compõe tal estrutura sistemática. Ora, esta visão limitava o julgador à uma interpretação crua das cláusulas do contrato, desprezando, inclusive, as circunstâncias objetivas<sup>48</sup> compreendidas no momento em que foi celebrado.

Da mesma forma, portanto, a interpretação dos contratos era intangível. O que significava dizer que aos operadores do direito cabia tão somente “compreender o contrato a partir da declaração contida no programa contratual ou então, em caso de dúvida, investigar a vontade psicológica apenas anterior à intenção declarada”<sup>49</sup>, colocando em evidência a autonomia da vontade, soberana à época.

Portanto, a atividade dos intelectuais exercida na modernidade era a de legislador e não propriamente de intérprete. A aplicação apenas do método lógico-dedutivo das normas legais e contratuais corroboram para esta afirmativa, pois não se permitia uma influência externa à configuração da regra contratual, não havendo lugar para a realidade social.

De fato, confere-se grande importância ao vínculo estabelecido, cujos compromissos assumidos são tão fortes que são indiferentes a quaisquer interesses ou circunstâncias não expressas. Isto porque, só o indivíduo é livre para se vincular ou não,

---

<sup>46</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Datilografado por João Abrantes. Coimbra: 1971-72, p. 416-417.

<sup>47</sup> O autor Ort explica sobre o juiz júpiter. *In.*: ORT, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista Doxa**, n° 14, 1993, p. 170. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf). Acessado em 07 de julho de 2015.

<sup>48</sup> Segundo Iturraspe, “[...] el contrato, para adelantar el aspecto que nos preocupa, es lo que las partes ‘ponen’ y lo que ‘suponen’ o ‘presuponen’, como el árbol, que es tronco, ramas, follaje y también raíz. Las circunstancias objetivas están ‘dentro del negocio y fuera de él; son su atmósfera, su ambiente’”. Tradução livre: “o contrato, para adentrar no aspecto que nos interessa, é o que as partes introduzem e o que supõem ou pressupõem, como a árvore, que é composta pelo tronco, ramos, folhas e também raiz. As circunstâncias objetivas estão dentro do negócio jurídico e fora dele; são sua atmosfera, seu ambiente”. ITURRASPE, Jorge Mosset. **La interpretación económica de los contratos**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 59.

<sup>49</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

estabelecendo quando e como se vincular. Mas uma vez que tenha se comprometido, fica ligado de modo inderrogável à palavra dada<sup>50</sup>.

No entanto, segundo Canaris, é inadequado este “sistema lógico da Jurisprudência dos conceitos, precisamente porque a unidade de sentido intrínseca ao Direito, que se pode apreender no sistema, é, ‘de acordo com a sua deducionabilidade da ideia de justiça, não de cariz lógico, mas adequado à valoração, ou seja, de cariz axiológico’”<sup>51</sup>.

Nesta linha, certa é a crítica feita por Reale quanto a esta interpretação literal e gramatical que, citando o autor Emilio Betti, defendem a aderência aos “dados fenomenológicos e aos pressupostos sociológicos do Direito”<sup>52</sup>, como fatores importantes para se alcançar uma interpretação mais justa e destinada a fins sociais. Até mesmo porque, o sistema jurídico que ignora as circunstâncias, desumaniza a pessoa, pois se mostra indiferente à ela.

Na sequência, “a exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico”<sup>53</sup>. O modelo não-intervencionista mostra-se insuficiente para atender à flagrante desigualdade e injustiça social que marcavam as relações econômico-sociais.

Com efeito, não se pode perder de vista que as grandes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas no século XX fizeram emergir novos valores e diversas situações inusitadas, quais sejam a despersonalização das relações contratuais, a massificação dos contratos, o surgimento dos contratos de adesão em oposição aos contratos paritários, que se tornaram exceção<sup>54</sup>.

Consequência disso, vem à tona a necessidade de uma releitura do ordenamento jurídico e a contextualização da tradicional teoria dos contratos, de cujo suporte emerge outro conjunto de princípios aptos a trabalharem em conjunto com a tríplice aliança, quais sejam, boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual.

O contrato existencial começa a ganhar contorno neste contexto que se abre para o social, pois em face da desigualdade nas relações privadas, necessário uma nova

---

<sup>50</sup> VICENZI, Marcel. **Intrepretação do Contrato**: ponderação de Interesses e Solução dos Conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-73.

<sup>51</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Feststellung von Lücken im Gesetz apud LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 235.

<sup>52</sup> REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.2.

<sup>53</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

<sup>54</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

colocação do problema da vontade, submetendo-a à hegemonia da pessoa como valor fundamental do ordenamento jurídico.

## 2.2 Estado Social e a interpretação contratual

O período de ordem e progresso, de enriquecimento e estabilidade do capitalismo, logo deram sinal de exaustão. Não se perca de vista que a estrutura jurídica abastecida pela jurisprudência dos conceitos também se distanciou cada vez mais da realidade social.

Veja-se que os movimentos sociais, políticos e econômicos no final do século XIX, aliados à massificação do tráfico negocial e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da primeira grande guerra mundial<sup>55</sup> foram fatores que colocaram em voga a atividade do intérprete.

Soma-se a isso, o império legislativo exercido pelas empresas<sup>56</sup>, a grande exploração do homem a partir da industrialização, a incorporação de novas tecnologias no processo produtivo e, até mesmo a necessidade de se preservar o sistema capitalista<sup>57</sup>,

---

<sup>55</sup> O autor Novais esclarece sobre o tema: “[...] a consagração constitucional dos chamados direitos sociais não é uma descoberta do século XX, na medida em que já as Declarações de Direitos da Revolução Francesa estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas Constituições do século XIX. No entanto, só o impacto provocado pela 1ª Guerra Mundial estimularia uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a sociedade, podendo dizer-se que ela marca o tempo do otimismo liberal fundado na ideia de uma justiça imanente às relações sociais autônoma e livremente desenvolvidas a partir da auto-regulação do mercado. De facto, não obstante as crises, o desemprego ou as guerras que até então se verificaram, a tendência global ia no sentido do desenvolvimento econômico, da expansão dos mercados, do progresso técnico e da conseqüente elevação do nível de vida da população, fatores que, aliados à homogeneidade da direção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a atividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado. [...] A guerra mundial é, nessa altura, o produtor natural de um sistema dilacerado pelas próprias contradições, no qual deixaram definitivamente de se verificar as duas condições indispensáveis, no dizer de Laski, à viabilidade do Estado Liberal: a possibilidade de continuar a produzir lucros que garantissem um fundo permanente de excedente social de riqueza e um consenso das forças intervenientes na vida política em torno das questões fundamentais. Por sua vez, as próprias necessidades da Guerra impeliam o Estado a uma intervenção decisiva na vida econômica [...]”. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 189/192.

<sup>56</sup> Orlando Gomes ressalta bem este poder legislativo exercido pelas empresas: “do ponto de vista sociológico, traduz-se no comando do processo de produção da riqueza. A atividade normativa da empresa é um momento meramente instrumental no exercício desse comando, para consolidação e reforço da sua posição de poder econômico. Do ponto de vista econômico - principalmente por motivo de multiplicação e generalização dos serviços de primeira necessidade e das novas técnicas de venda -, é um fator de racionalização da atividade empresarial porque a facilita, simplifica e barateia, eliminando litígios para mais disso. Do ponto de vista jurídico, é uma técnica de suscitar a vinculação eventual e uniforme de uma categoria de pessoas”. GOMES, Orlando. O poder legislativo da empresa. *In: Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 52.

<sup>57</sup> Eros Grau defende que a atuação mais presente do Estado na economia foi necessária para manutenção do capitalismo: “Essa estatização, pois, não configura passo no sentido de socialização/coletivização; antes, pelo contrário, o Estado, no exercício de sua função de acumulação, promove a renovação do capitalismo”. *In: GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

como despertar para o Estado assumir outra posição, desta vez mais ativa no mercado, bem como nas relações sociais<sup>58</sup>.

Com esta nova roupagem, assiste-se então, a transformação do Estado Liberal ao Estado Social, onde o Poder Público se distancia da sua posição anterior de absentéismo nas relações privadas e passa a ser o grande protagonista do mercado. Não que isto tenha representado uma ruptura, pois ainda muito do liberalismo encontra-se em codificações vigentes.

Ademais, importante ressaltar que, enquanto muitos países na comunidade mundial passavam pelo momento do Estado do *Welfare State*<sup>59</sup>, o Brasil vivenciava uma ríspida ditadura militar que se estendeu de 1964 até 1985<sup>60</sup>, o que demonstra que o Brasil não passou por este Estado assistencialista. Apesar disso, não é possível desconsiderar as principais mudanças produzidas pelo Estado do *Welfare State* que influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Feitosa, retrata bem este momento:

No decurso do século XX, os cenários político-econômico (a partir da quebra da bolsa de Nova York, 1929) e constitucional (a partir das cartas constitucionais do México, 1917, e da Alemanha, 1919) passaram a ser dominados pela ideologia do social, consubstanciada no acentuado destaque dos aspectos econômicos e políticos, em nome da sobrevalorização do social. Na sequência da crise que se abateu sobre o mercado, o Estado ampliou os seus domínios, transformando-se, por intermédio das políticas de nacionalização e da ação planificadora pública, em gestor direto de amplos setores econômicos (preferencialmente em regime de monopólio) e interventor nos espaços antes reservados à liberdade do mercado e à iniciativa privada. As políticas de bem-estar configuravam o sinal característico do Estado assistencialista e burocrático. No plano do direito, a regulação constitucional da ordem econômica e da ordem social impôs forte limitação ao poder econômico privado, projetando os interesses públicos estatais para além dos interesses individuais, mais especificamente para a tutela dos direitos da coletividade<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, afirma LÔBO que o dirigismo contratual parte da realidade de uma economia dirigida. Sendo o contrato instrumento jurídico de circulação econômica de bens e serviços, se a economia é dirigida o contrato é dirigido". LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo Contratual*. **Revista de Direito Civil imobiliário, agrário e empresarial**. Ano 14. V.52. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. De 1990, p. 65.

<sup>59</sup>O Estado do *Welfare State* conduziu a um novo tipo de regulação social, denominado de fordismo, o qual se baseia na convergência do desenvolvimento do Estado e do mercado. Neste período ocorreu o fortalecimento de uma política solidária e, conseqüentemente do princípio da comunidade. SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 148.

<sup>60</sup>O Regime Militar de 1964 tem início com diversos eventos ocorridos em 31 de março de 1964 no Brasil e, que culminaram em um golpe de Estado no dia 01 de abril de 1964. Nesta época, o general Castelo Branco é quem ditava as normas. Somente 21 anos depois, em 15 de janeiro de 1985, com a escolha do Presidente Tancredo Neves é que a ditadura chegou ao seu fim.

<sup>61</sup>FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 306.

Dado a mudança de comportamento do Estado, assiste-se, timidamente, a edição de diversas normas de natureza imperativa, bem como a promulgação de diversos microssistemas de proteção especiais à tutela da pessoa humana tida como vulnerável (consumidor, locatário, criança e adolescente, idoso, etc.). Tais normas dão vazão a critérios de busca da justiça material, pois concedem tratamento diverso a estes sujeitos colocados em situação de desigualdade e desequilíbrio.

Inclusive, a criação destes microssistemas anunciou o saturamento do dogma da completude, do formalismo exacerbado, da imutabilidade e deram lugar a um sistema flexível e aberto<sup>62</sup>, que permitiu a convivência de universos legislativos isolados, sob a égide de valores e princípios díspares, não raro antagônicos e conflitantes<sup>63</sup>.

Diante desta diversidade legislativa, o Código Civil que era visto como a constituição do direito privado<sup>64</sup> começa a perder a cômoda e estável unidade sistemática, cedendo seu lugar aos textos constitucionais que, paulatinamente, positivaram princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e ao império da vontade. Nesse sentido, perfeita a colocação do italiano Perlingieri:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas [...] <sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Segundo Larenz, “o sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do direito ou modificações na jurisprudência”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.592.

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

<sup>64</sup> No entanto, ao se falar em descodificação, é preciso ter cuidado para não generalizar, como bem assevera Perlingieri: “Generalizante mostra-se também a atribuição de um caráter residual ao código, na medida em que ele em várias matérias representa ainda a referência principal na reconstrução hermenêutica dos institutos. Nem se pode afirmar que a época dos códigos acabou: isto parece desmentido pela comparação com numerosos países do mundo e representa uma atitude cética sobre a possibilidade de uma futura nova codificação, embora precedida por fenômenos de unificação dos textos legislativos.”. *In*. PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 187-188.

<sup>65</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 06.

De fato, as Constituições que outrora apenas tratavam de matérias relativas à organização do Estado, passaram a incorporar normas e princípios também aplicáveis às relações interprivadas. Assumiram compromissos a serem obedecidas pelo legislador ordinário, especialmente no que tange à autonomia privada, propriedade, família, sucessões.

Neste momento, a Constituição deixa de ser considerada apenas uma carta política para finalmente integrar o ordenamento jurídico, funcionando como norma *enformadora*<sup>66</sup> de todas as normas infraconstitucionais e como princípio geral de todas as normas do sistema jurídico.

Todo este contexto modificou a teoria geral do contrato. Mas mais do que isso. Particularmente, a constante e intensa utilização da contratação de massa, fortemente marcados pela falta de personalização nas relações contratuais, pela padronização dos contratos, falta de informação das cláusulas contratuais, pela velocidade nas contratações, resultou na própria descaracterização do contrato concebido anteriormente como encontro de duas ou mais vontades.

Estes tipos de contratação padronizados, tais como os contratos de adesão<sup>67</sup> acabaram por demonstrar a insuficiência da teoria da vontade<sup>68</sup> para aquela nova realidade, conforme Martins<sup>69</sup> bem elucida essa passagem:

A teoria da vontade que em grau excelente estava atrelada aos contratos paritários tornou-se dogmaticamente insuficiente na sustentação do contrato massificado, não apenas no ‘multimencionado’ paradoxo do ‘contratante forte *versus* contratante fraco’, mas pontualmente nas relações próprias entre produtores e fornecedores (empresários). A massificação das relações reduziu sobremaneira o relevo da teoria da vontade considerando: *i*) o fluxo de rapidez exigente ao tráfego jurídico (sublinhe-se que no contrato de adesão o plano de

---

<sup>66</sup> O autor Martins concebe que da mesma forma como ocorre com a Administração Pública a Constituição pode ser considerada como *enformadora* do sistema jurídico, já que também dá forma, molda todas as normas jurídicas a ela subordinadas, ou seja, modela o ordenamento jurídico. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.

<sup>67</sup> Os contratos de adesão são oriundos dessa lógica instrumental jurídico adequada ao escoamento da produção, cuja massificação se dá desde a idealização do produto até sua retirada do circuito econômico pelo consumidor final. O Código de Defesa do Consumidor define este tipo de contrato no seu art. 54: “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

<sup>68</sup> Insuficiência da teoria da vontade, pois a vontade em si, ainda continua como elemento central do contrato, conforme se depreende do Código de Defesa do Consumidor, que dá o direito de arrependimento ao consumidor nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial (art. 49, Código de Defesa do Consumidor).

<sup>69</sup> 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. 266-308.

discussão prévia é quase inexistente, sendo substituído por publicidades e ofertas); *ii*) a inerente inutilidade hermenêutica na solução de contendas, já que o socorro à base subjetiva torna a interpretação insegura, especialmente considerando o usual conflito entre o predisponente (vontade determinante) e o aderente (consentimento determinado), de estreitíssima na sindicabilidade pelos vícios do consentimento; *iii*) a despersonalização dos contratantes, parceiros desconhecidos e separados por estipulantes, redes contratuais e meios virtuais de contratualização; *iv*) a superutilização da venda de produtos em largas quantidades como circulação dinâmica de riquezas por parte dos empresários em substituição à compra como meio estático de abundância dos proprietários fundiários.

Tanto é que a autonomia da vontade cedeu lugar à uma outra linguagem jurídica<sup>70</sup>, qual seja, a autonomia privada<sup>71</sup>, esta não mais compreendida como simples faculdade, mas como poder de estabelecer regras para si, desde que em congruência com o ordenamento jurídico.

Da mesma forma, ocorreu a substituição da teoria da vontade pela teoria da declaração, “[...] o que permitiu que o significado das palavras nos contratos e o comportamento das partes sejam considerados a partir dos fins econômicos ou sociais e também a partir das circunstâncias havidas na entabulação”<sup>72</sup>.

Evidente que, com esta nova roupagem, o Estado buscou restringir a liberdade desenfreada que era instrumento de opressão e desigualdade entre os contratantes mais fortes e os mais fracos.

A liberdade contratual e a liberdade de contratar passaram a ser balizadas em relação à noção de interesse público, uma vez que o Estado passou à condição de guardião da coletividade. Ou seja, enquanto o Estado Liberal preconizava a livre estipulação das partes contratantes, o Estado Social priorizava o interesse social.

---

<sup>70</sup> MARTINS expõe sobre a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada: “Necessário, todavia, ter presente que difere totalmente a autonomia privada da autonomia da vontade, porquanto a primeira pressupõe um caráter comportamental, assim entendido de conteúdo objetivo, real e concreto, ao passo que a segunda mantém laços em situações existenciais, ou seja, de perfil psicológico e subjetivo”. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

<sup>71</sup> Segundo Werner Flume, a autonomia privada é como principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio general de la autodeterminación de las personas. Este principio es, según la Constitución, un principio previo al Ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales”. Tradução livre: “como princípio de autoconfiguração das relações jurídicas pelos particulares conforme a sua vontade. A autonomia privada é uma parte do princípio geral da autodeterminação das pessoas. Este princípio é, segundo a Constituição, um princípio previo ao Ordenamento jurídico e o valor que com ele deve se realizar os direitos humanos”. FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil. Trad. José María Miquel González. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 34.

<sup>72</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

Entraram em cena, portanto, os princípios do equilíbrio econômico e da função social, a partir dos quais o contrato tornou-se um fenômeno transcendente dos interesses dos contratantes individualmente considerados, tendo em vista o deslocamento do eixo da vontade individual para o da ordem jurídica. Nesta linha de argumentação, o princípio da força obrigatória dos contratos também deixou de se repousar no âmbito exclusivo da vontade individual para se apoiar na lei e, conseqüentemente, na satisfação dos interesses amplamente sociais.

Isto sem falar no princípio da boa-fé objetiva, que ganhou força, sobretudo, na formação do contrato, pois de nada adianta a autonomia privada consentânea ao ordenamento jurídico se as partes não mantêm comportamento honesto e probo, isto é, se não cumprem as legítimas expectativas e a confiança despertada na contratação.

O que foi imprescindível, pois, como o mercado está inundado de contratos de adesão<sup>73</sup> e condições gerais do contrato<sup>74</sup>, elaborados unilateralmente pelo fornecedor, é necessário novas normas de ordem pública e princípios que sejam capazes de estabelecer equilíbrio entre as partes desiguais. Tanto é que no contrato de consumo as cláusulas devem ser interpretadas em favor do consumidor, nos contratos de seguro, passa-se a exigir a cobertura de certas áleas e, no contrato de mútuo impõem-se limites aos encargos de juros cobrados no mercado.

Diante deste cenário, doutrinadores chegaram até mesmo a declararem a morte ou crise do contrato<sup>75</sup>, como o autor Gomes<sup>76</sup>, que chegou a prever o desaparecimento do contrato:

A crise atinge o âmago mesmo da autonomia privada, de que o negócio jurídico é a expressão de maior relevo. A pouco e pouco vai murchando a esfera da

---

<sup>73</sup> Os contratos de adesão são oriundos dessa lógica instrumental jurídico adequada ao escoamento da produção, cuja massificação se dá desde a idealização do produto até sua retirada do circuito econômico pelo consumidor final. O Código de Defesa do Consumidor define este tipo de contrato no seu art. 54: “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

<sup>74</sup> Segundo Marques, tanto os contratos de adesão quanto “as condições gerais do contrato” são expressões que descrevem “[...] a prefixação de todo o conteúdo do contrato, ou de parte deste, de maneira unilateral e uniforme por só uma das partes contratantes. [...]”. A expressão “condições gerais dos contratos” enfatiza mais a fase pré-contratual, na qual são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, ao passo que, utilizando a expressão contrato de adesão, a doutrina francesa destaca o momento da celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada do outro contratante”. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 1096.

<sup>75</sup> Esta expressão é do autor norte-americano Grant Gilmore. *In*: **La morte del contratto**. Trad. De Cosimo Marco Mazzoni e Vicenzo Varano. Milano: Giufrè, 1988.

<sup>76</sup> GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 183.

liberdade individual, enquanto se dilata o pan-administrativismo. E à medida que murcha, o contrato, seu mais perfeito instrumento, vai desaparecendo melancolicamente da cena jurídica.

No mesmo sentido, é a lição de Galgano, para o qual o contrato atual seria uma “[...] categoria enganosa, que impede a compreensão do significado efetivo do mecanismo contratual, retira a relação contratual da conotação social das partes, mascara a contradição interna à disciplina dos contratos e oculta a real natureza dos interesses em jogo”<sup>77</sup>.

Por outro lado, seguindo Alpa<sup>78</sup>, a expressão “morte do contrato” não significa mais do que a superação da teoria da vontade, que cede ante à necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, correspondendo à despersonalização do contrato<sup>79</sup>.

No mesmo sentido, Miragem<sup>80</sup> defende que não existe uma “crise contratual”, mas sim, a exigência de reconhecer uma nova teoria contratual que se adeque ao contexto das relações sociais contemporâneas, com vistas à realização da justiça e do equilíbrio contratual. Assim, como o Código de Defesa do Consumidor, que mais do que apenas ambientar as mudanças, ainda inovou com seu conteúdo.

Da mesma forma os contratos existenciais, pois “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”<sup>81</sup>.

Entende-se, portanto, que a crise do contrato trata exatamente das mudanças ocorridas na estrutura da teoria clássica contratual, que, apesar de significativas, não lhe retiraram a função que desempenham no sistema. Apenas ganhou uma nova função qual

---

<sup>77</sup> GALGANO, Francesco. Il diritto privato fra codice e Costituzione apud GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?** Disponível em: [academico.direito-rio.fgv.br](http://academico.direito-rio.fgv.br). Acessado em 30 de junho de 2015, p.2.

<sup>78</sup> ALPA, Guido. La morte del contrato. 1988, p. XII apud GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?** Disponível em: [academico.direito-rio.fgv.br](http://academico.direito-rio.fgv.br). Acessado em 30 de junho de 2015, p.2.

<sup>79</sup> GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?** Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau\\_paradigma.contratos.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf). Acessado em 30 de junho de 2015, p.2.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual, limitando o exercício da autonomia da vontade.

Além disso, esta nova função proporcionou ao contrato uma nova dimensão, desta vez, qualitativa, pois, o contrato além de instrumento de circulação de riquezas, também se torna ponto de encontro de direitos fundamentais e instrumento de concretização da dignidade humana, como os contratos existenciais.

Para se chegar a essa nova tendência do contrato, evidentemente o direito passa a ser vislumbrado por outro viés, pela premissa de que o juiz não pode obter solução correta apenas se valendo da subsunção do fato à norma jurídica, tampouco por meio de uma dedução lógica do sistema e dos conceitos, conforme propunha a jurisprudência dos conceitos.

O que significa dizer que, ao invés de deduzir a norma e a decisão jurídica a partir do conceito abstrato, impõe-se a produção do sistema e dos conceitos mediante indução das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e das valorações sociais,<sup>82</sup> as quais integram o sistema interno de decisões de conflitos.

Nessa linha, para os adeptos da jurisprudência dos interesses é preciso conhecer os interesses tutelados pela norma jurídica para que seja feita uma correta interpretação, pois somente assim, será possível extrair soluções práticas e adequadas à realidade social.

Confirmando esta relevância social, Martins bem destaca que a “valoração social é sinônimo de justiça porque o ser humano deve ser compreendido numa dúplici vertente, de forma que inicialmente se cotejem os efeitos de sua existência sobre a sociedade atual e posteriormente os idênticos efeitos para a sociedade futura”<sup>83</sup>, dando ensejo a uma função prospectiva do Direito. Eis um importante passo para a hermenêutica emancipatória da pessoa humana no âmbito jurídico.

Isto porque, embora, o juiz deva decidir de acordo com a lei, não se está a decidir de acordo com a letra da lei, mas deve respeitar os interesses estabelecidos em cada norma jurídica pelo legislador, mesmo que, no caso concreto, o interesse protegido lhe pareça menos digno de tutela que outro<sup>84</sup>. Elucidativas são as palavras de Diniz:

---

<sup>82</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 457.

<sup>83</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

<sup>84</sup> O autor Wieacker bem exemplifica esta situação: “[...] no caso de um comando imperativo quanto à forma, juiz deve aplicar a lei, ainda que sua *ratio lege* não se adegue ao caso concreto”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 667.

A jurisprudência dos interesses não confina o juiz a mera função cognoscitiva, permite que ele construa novas normas para as situações não previstas, mediante o emprego da analogia, que, todavia não se apóia sobre a literalidade de um texto, mas na valoração de interesses que inspirou aquele dispositivo, e que corrija as normas deficientes. O juiz é, portanto, um eficaz auxiliar do legislador.<sup>85</sup>

Esta crescente análise das motivações e interesses sociais dados pelo legislador, encorajou o avanço do processo teleológico, a partir do qual o juiz passa a adaptar a finalidade da norma à realidade social, tutelando os interesses da norma jurídica. Tem-se, então, um “juiz héracles”<sup>86</sup>, isto é, um juiz que conduz o mundo em seus braços, que aplica normas, aconselha, decide, orienta, adapta suas decisões ao caso concreto, pois a singularidade e o caso concreto se sobrepõem à generalidade e abstração da lei.

É dizer, o “juiz héracles” entra no lugar do “juiz júpiter”, como alternativa à máxima expressão do sistema lógico dedutivo (BGB) que não mais conseguia regular a dimensão concreta dos interesses em conflito e se encaixar à realidade e aos anseios sociais.

Esta função prática perseguida pela jurisprudência dos interesses propiciou grande contribuição na solução dos conflitos de interesses do direito privado. Tanto é verdade que a parte geral deste Código começou a se preparar para o reconhecimento do direito geral da personalidade, pela influência da função social do direito nas relações obrigacionais, boa-fé objetiva, dentre outros.

Inclusive, a racionalização do método de ponderação proposto por Alexy é retirado da Jurisprudência dos Interesses, apesar do autor afirmar nesta época, que o

---

<sup>85</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 69.

<sup>86</sup> Segundo o autor Ort, este juiz héracles é diferente do modelo de juiz héracles proposto por Ronald Dworkin, embora a expressão “héracles” tenha sido utilizada corretamente pelo autor: Sin poder- lejos de pretenderlo – reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; ella la decisión y no la ley la que crea autoridad”. Tradução livre: “Sem pretender reduzir a posição de Dworkin a dos realistas americanos, manteremos aqui o nome de Hércules, particularmente acertado para designar estes juízes semideuses, que se submetem a estes trabalhos exaustivos de julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo, assim, fielmente a imagem funil. A partir daqui, não há mais Direito que jurisprudência; é a decisão e não a lei que cria autoridade”. *In.*: ORT, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. **Revista Doxa**, n° 14,1993, p. 170. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf). Acesso em 07 de julho de 2015.

método mais adequado para compreensão do direito era o modelo lógico-dedutivo da jurisprudência dos conceitos<sup>87</sup>.

Todavia, a jurisprudência dos interesses, apesar de abrir a primeira brecha no método jurídico tradicional, também já se encontra ultrapassada. Conforme bem expõe Noronha, “ela ainda era positivista, na medida em que se prendia muito às normas ‘postas’ pelo legislador histórico, procurando descobrir que interesses lhe estavam subjacentes para, a partir da determinação do prevalecente, apurar o sentido delas”<sup>88</sup>. No mesmo sentido, o pensamento de Canaris:

A jurisprudência dos interesses, pela voz de HECK, declarou, de modo reiterado, bater-se em duas frentes: a da jurisprudência dos conceitos e a doutrina do Direito livre. Mas o seu range objectivo residiria antes numa terceira frente: a da Filosofia do Direito. E assim foi quer de modo directo, afirmando a incapacidade das considerações matajurídicas para intervir em casos concretos, quer de modo indirecto, através do apelo a ‘interesses’ ou ‘realidade da vida’. A jurisprudência dos interesses, tinha, assim, um sucesso fácil em perspectiva: ela justificava uma desatenção – quando- não ignorância – por temas que extravasassem os limites estreitos do *jus positum*.<sup>89</sup>

Na verdade, não se justificava analisar os interesses tutelados pela norma, uma vez que se certo interesse prevalecia na norma é porque tal primazia já havia sido dada à ela. Com isso, os fins do direito tornam-se os fins do legislador e do juiz, ou seja, fins próprios e arbitrários, que nada tem a ver com a justiça. Daí falar-se em valores e em princípios gerais do direito.

Segundo Noronha, há grande diferença entre interesses e valores:

Em rigor, interesses dizem respeito a problemas de distribuição de bens, de alocação de recursos que sejam escassos e, por isso, de valor econômico. Já valores prendem-se a convicções, a crenças, a ‘verdades básicas’. Assim, a divergência entre duas pessoas que reivindicam a propriedade de determinada coisa é baseada em interesses contrários; já as controvérsias sobre a função social da propriedade têm por pano de fundo divergências quanto a valores, mesmo naqueles casos em que se escondam interesses por detrás da invocação de certos valores.

Exemplo clássico de conflito em que estão em primeiro plano valores é o do aborto, tanto o necessário para salvar a vida da gestante como aquele para pôr termo a gravidez resultante de estupro, ou ainda aquele praticado porque a mulher simplesmente entende que tem o direito de dispor do seu corpo: se o

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49.

<sup>88</sup> NORONHA, Fernando. **Direito, Sociedade e Método jurídico**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15487/14036>. Acesso em: 04 de julho de 2015. p. 128.

<sup>89</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XV.

feto for considerado como sendo já um ser humano, o aborto deveria ser tratado como criminoso em qualquer destas hipóteses.<sup>90</sup>

Ademais, de acordo com Larenz, a expressão “interesses” é utilizada sob diversos sentidos, pois, ora é entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele realizadas e, até mesmo como critério de valoração. Mas, a bem da verdade, é que interesses não se confundem com critérios de valorações, pois estes estão ligados a ideia de justiça<sup>91</sup>.

Contudo, a jurisprudência dos interesses facultou as bases para o desenvolvimento de um conceito de sistema capaz de captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica<sup>92</sup>. Mas, ainda assim, se viu necessidade de reformular o significado e a extensão de “sistema jurídico”, tendo em vista que seu conteúdo valorativo transcende a moldura imposta pelo positivismo.

Igualmente, nesta estrutura, sente-se desde logo a dificuldade em conviver no mesmo plano os interesses patrimoniais e interesses existenciais, bem como em distingui-los, o que leva ao prejuízo dos interesses que estão estritamente ligados à pessoa humana<sup>93</sup>.

Assim, inaugura-se uma nova perspectiva metodológica identificada pelo “reconhecimento de valores ou critérios de valoração ‘supralegais’ ou ‘pré-positivos’ que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições”<sup>94</sup>. Neste raciocínio, ao juiz é possível recorrer a estes critérios axiológicos, que também foram abarcados pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo maior de se alcançar a justiça e a promoção do indivíduo. Eis o advento da jurisprudência dos valores e o contexto da pós-modernidade.

### 2.3 Pós-modernidade e a Jurisprudência dos Valores

---

<sup>90</sup>NORONHA, Fernando. **Direito, Sociedade e Método jurídico**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15487/14036>. Acessado em: 04 de julho de 2015. p. 128–129.

<sup>91</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

<sup>92</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.66.

<sup>93</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32.

<sup>94</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 167.

Quando se fala em pós-modernidade<sup>95</sup>, há de se ressaltar que não há um consenso conceitual entre os autores que estudam a temática, tanto é que muitos autores denominam este ambiente com diferentes expressões, como “modernidade tardia<sup>96</sup>”, “modernidade líquida”<sup>97</sup>, modernidade reflexiva<sup>98</sup>, entre vários outros termos<sup>99</sup>. Não existe consenso ainda quanto ao modo de interpretar esta realidade, apenas entendem que diversas mudanças estão em curso.

Exatamente nesta linha que o presente trabalho se filia, pois, longe de discorrer sobre todas as correntes de pensamento ou de se posicionar a favor de uma delas, adotar-

---

<sup>95</sup> “Quanto ao sentido do termo, talvez só haja concordância em afirmar que o ‘pós-modernismo’ representa alguma espécie de reação ao modernismo ou de afastamento dele. Como o sentido de modernismo também é muito confuso, a reação ou afastamento conhecido como ‘pós-modernismo’ o é duplamente”. DAVID, Harvey. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992, p. 44.

<sup>96</sup> Anthony Giddens vai dizer que a ruptura com as concepções providenciais de história, a dissolução da aceitação de fundamentos, junto com a emergência do pensamento, e o esvaziamento do progresso pela mudança contínua, são tão diferentes das perspectivas centrais do iluminismo que chegam a justificar as concepções de que ocorreram transições (mudanças) de longo alcance. No entanto, referir-se a estas mudanças como pós-modernidade é um equívoco, pois não nos deslocamos para além da modernidade, apenas estamos vivendo uma fase de sua radicalização. A modernidade reflexiva ou tardia. GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker, 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 56.

<sup>97</sup> Segundo Bauman “O termo ‘segunda modernidade’, de Ulrich Beck, é melhor, mas em si mesmo um contêiner vazio que abriga toda a espécie de conteúdo. Nada diz sobre a diferença entre ‘segunda’ modernidade e a ‘primeira’. Achei mais palatável a palavra *sumordenité*, de George Balandier; é uma pena que em inglês ela não soe tão bem como no francês. Daí minha proposta: modernidade líquida, que aponta ao mesmo tempo para o que é contínuo (a fusão, o desencaixe) e para o que é descontínuo (a impossibilidade de solidificação do fundido, o reencaixe). Até aqui tenho achado o conceito adequado e útil. Em *Modernidade Líquida* tentei examinar um a um alguns temas centrais e muito sensível incluídos na agenda social na era moderna, a fim de descobrir o que mudou e o que permaneceu incólume com o advento da fase ‘líquida’, e me parece que esse conceito ajuda a entender tanto as mudanças quanto as continuidades. BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 112.

<sup>98</sup> Segundo Beck, “modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização global”. O autor ainda acrescenta: “Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva. BECK, Ulrich. **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**. In.: GUIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

<sup>99</sup> Guiddens delinea bem esta situação: “Hoje, no final do século XX, muita gente argumenta que estamos no limiar de uma nova era, a qual as ciências sociais devem responder e que está nos levando para a própria modernidade. Uma estonteante variedade de termos tem sido sugerida para esta tradição, alguns dos quais se referem positivamente à emergência de um novo tipo de sistema social (tal como a ‘sociedade de informação’ ou a ‘sociedade de consumo’), mas cuja maioria sugere que, mais que um estado de coisas precedente, está chegando a um encerramento (‘pós-modernidade’, ‘pós-modernismo’, ‘sociedade pós-industrial’, e assim por diante). Alguns dos debates sobre estas questões se concentram principalmente sobre transformações institucionais, particularmente as que sugerem que estamos nos deslocando de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com informação.” In: GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker, 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp. 1991, p. 8.

se-á tal expressão ao longo do estudo, pois entende que esta expressão pós-modernidade, apesar dos pré-conceitos que carrega, representa um conjunto de mudanças significativas vivenciadas pela sociedade contemporânea<sup>100</sup>.

Mais do que transformações, a pós-modernidade também representa um estado reflexivo da modernidade, uma condição de amadurecimento social, político, econômico modernos. É dizer, a pós-modernidade não encerra a modernidade, mas inaugura uma fase de coexistência destes dois períodos.

Tanto é verdade que no cenário atual, especialmente no Brasil, país que não viveu exatamente o estado assistencialista e, portanto, ainda convive-se com grande exclusão social, defende-se a força das instituições modernas e um Estado interventor para tutela e promoção da sociedade. Parece contraditório com o momento atual, haja vista a atuação de um Estado neoliberal, fruto da globalização<sup>101</sup>. No entanto, representa exatamente as promessas da modernidade a serem cumpridas em outro ambiente.

Ora, não há como negar que o Brasil foi ‘atropelado’ pelas mudanças advindas da globalização<sup>102</sup>, sem, contudo estar preparado para ela. Soma-se a isso, a própria ambivalência deste movimento globalizado, que concede ao mercado uma força inabalável, rompendo-se barreiras, produzindo grande dependência social, uma massa de marginalizados e excluídos, mas por outro lado, adiciona a este critério econômico as

---

<sup>100</sup> Nesta linha, caminha também o autor Bittar: “[...] após ter ouvido tantas concepções e destacado a protoformação do conceito de pós-modernidade, ante tantas tentativas, recidivas, idas-e-vindas em torno da expressão, assume-se os riscos de tê-la próxima como *modus designandi* de um tempo, de um momento, de uma sensação coletiva, que passa a ganhar corpo nas últimas décadas e pode receber o nome de pós – modernidade, com todas as mazelas implicadas na expressão”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, dez. 2008, p. 136.

<sup>101</sup>Gargarella traz uma reflexão importante sobre este tema: “Si la sociedad provee de un mínimo de condiciones básicas iguales para todos sus integrantes, la concesión de derechos especiales para ciertos sectores ? no resulta entonces una manera de ‘discriminar’ al resto da sociedade? El razonamiento anterior – que resulta habitualmente desafiado, en este libro – se basa al menos en una afirmación demasiado imprecisa. Y es que las ‘condiciones básicas iguales para todos que el constitucionalismo moderno procura asegurar, parecen ser menos ‘iguales’ de lo que alegan”. Tradução livre: “Se a sociedade garante um mínimo de condições básicas iguais para todos seus integrantes, a concessão de direitos especiais para certos setores não resultaria, então, em uma maneira de discriminar o resto da sociedade? O raciocínio anterior – que resulta desafiado neste livro – se baseia em uma afirmação muito imprecisa, pois as condições iguais para todos que o constitucionalismo moderno procura assegurar, parece ser menos igual do que alegam”. GARGARELLA, Roberto. **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, p.13.

<sup>102</sup> “[...] para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes, para outros é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e de mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 07.

pautas humanistas que envolvem os direitos fundamentais, o meio ambiente e o debate sobre a pobreza<sup>103</sup>.

Dito isso, não é possível negar as influências destas tendências na sociedade contemporânea, tampouco as mudanças provocadas em seu seio, razão pela qual torna-se imperioso conhecer o contexto denominado de pós-moderno.

De uma forma ampla, este contexto pós-moderno caracteriza-se por ser uma realidade “da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópica, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo; época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da ‘euforia do individualismo e do mercado’, da globalização [...]”<sup>104</sup>, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação sem limites, da acumulação de bens imateriais. Vislumbra-se também, a flexibilização do monopólio estatal de produção de normas de conduta em prol de um pluralismo jurídico, cujas fontes não estatais não se submetem aos mecanismos de legitimação democrática da lei, causando-se assim, uma grande insegurança para as massas.

Marcante ainda é a conexão cada vez maior entre o espaço público e o privado, pois “defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”<sup>105</sup>.

Ademais, a sociedade contemporânea se traduz em uma sociedade de consumo, a qual se baseia na “promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar”<sup>106</sup>, de forma que o consumo se torna a forma do indivíduo não ser excluído do meio social. Bauman caracteriza bem esta sociedade:

Vivemos hoje numa sociedade global de consumidores, e os padrões de comportamento de consumo só podem afetar todos os outros aspectos de nossa vida, inclusive a vida de trabalho e de família. Somos todos pressionados a consumir mais, e, nesse percurso, nós mesmos nos tornamos produtos nos mercados de consumo e de trabalho<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito Civil, ideologia e pobreza. In.: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, Atlas, 2012.

<sup>104</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

<sup>105</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil** – RDCiv. 65/21 – jul-set. 1993, p. 26.

<sup>106</sup> BAUMAN, Zygmunt, **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 63.

<sup>107</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é possível no mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 65.

Na verdade, a sociedade de consumo talvez seja o aspecto mais marcante entre o moderno e o pós-moderno, pois o consumidor é o agente do século XXI, considerado como sujeito de direito fundamental. Sem contar, a pluralidade de situações jurídicas e os novos conflitos que decorrem desta consideração.

Dado este contexto, o grande problema destacado é como o Direito, especialmente o Direito privado poderia se adaptar aos novos sujeitos contratuais e às novas necessidades frutos deste tempo pós-moderno? Como tutelar os desvantajados deste processo global?<sup>108</sup>

Giorgianni<sup>109</sup> defende que tais transformações “[...] impõem uma obra urgente de controle de validade dos conceitos tradicionais diante da nova realidade econômica”. Trata-se na verdade de uma tarefa que não se pode esperar muito, pois, quotidianamente, novas situações surgem e a jurisprudência se vê obrigada a se valer dos velhos instrumentos, “[...] revelando a necessidade de um guia que somente a doutrina, ao enquadrar o caso concreto no sistema, é capaz de oferecer”<sup>110</sup>.

Ora, a proposta de classificar os contratos em existenciais ou contratos de lucro não é outra coisa senão uma tentativa da dogmática jurídica de estabelecer elementos e padrões hermenêuticos eficazes para a tutela e promoção da pessoa humana, em suas multifacetadas dimensões esposadas no caso concreto. Afinal, segundo Azevedo<sup>111</sup>, contratos existenciais e contratos de lucro podem ser assim caracterizados:

Os contratos existenciais tem basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. 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. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou vida profissional.

---

<sup>108</sup> Sobre este ponto Gargarella entender ser este justamente o objeto de reflexão atual: “[...] reflexionar sobre los cambios jurídicos necesarios para asegurar un ‘justo trato’, también, a los sectores (hoy) más desaventajados dentro de la sociedad”. Tradução livre: “[...] refletir sobre a a troca jurídica necessária para assegurar um ‘trato justo’ também aos setores mais desavatanjados atuais dentro da sociedade”. GARGARELLA, Roberto. **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, p.12.

<sup>109</sup> GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais. vol. 747, Jan / 1998, p. 35-52.

<sup>110</sup> GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais. vol. 747, Jan / 1998, p. 35-52.

<sup>111</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

Nesse sentido, os contratos existenciais propõem que se dê a devida atenção ao essencial da relação negocial, qual seja o bem contratado, especificadamente, à sua maior ou menor utilidade existencial<sup>112</sup>, ao invés de se preocupar tanto com os aspectos formais do contrato, como o tempo de duração, a quantidade de partes ou modos de manifestação da vontade, dentre outros.

Não que estes aspectos não sejam importantes ou não devam ser considerados. Pelo contrário. É preciso destacar que a classificação em existencial ou lucro não descarta as demais, apenas é introduzido, ao lado destes critérios formais, um critério funcional, ou seja, um critério de acordo com as necessidades humanas.

Para exemplificar, tem-se os inúmeros casos de jurisprudência em que as operadoras de planos de saúde negam a devida assistência ao consumidor sob fundamentos pautados apenas no estrito cumprimento contratual. Ora, é inegável o caráter existencial entre as partes, mas mesmo assim, diversos posicionamentos são tomados pela doutrina e jurisprudência, haja vista a ausência de um referencial dogmático e, portanto, a utilização de diversos instrumentos, novos ou antigos, para solução do caso concreto.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>113</sup>, por exemplo, considerou que a saúde é aspecto inseparável da pessoa e, portanto, essencial à sua subsistência, razão pela qual modulou os efeitos da decisão para que o plano de saúde cobrisse tratamento de consumidor portador de doença grave superveniente após o término do seu contrato.

Por outro lado, na defesa dos fornecedores e, neste caso, dos planos de saúde, Tepedino entende que uma coisa é o contrato celebrado entre as operadoras de planos de saúde com o consumidor, outra coisa é o contrato celebrado entre o consumidor e o médico, pois o aspecto existencial somente reside neste último, em nada tendo de

---

<sup>112</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12. Vol. 45. Jan./mar 2011, p. 93. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/141.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf). Acessado em: 15 de julho de 2015.

<sup>113</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0110211-17.2011.8.26.0100 - Relator: Ferreira da Cruz - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 12/09/2012). Ementa: Plano de saúde - Empregado demitido sem justa causa - Manutenção do ajuste - Possibilidade pelo prazo máximo de 24 meses - Critério objetivo necessário - Precedentes desta Corte Art. 30, caput, c.c. seu § 1º, da Lei nº 9.656/98 - Contrato existencial em que o princípio da função social alça espectro diferenciado-Hipótese em que a notícia do câncer sobreveio no curso da prorrogação de cobertura, daí ser razoável modular os efeitos do resultado no intuito de preservar o que já se ultimou ao longo do tempo - Teoria do fato consumado a cancelar o tratamento que se dispôs com base em decisão judicial preclusa - Prevalência da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucionalmente esperada - Consumidor que ainda pode aderir a outro ajuste, individual ou familiar, com dispensa de carência - Opção a ser exercida dentro de 30 dias do trânsito em julgado - Aplicação analógica da Res. nº 19/1999 do CONSU (arts. 1º e 2º) - Busca do equilíbrio que atua como pedra angular das relações de consumo - Recurso parcialmente provido.

existencial o pacto celebrado para assistência à saúde contratada entre o plano de saúde e o consumidor, conforme se lê<sup>114</sup>:

Cuida-se, como se pode facilmente depreender, de dois feixes de relações completamente autônomos: o primeiro, estabelecido entre o consumidor e as operadoras, que trata somente do aspecto patrimonial atinente à gestão de custos com vistas à otimização econômica dos gastos com atendimento médico; e o segundo, que se consubstancia na relação estabelecida entre o profissional da saúde e o paciente, tendo por objeto a tutela da vida humana e a preservação da integridade psicofísica do paciente, de sorte a atrair disciplina própria, consentânea com os valores existenciais diretamente atingidos.

Ora, não dá para negar o interesse existencial presente na contratação de assistência médico-hospitalar oferecido pelo plano de saúde. Afinal de contas, ainda que este almeje somente o lucro, não dá para negar que a outra parte tem como objeto central sua a saúde e até mesmo sua própria vida. Tanto é que pactua aceitando as cláusulas já pré-estabelecidas, justamente porque precisa de tal assistência, donde estas operadoras aproveitam o poder e o monopólio contratual para fixarem cláusulas abusivas, dentre outras práticas.

Tal posicionamento é justamente para afastar o regime diverso e especial que deve ser dado às relações cujo objeto seja essencial à pessoa humana. Mas a estas relações deve mesmo ser aplicado um regime qualitativo, pois estas são relações consumeristas, podem ser configuradas como contratos relacionais, contratos cativos e, sobretudo, contratos existenciais<sup>115</sup>. Donde se percebe que tal contrato deve ser regido sob fortes olhares do princípio da boa-fé-objetiva, solidariedade, tempo, confiança e ainda pela dignidade da pessoa humana.

Isto porque, “[...] os contratos existenciais mesmo se adequando a parte dos requisitos dos contratos relacionais ainda tem dois filtros inexoráveis: pessoa humana e ausência de lucro”<sup>116</sup>.

Daí a importância de se estabelecer uma nova categoria para enquadrar as novas situações existenciais, a fim de auxiliar o juiz na aplicação de um regime favorável aos

---

<sup>114</sup> TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 1, 2011, p. 377.

<sup>115</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Denúncia vazia pode caracterizar abuso do direito de romper plano de saúde**. Consultor Jurídico – CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/garantias-consumo-denuncia-vazia-caracterizar-abuso-romper-plano-saude>. Acesso em 30 de março de 2016.

<sup>116</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

vulneráveis quando diante destas situações e, conseqüentemente na proteção destas pessoas e de sua dignidade. No direito privado, conforme destacado, os contratos relacionais e contratos cativos já impõe a aplicação de um regime especial pautado na boa-fé e confiança. Mas os contratos existenciais vão além, visto que o cerne do contrato é mesmo os bens e serviços vitais, sem descartar o viés econômico do mesmo.

Com uma resposta mais ampla, mas concatenada com os contratos existenciais, o autor Bittar também defende que, diante deste cenário, é preciso recobrar a implementação de valores éticos, como forma de enfrentamento da realidade social, (re)valorização do homem e do seu livre desenvolvimento. Afinal de contas, o homem é um sujeito ético e os princípios éticos não podem ser negados:

[...] Não podemos nos assumir como sujeitos da procura, da decisão, da ruptura, da opção, como sujeitos históricos, transformadores, a não ser assumindo-nos como sujeitos éticos. Neste sentido, a transgressão dos princípios éticos é uma possibilidade, mas não é uma virtude. Não podemos aceitá-la<sup>117</sup>.

Inclusive, o autor Jaime defende os valores como uma marca da cultura pós-moderna, ou melhor, elenca o retorno dos sentimentos – “*le retour des sentiments*”<sup>118</sup> como um dos elementos da pós-modernidade capazes de influenciar e reconstruir a ciência do direito. Tanto é verdade que o jurista destaca os direitos humanos como “os únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de múltiplas codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real”<sup>119</sup>.

Este retorno dos sentimentos representa, de um lado, a volta de certa ‘emocionalidade’ no discurso jurídico e de outro o imponderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema, que passam a influir na argumentação e nas decisões jurídicas<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 19.

<sup>118</sup>O retorno dos sentimentos (Tradução livre). JAIME, Erick. **Identité Culturelle et integration**: Le droit international privé **postmoderne** – Cours general de droit international prive, 1995, p. 261.

<sup>119</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 176.

<sup>120</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

No entanto, por vezes, os valores éticos, morais, hoje traduzidos basicamente na figura dos direitos humanos foram menosprezados pelo homem. Tanta violência, barbarismo, egocentrismo, individualismo praticados no passado foi o ponto de partida para o autor Radbruch se opor ao Direito extremamente injusto e enunciá-lo como realidade a serviço da justiça, adotando uma concepção valorativa<sup>121</sup>.

Radbruch<sup>122</sup>, embora positivista e defensor do estrito cumprimento da lei, na tentativa de buscar alternativas para solucionar os problemas provocados pela máxima “lei é lei”, reconheceu os valores da justiça e da conveniência (finalidade) além da segurança jurídica, como decisivo e necessário de ser realizado pelo direito.

Nesta linha, tal autor ressaltava que em um conflito entre segurança jurídica e justiça, deve haver a primazia do direito positivo, ainda que seu conteúdo seja injusto. Contudo, se a lei alcançar medida extremamente injusta, deve ceder seu lugar à justiça, sob pena de ultrapassar este “umbral da injustiça”<sup>123</sup> e alcançar a arbitrariedade legal, como fizeram os participantes do nacional-socialista.

Isto significa que 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 em efetividade independente de prévia disposição legal e, até nos casos extremos, contra a norma jurídica positiva”<sup>124</sup>. Encaixe perfeito com a ideia do autor Junqueira com relação aos contratos existenciais, pois este visa proteger um mínimo essencial à subsistência humana, ainda que este seja objeto de instrumento contratual, já que, assim como no âmbito constitucional, os direitos fundamentais também estão aptos a fundamentar restrições na autonomia da vontade das partes que integram o tráfego jurídico-privado, a fim de preservar o livre desenvolvimento da personalidade do particular.

---

<sup>121</sup> Auschwitz foi um importante ponto de partida para a teoria do autor Radbruch. Até mesmo porque, conforme bem coloca Bittar, “[...] Auschwitz não pode ser esquecida. Não se trata de um problema do povo alemão, se trata de um problema da humanidade. Não se trata de um problema conjuntural e político local, do nacional-socialismo alemão do início do século XX, mas de uma questão que envolve a própria lógica contraditória interna da dialética da razão, da modernidade e de seus resultados para a humanidade.” BITTAR, Eduardo C. B. **Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2ª ed. rev.mod. Atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

<sup>122</sup> No entanto, há quem defenda a continuidade do pensamento positivista de Radbruch. Mas, para este trabalho, parte-se da ideia de descontinuidade do pensamento do autor, sobretudo em virtude da influência da hermenêutica filosofia existencial. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Tradução María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo- Perrot, 1962, p. 8.

<sup>123</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 34.

<sup>124</sup> TORRES, Ricardo Lôbo Torres. **A Jurisprudência dos Valores**. p. 9. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/artigo-ricardo-lobo-torres-filosofia-constitucional.html>. Acesso em 07 de agosto de 2015.

Neste ponto, percebe-se uma nítida aproximação entre o direito e a moral<sup>125</sup> expressa no papel desempenhado pelos juízes que, para o autor, não deveria mais ser de subordinação ao imperativo da norma, mas sim o de introduzir a própria valoração pessoal, em busca de um direito equitativo. Tanto é que, ao juiz seria possível recusar o caráter legal da lei quando esta era ‘conscientemente’ contrária à justiça e à pessoa humana.

Da mesma forma, para o autor Ripert, embora existisse a regra moral de respeitar o contrato e fazer cumprir as obrigações ali contidas, a autoridade do contrato não era inviolável. Isto porque, para o jurista, não existe igualdade entre as partes, razão pela qual a regra moral de não se permitir a exploração do próximo<sup>126</sup> deveria ser muito mais relevante.

Portanto, toda esta conjuntura mostrou que os valores últimos e supremos a orientar o direito são mesmo os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, que se impõe com maior intensidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Neste contexto, a jurisprudência dos valores representou movimento hermenêutico com objetivo de também resgatar os valores da sociedade contemporânea, que surgiu como uma forma de realização e proteção dos valores fundantes do direito, abrindo flancos para uma atuação mais prospectiva e promocional do juiz diante do caso concreto.

Para tanto, a jurisprudência dos valores reveste-se do reconhecimento pela ordem jurídica vigente de valores e princípios que, segundo Larenz, são essenciais para orientar e conferir unidade a todo sistema jurídico. Isto pois, o sistema interno, é composto por ‘princípios com forma de proposição jurídica’ e por ‘princípios abertos’, os quais, juntamente com as “bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o ‘sistema interno’ do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente”<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Segundo Radbruch, “não se pode deduzir uma total ausência de relacionamento entre essas duas áreas, pois o direito e o costume não podem justificar sozinhos sua legitimidade. Tanto é, que se “a justificativa moral das normas jurídicas não puder ser procurada na moralidade de seu conteúdo, tal fato não exclui a possibilidade de encontrá-la na moralidade de sua finalidade”. RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 10.

<sup>126</sup>RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 2002, p. 133.

<sup>127</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,1997, p.686.

Nesta linha, observa-se uma constante superação da vontade do legislador pela vontade axiológica do sistema<sup>128</sup> substanciada na ‘ponderação dos bens’<sup>129</sup> que, segundo Larenz, tem como função “determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto”<sup>130</sup>. Isto porque, os princípios, por não terem um limite definitivo fixado, entram facilmente em colisão, de modo que um ou outro bem jurídico em causa terá que ser mitigado.

Corroborando com esta sistemática do Direito para além da mera subsunção do fato à norma, Canaris defende que o sistema interno também é caracterizado como ordem teleológica<sup>131</sup>, porquanto composta pelos valores mais profundos: os princípios gerais da ordem jurídica, os quais são responsáveis pela mutabilidade do ordenamento jurídico vigente<sup>132</sup>.

De fato, os princípios não tem somente a função de colmatar lacunas<sup>133</sup>. Adquirem, gradativamente, elevada importância, a partir do reconhecimento da sua

<sup>128</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

<sup>129</sup> Streck, no entanto, critica a forma como esta ponderação foi adotada no Brasil: “na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível - fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (sic). Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’”. STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan. /jun. 2010, p. 37. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

<sup>130</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

<sup>131</sup> Segundo Canaris, quando se fala em ordem teleológica remete-se à questão da ‘adequação dos valores’, a qual “não se trata, portanto, da ‘justeza’ material, mas apenas da ‘adequação’ formal de uma valoração – na qual ‘formal não se deve, evidentemente, entender no sentido de ‘lógico-formal’ mas sim no sentido em que também se fala do carácter ‘formal’ do princípio da igualdade. Por outras palavras: não é tarefa do pensamento teleológico, tanto quanto vem agora a proposta, encontrar uma qualquer regulação ‘justa’, a priori no seu conteúdo - por exemplo no sentido do Direito Natural ou da doutrina do ‘Direito justo’ – mas apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas consequências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições derivadas do aparecimento de novos valores. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 75.

<sup>132</sup> Evidente que o reconhecimento dos princípios representa o principal mote na virada doutrinária. Mas um sistema exclusivamente baseado em princípios, assim como o modelo subsuntivo, também conduziria o intérprete a falhas, como bem ressaltou Canaris: “O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a consequências inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1162.

<sup>133</sup> Joaquín Valdés destaca três funções exercidas pelos princípios: “las ideas fundamentales que la comunidad forma sobre su organización jurídica están llamadas a cumplir la triple función fundamentadora,

normatividade, que constitui um dos símbolos de uma postura pós-positivista<sup>134</sup>, isto é, uma postura para além da legalidade estrita, mas sem desprezo da norma posta; uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas; uma interpretação e aplicação do direito inspiradas na justiça, mas sem voluntarismos ou personalismos<sup>135</sup>.

Como normas jurídicas, os princípios desempenham significativo empenho na ciência do direito para compreendê-los e diferenciá-los das regras jurídicas, pois tanto as regras como princípios constituem espécies normativas que tratam diretamente sobre a regulação de condutas, mas que fazem juízos concretos do dever ser de forma consideravelmente diferente<sup>136</sup>. Daí a razão para distinção entre estes dois tipos de normas.

Diversas teses quanto às diferenças entre regras e princípios foram formuladas. No entanto, destaca-se a proposta de Dworkin<sup>137</sup> e Alexy, os quais defendiam que entre estas normas há uma diferença qualitativa, porquanto se diferenciam no modo de aplicação e em seu processo de interação com as demais normas dentro do ordenamento jurídico, pensamento este que foi indispensável para a superação do positivismo legalista, teoria que reduzia as normas às regras jurídicas. De maneira sintética:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por

---

interpretativa y supletoria. Supone esta nota característica que tales ideas básicas, por ser fundamento de la organización jurídica, asumen una misión directiva en el desarrollo legislativo necesario para la regulación de todas sus relaciones interindividuales y colectivas. Como igualmente cumplen un papel crítico (axiológico) capaz, en último término, de invalidar o derogar toda norma positiva que irreductiblemente muestre tajante oposición a aquellos principios. Y tanto una como otra función la realizan en virtud del denominado, en nuestro Derecho positivo, carácter informador, que también justifica su misión interpretativa, en relación a las demás fuentes jurídicas. Y residualmente podrán ser utilizados como fuente autónoma, de directa aplicación, para resolver o regular concretas situaciones jurídicas, en defecto de ley o costumbre, asumiendo así el carácter de fuente supletoria e integradora del ordenamiento jurídico". VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 78-79.

<sup>134</sup> Segundo Barroso, "Pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade". BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional-ponderação**. Direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 19 de outubro de 2015.

<sup>136</sup> MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 228.

<sup>137</sup> A distinção entre princípios e regras tem seu marco na obra *Taking Rights Seriously*, do autor Ronald Dworkin.

consequente, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau<sup>138</sup>.

Nesta linha, o procedimento para solução em caso de colisão entre princípios é a ponderação, a partir da qual o intérprete afere o peso que cada princípio desempenha no caso concreto, mediante concessões recíprocas, preservando o máximo de cada um, na medida do possível<sup>139</sup>. Já as regras são normas que se valem da subsunção, pois se enquadram os fatos na previsão abstrata, da qual se produz uma conclusão.

Nesse aspecto, rompe-se com a hermenêutica clássica, pois agora a função do intérprete e aplicador passa a ser a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido e promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

Tal distinção se torna extremamente relevante ainda quando se fala em princípios fundamentais, pois, sendo estes as diretrizes basilares do sistema jurídico e, portanto, possuidores de qualidade argumentativa elevada, ocupam posições hierarquicamente superiores às regras e aos próprios valores<sup>140</sup>, quando em conflito. Inclusive, a própria Constituição cuida de estabelecer estes “princípios fundamentais (embora de conteúdo não determinado previamente de modo cabal) dentre os quais se destaca o da dignidade

<sup>138</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 351-352.

<sup>140</sup> Alexy destaca a diferença entre princípios e valores “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é no momento dos valores, definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo dos princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

da pessoa humana e o da inviolabilidade dos direitos à liberdade, igualdade e à vida [...]”<sup>141</sup>.

Isto tudo demonstra que esta unidade sistêmica proposta pelos princípios tem por finalidade não só estruturar o Direito, mas também funcionalizá-lo, pois se busca a promoção da pessoa, da igualdade substantiva<sup>142</sup>. Ou seja, os objetivos do ordenamento jurídico deixaram de ser apenas a proibição de comportamentos indesejados e a consequente sanção, para produção de normas de incentivo, representando uma reação da ordem jurídica à realidade social que se revoltaram com a situação normativa vigente<sup>143</sup>.

Assim, a interpretação ganha espaço neste contexto, pois ao jurista é dado atuar de forma não neutra, o que amplia as possibilidades de solução do caso concreto. Outrossim, o intérprete pode realizar a justiça individualizada, de acordo com cada caso *sub examine*, “[...] amparando as diferenças caso a caso para conceder um resultado prático sem abusos [...]”<sup>144</sup>. Conseqüentemente, ganha espaço a *interpretatio juris*, cuja investigação se baseia não apenas no sentido da norma, mas também nas normas não positivadas: princípios e valores.

Nessa linha, a equidade e a “ética da situação” avançam no campo da hermenêutica como meios aptos para integrar e ou complementar normas abstratas e genéricas, inclusive contratos omissos e lacunosos, já que, embora, as partes procurem avançar sobre todos os termos contratuais, acabam não fazendo. Logo, a interpretação contratual, também utiliza a equidade como método capaz de concretizar a justiça contratual e promover a dignidade da pessoa humana.

Afinal, a linguagem empregada pelo ordenamento, tais como as cláusulas gerais<sup>145</sup> e conceitos indeterminados permitem a incorporação de novos valores e,

---

<sup>141</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57.

<sup>142</sup> Segundo Reale: “A meu ver, nada justifica a teoria segundo a qual a exclusão social somente poderá ser superada pelas próprias ‘leis de mercado’ baseadas na livre concorrência, com a participação mínima do Estado. Mesmo que o chamado neocapitalismo pudesse, por seus próprios meios, alcançar esse surpreendente resultado, é óbvio que seriam necessários muitos anos, perdurando a fome que não espera (...). É preciso esclarecer que não estou substituindo a Economia pela Ética, mas de se reconhecer que, por mais que seja necessário obedecer às leis que regem a política econômica, é indispensável que nos seus cálculos de natureza científica – que não podem ser abandonados – se coloque o quantum destinado à supressão progressiva da exclusão social”. Miguel Reale. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115/116.

<sup>143</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccacia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 2.

<sup>144</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

<sup>145</sup> Segundo Martins-Costa, as cláusulas gerais são dotadas de “grande abertura semântica não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de

consequentemente a solução para novos problemas, seja por via da jurisprudência, seja pelo legislador. Demonstrando que o legislador não é o único responsável pela formação e evolução do sistema, nem que somente a lei é a única fonte da decisão, pois a jurisprudência também exerce este papel<sup>146</sup>.

Portanto, a digressão histórico-hermenêutica feita até aqui, demonstra que a negação dos direitos humanos e a sua substituição pelo dogma da razão absoluta, tornaram-se matérias-primas para justificar as conhecidas barbáries e exclusões sociais. No entanto, a consideração dos valores éticos ao sistema jurídico como tentativa de tutelar e promover o que a própria razão esqueceu (a pessoa humana) tornou o ambiente propício à virada Kantiana<sup>147</sup>. Miguel Reale também se apoia nessa visão:

Determinados valores, uma vez elevados à consciência coletiva, tornam-se como entidades ontológicas, adquirindo caráter permanente e definitivo. São os que denominamos invariantes axiológicas ou constantes axiológicas, como os valores da pessoa humana, o direito à vida, a intangibilidade da subjetividade, a igualdade perante a lei (isonomia), a liberdade individual etc., que constituem o fundamento da vida ética. A eles correspondem os chamados direitos fundamentais do homem.<sup>148</sup>

O que se tornou possível, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, momento em que se deu a crescente internacionalização dos direitos fundamentais<sup>149</sup>, designados internacionalmente, como direitos humanos<sup>150</sup>. Isto porque tais direitos

---

modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes”. MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

<sup>146</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 41.

<sup>147</sup> Segundo Torres, “de uns trinta anos para cá assiste-se 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. TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**, 2005, p. 41.

<sup>148</sup> REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 182.

<sup>149</sup> No que diz respeito à diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais: “os direitos humanos encontram o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, sendo considerados direito ‘sobre-positivo’ – mesmo no caso de sua eventual textualidade – de caráter irrenunciável, cuja característica essencial é a sua transnacionalidade. Já os direitos fundamentais encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas. Fato é que os direitos fundamentais são expressão dos direitos humanos, já que em sua totalidade limitam-se, o essencial, à garantia dos clássicos direitos civis e humanos, sendo que muitas constituições fazem menção a ambos, o que reforça a desnecessidade em torno de diferenciações mais detalhadas. Importante é que a constituição seja, na acepção da doutrina, simpática aos direitos humanos, garantindo-lhes de forma efetiva”. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53.

<sup>150</sup> Segundo Ramos, direitos humanos são “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas. RAMOS, André de

indicam verdadeiros critérios morais, que afetam o ser moral do homem, sua dignidade e sua liberdade e impõem consonância com o sistema plural valorativo da sociedade.

Nessa linha, os direitos humanos trazem o reconhecimento político e jurídico do valor moral da pessoa e sua articulação na sociedade, pois estabelece um novo pacto que contempla a humanidade e não mais o Estado. Isto é, os direitos humanos abrem caminho para o humanismo, por meio de um consenso sobre o núcleo de critérios morais que representam os valores básicos para uma convivência realmente humana<sup>151</sup>.

A ideia, portanto, dos direitos humanos é justamente esta universalidade que transcende os indivíduos, mas que por outro lado encontra bases jurídicas. Não podem os Estados, tão somente, ficar aquém dessas previsões de direitos, pois estes revelam um mínimo de direitos e critérios morais.

Portanto, este reconhecimento dos direitos humanos e a promoção de seus valores enquanto princípios, saberes, práticas e relações expressam o que se convencionou chamar de humanismo<sup>152</sup>, que nada mais é do que entender “o Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim. É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante *figuras de Direito*. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera”<sup>153</sup>.

Sedimenta, com isso, a ideia de que a solução do mundo pós-moderno está mesmo no humanismo. Somente os direitos humanos para imprimir um padrão ético na sociedade de consumo, onde o mercado cada vez mais adentra, o programa individual e egocêntrico desenvolve-se e cujo lucro é o principal objetivo das relações jurídicas.

Portanto, a solução com base nos direitos humanos e, portanto, favorável ao homem é mesmo a hermenêutica capaz de guiar e estabelecer um padrão condizente com o contexto atual e de valorização à pessoa humana.

### 2.3.1 Modelos Hermenêuticos

Conforme exposto, dado as imperfeições do ordenamento jurídico no que respeita a insuficiência de proteção da pessoa conforme a inerente emancipação da sociedade e do

---

Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

<sup>151</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: 2005, p. 122.

<sup>152</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 19.

<sup>153</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

próprio Estado, ainda assim os direitos fundamentais podem ser realizados efetivamente pelos demais órgãos<sup>154</sup>. Afinal, há que viver-se em plenitude com a fase atual, que é a da interpretação.

Para tanto, diversos modelos hermenêuticos podem ser seguidos dentro do direito privado, inclusive todos chamados para contribuir para o melhor resultado, qual seja, promover a pessoa humana. Dentre estes, é possível elencar o método argumentativo, tópico, participativo e concretizador. Apesar destes, é preciso ressaltar a interpretação inclusiva *pro homine*, seguida do modelo dialógico, pois sendo este próprio da pauta humanitária, demonstra-se meio mais eficaz para alcançar o que se denominou de hermenêutica emancipatória neste trabalho.

Longe de esgotar o tema, ou apresentar acurada cientificidade de todos estes métodos citados, apresenta-se somente um esforço em traduzir sinteticamente o ponto central de cada um e sua contribuição para uma renovação metodológica da interpretação.

O método da argumentação jurídica parte da ideia de que “[...] todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional”<sup>155</sup>.

Nesta linha, a racionalidade, juntamente com outros dois critérios, quais sejam, a razoabilidade e o princípio da proporcionalidade constituem “[...] critérios para a valoração correta dos argumentos interpretativos das disposições legislativas e constitucionais, e neste sentido são critérios para a fundamentação correta das decisões no controle de constitucionalidade”<sup>156</sup>. Isto porque, a racionalidade, razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que são orientadores para tomada

---

<sup>154</sup> Tal assertiva não entra em conflito com a eficácia direta mediata defendida neste trabalho, uma vez que é totalmente possível o Poder Judiciário suprir a falha protetiva em busca de eliminar a insuficiência, uma vez que “a relação do juiz com os direitos fundamentais deve ser vista de maneira particular quando são considerados os direitos fundamentais processuais, especialmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quando o juiz tutela um direito fundamental material, suprimindo a omissão do legislador, o direito fundamental tem eficácia horizontal mediada pela jurisdição”. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle da insuficiência da tutela normativa. *In.*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.) **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 710.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.

<sup>156</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 60.

de decisão correta também são critérios valorativos para conferir a correção destas decisões.

Assim, a aplicação conjunta destes critérios é importantíssima, pois permite identificar quais os argumentos são geralmente aceitos pela comunidade e que conduzem a uma ponderação adequada. O que só pode ser feito mediante um procedimento argumentativo regulado por tais critérios.

Dito isso, tais critérios ensejam a ponderação e o balanceamento dos valores sociais como forma de tomar decisões justas e afastar aplicação simples da lógica formal. Na verdade, como forma de se alcançar a lógica da prudência, da experiência, da igualdade e da equidade<sup>157</sup>.

De forma harmônica, cita-se ainda o método tópico, desenvolvido por Thomas Viehweg<sup>158</sup> e pelo italiano Perlingieri, cujos pensamentos guardam compatibilidade com certas teorias da argumentação<sup>159</sup>. A tópica é um pensamento dialético de problemas práticos, cujo método se orienta para o problema para enfrentar os impasses inerentes ao raciocínio. Nesse sentido, quando se coloca o problema como eixo central, este se torna além do objeto e guia, também, o caminho que norteará toda atividade do profissional<sup>160</sup>.

Dessa forma, inicialmente, o pensamento tópico desenvolve-se a partir de uma técnica circular, até se encontrar um resultado equilibrado, segundo Viehweg:

Quando se depara, onde quer que seja, como um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vistas mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a consequências que nos iluminem. A observação ensina que na vida diária quase sempre se procede desta maneira. Nestes casos, uma investigação ulterior mais precisa faz com que a orientação conduza a determinados pontos de vista diretivos. Sem embargo, isto não se faz de uma maneira explícita. Para efeito de uma visão abrangente, denominemos tal procedimento de tópica de primeiro grau.

<sup>157</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **Direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 71-72.

<sup>158</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>159</sup> Segundo Atienza, a concepção de tópica de Viehweg é compatível com certas teorias da argumentação, mas isto não quer dizer que constitua uma teoria autêntica ou suficiente de argumentação. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 56.

<sup>160</sup> PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea** (tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman). São Paulo: Carthago Editorial, 2002, p. 92.

Dado este procedimento, os pontos de vista começam a se organizar em verdadeiros catálogos de argumentos, formando-se o que se denominou de *topoi*<sup>161</sup>, cuja função principal é servir para a discussão em torno de um problema, uma vez que servem de guia para o intérprete na obtenção das respostas. Ora, a boa-fé objetiva nada mais é do que um *topoi* para a solução dos diversos problemas, especialmente do direito privado.

Assim, o método tópico valoriza a ciência do direito mediante uma renovação metodológica da interpretação, bem como auxilia o magistrado na sua tarefa julgadora dos diversos casos concretos que lhe são apresentados<sup>162</sup>.

Da mesma forma, Perlingieri também parte da ideia de que, “o estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências de vez em vez emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, privacidade, etc.”<sup>163</sup>.

O método participativo é elencado pelo autor Häberle quando este elenca que no “processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, são sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”<sup>164</sup>.

Em outras palavras, o método participativo é aquele cuja interpretação é realizada por uma sociedade aberta, cujos responsáveis são os órgãos públicos, advogados, a própria sociedade e o indivíduo, por exemplo. Isto, pois, hodiernamente, a interpretação constitucional ocorre conscientemente de portas fechadas, isto é, apenas pelos intérpretes jurídicos “vinculados às corporações”<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Ferraz explica a noção de *topoi* a partir de um exemplo: “Por exemplo, fórmulas do tipo ‘a maioria decide’ indicam, num contexto, dado, que a ideia que obtenha um maior número de decisões é avaliada, pelo grupo social, como mais importante do que a ideia, por melhor que seja, que tenha apoio de uns poucos ou de um único. A maioria, é, assim, um *topos* ou lugar-comum de argumentação, ao qual se contrapõe, por outro lado, o topos do mais sábio, do técnico do especialista, quando dizemos, então, que uma decisão qualquer deve caber a quem entenda do assunto e não a um conjunto de opinantes que se impõem pelo número”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, prefácio, p. 4.

<sup>162</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

<sup>163</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 149.

<sup>164</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

<sup>165</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

No entanto, fato é que a Constituição Federal só encontra legitimação se esta é um exercício da própria sociedade, razão pela qual experts e ‘pessoas interessadas’ da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa uma hermenêutica entre Estado e sociedade<sup>166</sup>.

Consequência desta concepção é uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência e, portanto, capaz de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público. O que faz com que a interpretação da Constituição Federal seja sempre renovada, porquanto sempre de acordo com os valores sociais de cada época.

O que condiz com a hermenêutica atual que procura proteger e promover a pessoa humana, a partir da sua realidade social, de acordo com as necessidades concretas. Afinal, ao se defender uma hermenêutica condizente com a sociedade e feita também pela própria sociedade, a interpretação mostra-se apta e adequada para fornecer justificativas diversas e variadas para atender o direito material em concreto.

Outro método que se mostra apto a alcançar o melhor resultado, tendo em vista sua ampla ligação com a sociedade é o método concretizador de Müller<sup>167</sup>. Segundo o autor, contrariamente ao paradigma positivista, concretizar não significa subsumir silogisticamente, tampouco individualizar uma norma jurídica genérica, mas sim “[...] *produzir*, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”<sup>168</sup>. Afinal, concretizar não se trata apenas de um processo meramente cognitivo, porquanto a normatividade comprova-se na regulamentação das questões jurídicas concretas.

---

<sup>166</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 18.

<sup>167</sup> Segundo Müller: “enquanto forem indicadas como ‘métodos’ da práxis e da ciência jurídicas somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da ‘pré-compreensão’ da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in tontum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Perter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

<sup>168</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Perter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 53.

Dito isso, tal método se faz presente em dois excertos, quais sejam, quanto à Constituição e quanto à estrutura da norma. No que diz respeito à concretude da Constituição, “[...] a tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da Constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos”<sup>169</sup>.

No que diz respeito à estrutura da norma, “a metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma”<sup>170</sup>.

O que significa dizer que não é possível descolar a norma jurídica do caso concreto, uma vez que ambos fornecem elementos necessários para o início do processo de concretização, ainda que de forma distinta. A norma, portanto, aparece como um modelo decorrente não só do texto, mas também com uma parcela da realidade social, pois a norma jurídica só surge com a interligação do programa da norma com o âmbito da norma, o que resulta na individualização em norma decisória.

Assim, Müller ao vincular normativamente o caso concreto pela decisão final, procura destacar a importância da realidade social, bem como enfatizar a ideia de que o ordenamento jurídico é mesmo uma ordem dinâmica e condizente com os valores de cada época.

Exposto estes métodos e ressaltado a importância de tais para a renovação do direito e para proteção da pessoa no caso concreto, cumpre ressaltar que, sendo o objeto deste trabalho a classificação dos contratos em existenciais, é nítido que sua origem encontra-se vinculada aos direitos humanos e fundamentais, bem como à dignidade da pessoa humana. Dito isso, busca-se dar primazia à interpretação *pro homine*, uma vez que o fundamento do Direito e, dos contratos existenciais, é mesmo a pessoa humana e seu livre desenvolvimento.

---

<sup>169</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito constitucional**. Trad. Perter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

<sup>170</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Perter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

Nessa linha, Trindade<sup>171</sup> defende que a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, de maior relevância e, portanto merecedora da maior atenção tem passado quase despercebida pela doutrina contemporânea. Tal solução é a que beneficia diretamente os indivíduos e grupos desprotegidos, cuja regulamentação era outrora apanágio.

Dado o contexto atual, o autor então defende que a “primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”<sup>172</sup>. Para exemplificar, ressaltam-se as diversas legislações internacionais considerando o consumidor vulnerável e exigindo tratamento favorável a este sujeito.

Corroborando com esta perspectiva, a Constituição Federal enuncia em seu art. 4º que deve ser dada primazia aos direitos humanos. No direito interno, portanto, também não passa despercebido esta ordem mundial, de dar primazia às normas que tutelem e também promovam os sujeitos-vítima, pessoas em situações desfavoráveis, tal como o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor impõe uma leitura favorável das cláusulas contratuais ao consumidor. Ora, em sendo os direitos humanos critérios aptos para defender as pessoas vítimas de violações a seus direitos, é clara sua influência no direito interno e sua constatação pelo Constituinte quando signatário das referidas normas.

Dito isso, os direitos humanos tornam-se excelentes guias para interpretação em favor da pessoa humana, especificadamente quando em situações de vulnerabilidade, impondo à aplicação da lei mais benéfica à sua proteção seja qual for seu âmbito de origem.

Nesta linha, a vulnerabilidade destaca-se como elemento a exigir tratamento diverso e especial no direito privado, justamente por reconhecer sujeitos em situações de desigualdade no caso concreto. O que significa dizer que, mais do que uma característica do consumidor, é uma realidade inerente a própria existência da pessoa humana, e mais do que uma regra, é também princípio, cuja extensão não é limitada.

Coadunando com a hermenêutica internacional de dar primazia às vítimas de violações de direitos fundamentais, a vulnerabilidade reconhecida também estabelece tratamento diverso e qualificado, de forma a privilegiar a pessoa e sua dignidade dentro do direito privado. Afinal, a única discriminação possível é a de natureza positiva com

---

<sup>171</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional dos direitos humanos**. Volume 1. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 542.

<sup>172</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional dos direitos humanos**. Volume 1. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 542.

vistas à igualdade material, uma vez que a simples discriminação por si só não alcança o mesmo resultado.

O que dá ensejo à hermenêutica emancipatória, porquanto a internalização dos direitos humanos no direito interno, bem como a utilização do seu critério nos conflitos privados dá concretude a autonomia e independência essenciais ao livre desenvolvimento, bem como reajusta a ciência jurídica como transformadora da pessoa e da sociedade rumo à emancipação da pessoa humana.

Ora, não há dúvidas que ao conceder independência e autonomia ao sujeito de direito contraria-se a lógica paternalista e assistencialista incorporada pelo Estado e ordenamento até então. Projeta-se a pessoa e a potencializa em todas as suas dimensões, especialmente como formadora de pensamentos e inseridas no âmbito social.

Portanto, esta hermenêutica emancipatória busca ampla harmonia com os direitos humanos e demais normativas do direito interno que reposicionam a sociedade e o Estado aos objetivos primordiais da Constituição Federal, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, evitando o rebaixamento da sua personalidade. É sob esta hermenêutica que se desenvolve o contrato existencial, como um instrumento para valorização da pessoa humana.

### 2.3.2 Mudança de ambiente e de valores e sua influência no Direito:

Tão presente é a influência do período pós-moderno em todos os setores que a autora Marques entende ser este momento um grande desafio para o Direito<sup>173</sup>, seja pelas mudanças produzidas, seja pela falta de consenso sobre a interpretação desta ‘nova’ realidade.

De acordo com os ensinamentos de Jaime, o ponto de encontro entre esta cultura pós-moderna e o Direito são os valores que tem em comum. Para tanto, destaca-se quatro fenômenos, quais sejam, o pluralismo, comunicação, narração e o retorno dos sentimentos, tendo como elemento guia os direitos humanos, especialmente orientados pela dignidade da pessoa humana.

O primeiro elemento é o pluralismo, o qual se refere tanto à pluralidade de fontes legislativas, aos direitos assegurados, quanto aos sujeitos da relação contratual, ativo e

---

<sup>173</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168-169.

passivo, criando-se, assim, uma perspectiva plural e um diálogo de fontes entre as diversas existentes. Dentre os novos valores apresentados pela pós-modernidade ao Direito destaca-se “direito à diferença”, tendo em vista que a pós-modernidade é caracterizada por um pluralismo de estilos e valores anteriormente desconhecidos, os quais devem ser “igualmente” protegidos.

Transportando tal pluralismo para o direito privado, percebe-se que este elemento o faz mais social e solidário, pois a hipercomplexidade desta sociedade contemporânea tão arguida por Azevedo, faz com que os princípios clássicos da teoria contratual se harmonizem com os novos princípios pós-modernos, tais como os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual.

A segunda característica da cultura pós-moderna é a comunicação, a qual está intimamente relacionada com a globalização e suas consequências. Isto porque, comunicar no mundo de hoje é também sinônimo de integração na sociedade global sem fronteiras, de forma que a velocidade destas informações se dá, não apenas pelos meios tecnológicos que facilitam essa propagação, mas também pela vontade que as pessoas têm em se comunicar.

A comunicação, então, difunde-se como método de legitimação, instrumento de informação e valorização extrema de tempo. Trata-se, na verdade, de um “*revival* da autonomia da vontade”, mas qualificada pela informação e esclarecimento. Afinal, “a oferta de uma relação contratual sem a informação devida inviabiliza uma reflexão adequada do consumidor sobre os benefícios e ônus deste contrato”<sup>174</sup>.

Consequentemente à comunicação, o terceiro elemento, qual seja a narração, tem lugar a partir das transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito. A partir desta, o método tradicional de regular condutas cede espaço as normas narrativas, ou seja, padrões que não obrigam, e sim, descrevem valores, seus próprios objetivos, princípios, finalidades, os quais iluminam e auxiliam na interpretação para o futuro.

Nas palavras de Tepedino, a partir destas normas narrativas “o legislador atual procura associar seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-

---

<sup>174</sup> SOARES, Ardyllis Alves. O contrato de *time-sharing* e o direito do consumidor: um necessário diálogo das fontes. In.: **Revista de Direito do Consumidor**. v. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 162.

se de normas que não prescrevem certa conduta, mas simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos”<sup>175</sup>.

Por fim, a última característica a afetar o direito civil é o retorno dos sentimentos – “*le retour des sentiments*”<sup>176</sup>, que significa “de um lado, a volta de certa ‘emocionalidade’ no discurso jurídico, de outro lado é o imponderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema, que passam a influir na argumentação e nas decisões jurídicas”<sup>177</sup>.

Neste aspecto, o autor destaca como elemento guia para reconstruir a abalada ciência do direito os direitos humanos, cuja ideia se traduz nos princípios da igualdade<sup>178</sup> e dignidade. De fato, “[...] os direitos fundamentais, enquanto instrumento voltado a proteger a pessoa, possuem um significado destacado na adaptação da ordem jurídica às pretensões da sociedade civil”<sup>179</sup>.

No plano constitucional significa a ampliação do espaço de proteção do cidadão, do eleitor, do proprietário, do consumidor, do diferente, dentre outros vários sujeitos pós-moderno. No direito privado representa uma efetiva mudança nos dogmas tradicionais, a serviços de valores sociais. Assim, ganham cada vez mais força novos princípios da ordem contratual, que na verdade nada tem de novo a não ser um remodelamento mais objetivo e ligado aos direitos fundamentais. Afinal, passam a fazer parte deste setor noções e ideais como o da solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, dentre outros.

Tanto é verdade que tais valores passam a fazer parte da própria estrutura do Código Civil sob as diretrizes fundamentais da eticidade, operabilidade e socialidade. Da eticidade decorre o princípio da boa-fé objetiva que reconduz ao valor fundamental da

---

<sup>175</sup> TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In.: Tepedino, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XIX.

<sup>176</sup> JAIME, Erick. **Identité Culturelle et integration**: Le droit international privé postmoderne – Cours general de droit international privé, 1995, p. 261.

<sup>177</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

<sup>178</sup> Segundo Marques, “[...] identificar no outro um sujeito de direitos fundamentais, de direitos humanos básicos, é uma ideia de igualdade. Reconhecer que o outro é totalmente pessoa, tem os mesmos direitos que eu, logo os meus direitos não podem sobressair, abafar, diminuir, impedir o exercício e a efetividade dos direitos do outro, é a base do igual”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 264.

<sup>179</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

pessoa humana como fonte de todos os valores. Nesse sentido, a boa-fé objetiva<sup>180</sup> determina a construção de um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da pessoa humana.

Para tanto, incide de diversas formas e sob diversos momentos, constituindo-se fonte de deveres e de limitação de direitos a todos os contratantes<sup>181</sup>, tais como os deveres de cuidado, de esclarecimento, de informação, de proteção, dentre outros<sup>182</sup>.

Da socialidade, destaca-se, sobretudo, o princípio da função social do contrato, pois este impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando de tudo o mais<sup>183</sup>.

Dito isso, da função social destaca-se três aspectos característicos do seu significado: “primeiro, de que configura um limite à liberdade de contratar; segundo, que apresenta um vínculo orgânico entre o exercício da liberdade/direito subjetivo de contratar e a finalidade social desta prerrogativa”<sup>184</sup>. E, por fim, que a função social do contrato produz efeitos externos às relações contratuais.

Portanto, o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes e também se projeta igualmente sobre o corpo social e a bem da própria sociedade<sup>185</sup>. Ora, é indubitável que os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espraiando seus efeitos à comunidade, razão pela qual também devem ser protegidas as partes não contratantes<sup>186</sup>.

Isto decorre, pois tal princípio também amparado pela dignidade humana exige que o negócio jurídico tenha fins sociais e econômicos e ainda proteja os interesses existenciais das partes contratantes<sup>187</sup>.

---

<sup>180</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé o direito privado**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>181</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118.

<sup>182</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé o direito privado**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 439.

<sup>183</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

<sup>184</sup> 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 (Org.) **A nova crise do contrato: estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

<sup>185</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 134.

<sup>186</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para autonomia privada. *In.*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 259-264.

<sup>187</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2011, p. 320.

O que significa dizer que o contrato não pode ser injusto entre as partes, ainda mais considerando o princípio da justiça contratual também decorrente do novo direito privado e com fundamento na Constituição, a partir do princípio da igualdade. Tal princípio veda um desequilíbrio real entre os direitos e obrigações obtidas entre os contratantes, pois se trata de uma espécie de justiça comutativa, que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação<sup>188</sup>.

Na verdade, “[...] sua compreensão vai além da noção de simples equilíbrio, porquanto, se este parte de uma ótica sobre o intercâmbio de prestações, aquele se refere a julgamentos éticos, possibilitando investigações mais acendradas de comportamentos e de conteúdo obrigacional”<sup>189</sup>.

Da mesma forma, a contemplação deste princípio indica que tem como fundamento constitucional além do princípio da igualdade o princípio da dignidade humana. Ora, “[...] a justiça é valor inerente a todo ser humano, portanto compõe a dignidade de cada um”<sup>190</sup>.

Esposado esta nova tríade do direito privado, é possível concluir que todos decorrem do princípio da dignidade humana, fundamento principal e soberano da ordem jurídica. Disso resulta a escolha por parte do ordenamento jurídico pela pessoa sobre o patrimônio, o ter<sup>191</sup>. Esse raciocínio conduz a uma tendência doutrinária denominada de repersonalização do direito civil<sup>192</sup>.

Trata-se de uma funcionalização das situações patrimoniais às existenciais, pois o patrimônio assume papéis de valores para atuarem como “[...] instrumentos de concretização de uma vida digna, de pleno desenvolvimento da pessoa e da possibilidade de libertar-se das necessidades”<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 214.

<sup>189</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2011, p. 429.

<sup>190</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2011, p. 23.

<sup>191</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2011, p. 282-283.

<sup>192</sup> Segundo Perlingieri “[...] se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33.

<sup>193</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33.

Até mesmo porque, na verdade, pós-moderno aqui é o sujeito de direitos. Ele é quem é capaz de modificar a visão do vínculo e do direito que o regula, pois, atualmente “[...] ter direitos constitucionais assegurados é ter liberdades e garantias individuais, a realizar metanarrativas modernas de igualdade, liberdade e dignidade do homem”<sup>194</sup>.

Pensa-se assim como Kant, pois é a dignidade humana valor básico, absoluto, universal que inspira e orienta o imperativo categórico a ter como dever o respeito pelo *alter*, pelo outro. Daí a exigência da legislação criada pela razão prática ter como finalidade principal a realização do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, pois, o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário.

A complexidade pós-moderna e sua mudança de valores reflete também sob a teoria dos contratos. Inclusive, é indiscutível que para a conceitualização do contrato pós-moderno um único conceito de contrato consiga “[...] dar vazão a todas as formas contratuais da atualidade, em que se evidencia a hipercomplexidade do mundo jurídico, caracterizada pela pluralidade de fontes materiais e formais que se revela como obstáculo à unificação do pensamento”<sup>195</sup>.

Apesar disso, é possível afirmar que o contrato pós-moderno é uma relação complexa solidária<sup>196</sup>, pois de forma sincronizada, preocupa-se com a relação interna entre as partes, com o mercado no qual está inserido e na realização de valores existenciais.

Dado a dificuldade de conceitualização, a propositura de um regime ou tipologia única também já não é mais possível. Vários modelos de contratos são criados na cultura pós-moderna, como o *time-sharing*<sup>197</sup>, contrato a distância no comércio eletrônico<sup>198</sup>, dentre tantos outros.

---

<sup>194</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 258.

<sup>195</sup> NALIM, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 251.

<sup>196</sup> NALIM, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 253.

<sup>197</sup> Segundo Marques, “o autor Erik Jaime considerou o contrato de *time-sharing* ou de multipropriedade como o modelo do contrato da época pós-moderna. O *time-sharing* pode ser definido como um contrato múltiplo e complexo, visando o uso habitacional de um imóvel, de um complexo de imóveis, assim como o uso dos serviços conexos a esta fruição, tudo por certo tempo a cada período de um ano”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 180.

<sup>198</sup> Marques também traz o contrato a distância no comércio eletrônico como outro exemplo de contrato pós-moderno, pois “[...] nestas contratações a distância, por meios eletrônicos, e-mail, internet (online) – ou por meios de telecomunicação de massa – telemarketing, TV, TV a cabo etc. -, há uma certa “desumanização do contrato”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do**

Dado este contexto de pluralidade e indefinição, Teubner propõe a construção do “sistema contrato” sob três planos, quais sejam, plano da interação entre as partes; o plano da instituição e; o plano da sociedade. No primeiro plano, o contrato é visto a partir dos interesses construídos pelas partes. Por conseguinte, na análise do contrato como objeto discursivo, estão em causa interações institucionais, especificamente, no mercado. Por fim, o contrato visto no plano da tradução interdiscursiva, traduz a interdisciplinaridade do contrato com diversos sistemas parciais<sup>199</sup>.

Dito isso, o contrato não deve mais ser visto no plano do consenso pelo acordo de vontades e, sim como “um sistema social aberto ao meio envolvente, como algo que não exprime apenas o consenso entre as partes, mas que é portador de problemas funcionais próprios que devem ser resolvidos em interação com o respectivo meio, sem, no entanto, violar suas próprias fronteiras”<sup>200</sup>.

Por isso, o problema atual do contrato pós-moderno é coordenar a compatibilizar os diferentes estímulos que proveem de cada um destes sistemas: servir de instrumento à autorealização pessoal dos contraentes; respeitar as relações de troca e cooperação com o mercado e demais valores próprios do ordenamento<sup>201</sup>.

Essa análise sociológica também foi feita por Lorenzetti, para o qual o contrato pós-moderno deve ser desenvolvido como sistema, processo e instituição<sup>202</sup>. Enquanto sistema, o contrato ressalta a coletividade de partes contratantes, bem a rede complexa e conexa de contratos, em cuja prestação de serviços incluem-se os aspectos essencialíssimos das necessidades humanas.

Como processo, destacam-se os elementos e efeitos produzidos no decorrer do contrato, ressaltando a análise do período pré-contratual e pós-contratual, bem como as dimensões dos contratos cativos ou de longa duração. Coloca em evidência, portanto, a confiança despertada e a legítima expectativa, que devem ter primazia nesta relação.

Por fim, os contratos exprimem ideia de instituição, “[...] porque além de delinear funcionalidade específica, com vistas à maior efetividade, não devem deteriorar o

---

**Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 182.

<sup>199</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Dorothee Susanne Rüdiger [et al.]. Piracicaba, São Paulo: Unimep, 2005.

<sup>200</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 240.

<sup>201</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 12.

<sup>202</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría general del contrato y de los servicios: una teoría sistémica del contrato**. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ambiente econômico especialmente no que concerne à concorrência e ao âmbito social, sempre observando a regra do desenvolvimento sustentável”<sup>203</sup>.

O que significa dizer, portanto, que o contexto pós-moderno está a exigir que os princípios basilares dos contratos incidam em todos estes setores, pois exige uma abordagem preocupada, concomitantemente, com a relação interna entre as partes, com o mercado e demais valores do ordenamento jurídico.

Caso contrário, se não observado a harmonia dos sistemas, o contrato poderá ser meio apto e fértil para a exploração pelo mercado e sujeição da pessoa, ou dito em outras palavras, será “[...] 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”<sup>204</sup>.

No entanto, importante também salientar a importância do mercado e a pretensão lucrativa nas suas relações jurídicas. Não há dúvidas que o excesso de mercado é meio para exploração da pessoa, mas a sua ausência também é prejudicial ao homem. Ora, não há como negar que a patrimonialidade é inerente ao contrato e até mesmo instrumento para promoção da pessoa humana. Inclusive, isto fica evidente na atual crise que o Brasil enfrenta, pois demonstra-se que o mercado e seus aspectos patrimoniais e lucrativos são essenciais para a manutenção de empresas e, conseqüentemente, para manutenção de empregos e pagamentos de salários.

Ademais, é inegável a ineficiência dos próprios mecanismos do direito para proteção dos direitos humanos se também não houver uma participação conjunta do mercado, haja vista que este é agente importante para desigualdade e desrespeito aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, justamente para evitar que o contrato se torne instrumento de opressão, é necessário que este se ajuste também à dimensão social e assuma o particularismo diferenciador que os sujeitos ou objetos do contrato reclamam. Isto é, dado as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação jurídica, cabe ao ordenamento, de um lado, propor um “direito geral ou comum, caracterizado pelo predomínio da liberdade

---

<sup>203</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>204</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

contratual, e de outro, (estabelecer) regimes especiais, onde se consagre variados mecanismos de tutela de interesses relevantes que a autorregulação deixaria indefesos”<sup>205</sup>.

Para tanto, os princípios contratuais, tais como, boa-fé- objetiva e função social do contrato, ou os ditos megaprincípios, devem atuar de forma harmônica em ambos os planos (interno, social, externo), de modo a garantir as legítimas expectativas e a estabilidade das relações.

Na verdade, mais do que isso: como as regras do direito contratual que presidem o jogo do mercado devem se ajustar aos direitos fundamentais<sup>206</sup>, os contratos cujo objeto esteja diretamente ligo ao conteúdo mínimo da dignidade humana e, portanto, que tenha uma das partes em posição desfavorável, dado a essencialidade deste bem para este contratante, reclamam para si uma aplicação ainda maior e uma função mais relevante dos princípios *enformadores* do ordenamento jurídico, tais como da função social do contrato<sup>207</sup> e da boa-fé-objetiva<sup>208</sup>.

Afinal, quanto maior a desigualdade entre as partes “[...] maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”<sup>209</sup>. Da mesma forma “[...] quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada”<sup>210</sup>.

Nesse contexto, a função social do contrato e a boa-fé objetiva devem impor limites à liberdade contratual da parte considerada contratualmente mais forte, a fim de proteger o contratante vulnerável. Essa proposta representa um claro resgate da igualdade

---

<sup>205</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

<sup>206</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 363.

<sup>207</sup> No mesmo sentido é a aplicação do princípio da função social, isto porque os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial: neles, por exemplo, não caberia a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva. No entanto, totalmente possível quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant**, p. 185.

<sup>208</sup> No que diz respeito à boa-fé-objetiva, Antônio Junqueira de Azevedo é claro ao destacar sua grande aplicação aos contratos existenciais em face dos contratos de lucro: “[...] 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 e venda da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os contratos empresariais. 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>209</sup> SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 329.

<sup>210</sup> SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 329.

material pelo próprio direito privado, em consonância com os novos ideais, que fazem do contrato uma ferramenta de promoção social.

O Código de Defesa do Consumidor não é outra coisa senão exemplo desta comunhão de sistemas, afinal sua consagração partiu de duas estratégias, quais sejam a proteção do consumidor, a partir do seu reconhecimento como direito fundamental e a ordem econômica, a partir da tutela do próprio mercado.

Tanto é que o próprio art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, além de determinar o devido atendimento às necessidades básicas do consumidor, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos dentre outros, impõe o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e, ao mesmo tempo, viabiliza os princípios nos quais se funda a ordem econômica, tudo com base na boa-fé e função social entre as partes<sup>211</sup>.

Inclusive, é considerando estes sistemas que Marques<sup>212</sup> defende o contrato pós-moderno como instrumento de circulação de riquezas e também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, certificado de qualidade, segurança e adequação dos serviços no mercado.

A classificação proposta pelo autor Azevedo em contratos existenciais ou contratos de lucro também tem justamente este caráter operacional, pois, sem excluir outras diversas classificações, tem a função de conciliar o funcionamento estável da economia com a tutela ao valor da pessoa humana. Portanto, em congruência com os três níveis do contrato.

Ora, como tal dicotomia proposta ressalta a solidariedade entre os contratantes, uma vez que exigem a “[...] solidariedade do contratante com objetivo de lucro e o esforço proporcional, sem sacrifícios, do contratante vivo, ente e existente!”<sup>213</sup>, logo nada mais condizente com os três níveis do contrato do que entender que tanto os interesses patrimoniais como os existenciais são pressupostos para o livre desenvolvimento da personalidade e promoção da pessoa.

---

<sup>211</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *In.*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

<sup>212</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 180.

<sup>213</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

Portanto, contrato pós-moderno não é outra coisa senão um ambiente de convergência entre os níveis contratuais, bem como entre as diversas fontes legislativas e não-legais, com objetivo de salvaguardar a solidariedade entre os contratantes para emancipação da pessoa humana, valor máximo do ordenamento jurídico. E a classificação proposta em contratos existenciais e contratos de lucro nada mais é do que uma ferramenta operacional para coordenar tais sistemas, sempre destacando o valor existencial das relações jurídicas.

E o reconhecimento da vulnerabilidade decorrente da essencialidade do objeto contratual é fator determinante para coordenar a dualidade de regimes (patrimoniais e existenciais) com vistas à efetiva tutela e proteção da pessoa humana. Afinal, o seu reconhecimento é que fundamenta a existência de normas protetivas especiais, tais como o Código de Defesa do Consumidor.

### 3 DIREITO PRIVADO E SEUS INSTRUMENTOS PARA A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS

Dado todo o contexto pós-moderno exposto no capítulo anterior, verifica-se a necessidade de constatar se os instrumentos do direito privado, inclusive o Código de Defesa do Consumidor, estão aptos para enfrentarem os desafios típicos desta sociedade pós-moderna, realizando a pessoa humana e equilibrando as relações jurídicas nos inúmeros casos concretos.

Não há como negar que a pessoa humana encontrou lugar no eixo central das preocupações do direito atual. Tanto é que o novo do Código de Defesa do Consumidor foi ter identificado o consumidor como sujeito de direitos e, assim, construído um aparato normativo para sua tutela e promoção, conforme exigia expressamente a Constituição Federal, que identificou o consumidor como agente a merecer proteção especial (art. 5º, XXXII e art. 28 ADCT).

Ao reconhecer este sujeito, o Código de Defesa do Consumidor “re-significou” o sujeito, isto é, “[...] este sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se; hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam – diretamente ou através de seus representantes – seus direitos”<sup>214</sup>. O que significa dizer que este sujeito qualificado, ou “sujeito perfeito”, é o sujeito identificado com direitos fundamentais, direitos humanos, a serem protegidos e exercidos dentro ou fora das instituições.

Nesta linha, o Código de Defesa do Consumidor ao reconhecer e tutelar seu agente especial visa também equilibrar os interesses do consumidor perante o fornecedor. Tanto é verdade que o art. 6º, V, deste Código, por exemplo, prevê como um dos direitos básicos do consumidor “a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Da mesma forma o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor entende que constituem cláusulas abusivas aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé”.

---

<sup>214</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor – RDC** - 35/61.

No direito civil, a lesão acarretada pela desigualdade entre as partes representa figura antiga e prática corriqueira, mas congruente com a soberania da autonomia da vontade e a igualdade formal defendidas pela concepção clássica contratual da época. Hoje, não mais se admite este desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por uma das partes em detrimento do outro contraente, tanto é verdade que a base principiológica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor também se faz presente no Código Civil.

Apesar disto, o Código Civil não avançou como deveria nesta proteção, uma vez que ainda pressupõe que todos os seus contratos são celebrados no viés paritário e, portanto, todas as partes são iguais no momento da contratação. Realmente, parte-se do pressuposto que o Código Civil é um ordenamento que normatiza sujeitos em iguais condições. Mas, ainda assim, dado todo o contexto pós-moderno e as diversas situações de riscos a que os contratantes estão expostos, o Código Civil não se mostra totalmente apto para tutelar seus sujeitos neste novo ambiente marcado pela desigualdade.

O que se confirma no caso dos contratos de adesão em que a leitura das cláusulas somente será favorável ao aderente quando as cláusulas forem ambíguas ou contraditórias (art. 433, CC). Da mesma forma, quando se aborda no art. 478, CC sobre a resolução dos contratos, pois tal Código ainda exige a onerosidade excessiva e a extrema vantagem da outra parte contratante, o que dificulta a tutela destes indivíduos no caso concreto.

No entanto, vale lembrar que um dos objetivos fundamentais preconizados pela Constituição Federal de 1988 é o de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, razão pela qual a tutela jurídica destinada à pessoa humana, independe de onde a norma mais favorável provenha. O que significa dizer que, o Código Civil não está isolado do sistema jurídico, sem nenhum tipo de comunicação.

Pelo contrário. O diálogo de fontes é hermenêutica que se faz importante e necessário na atual conjuntura social. Tanto é verdade, que um dos grandes exemplos atuais é o diálogo de fontes existente entre o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, naquilo que for mais favorável ao vulnerável, ainda que esta norma esteja consagrada no Código Civil ou vice-versa.

Isto se faz importante, pois a vulnerabilidade, princípio expressamente consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, coloca em realce a verdadeira igualdade material ao reconhecer as diferenças, protegê-las e promovê-las, dando a cada um o essencial para seu pleno desenvolvimento.

É dizer que a vulnerabilidade trata-se de uma concretização do princípio da igualdade, da procura de uma igualdade material a partir das desigualdades dos sujeitos. Exatamente o seu reconhecimento, que permite e fundamenta a tutela especial e qualitativa do consumidor.

Inclusive, é instrumento poderoso para assegurar direitos aos consumidores, impor deveres aos fornecedores e, assim, assegurar uma relação harmônica. Ou dito em outras palavras, o princípio da vulnerabilidade mostra-se instrumento poderoso e eficaz na solução dos problemas advindos da pós-modernidade, pois leva em conta todo o contexto contratual, sem se esquecer da pessoa humana e seus atributos existenciais.

Da mesma forma, é preciso dizer, que de uma maneira geral, toda a base principiológica e normativa do Código de Defesa do Consumidor também se mostram ferramentas aptas para resolver tais problemas pós-modernos, conforme entende Marques<sup>215</sup>.

Dito isso, imperioso ressaltar as mudanças estruturais e materiais apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor que influenciaram a interpretação e aplicação das normas de direito privado, sobretudo a teoria contratual. Destacar estas características que faz do Código de Defesa do Consumidor uma base para uma nova teoria contratual tem ainda mais relevância quando se aborda a classificação proposta em contratos existenciais, haja vista tal classificação ser inspirada nesta tutela protetiva e promocional do sujeito identificado em situações de desequilíbrio, desigualdade, isto é, de vulnerabilidade.

### **3.1 O Código de Defesa do Consumidor: nova teoria contratual**

O Código de Defesa do Consumidor introduziu inúmeras mudanças no ordenamento jurídico. Embora destinado às relações de consumo, as inovações propostas refletiram por todo ordenamento jurídico, haja vista a avançada técnica legislativa adotada, baseada, especificamente, em princípios e cláusulas gerais.

Isso implica em uma maior abertura do texto legal, bem como proporciona uma maior atividade criadora do juiz, pois adaptável às mudanças da realidade e dos valores da sociedade. Tanto é verdade que, tal ordenamento consumerista resgatou a dimensão

---

<sup>215</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 266-267.

humana do consumidor, que a sociedade pós-industrial havia rebaixado apenas como *homo economicus*, responsável pela dinamização do consumo e mercado.

Daí porque falar dos vulneráveis tornou-se tão relevante, especialmente neste contexto da pós-modernidade, também denominada por Lipovetsky<sup>216</sup> como tempo de *hiper* consumo. Não que o consumo não existisse na modernidade, mas a diferença reside na ênfase e prioridade: na modernidade a ênfase da sociedade de consumo era a mão de obra industrial, ou como Bauman denominava-os de “sociedade de produtores”<sup>217</sup> e, na sociedade atual, a pedra de toque são os consumidores.

Em uma economia pós-industrial, concentradora de riquezas, marcada pela institucionalização e massificação dos contratos, pela pluralidade de fontes normativas e sujeitos das relações contratuais não mais interessam uma mão-de-obra industrial em massa, tampouco um exército de recrutamento. A maneira como a sociedade atual atua é ditando o papel de consumidor.

Daí a importância do reconhecimento pela Constituição Federal do consumidor como sujeito de direitos fundamentais<sup>218</sup>, que ensejou a criação de um ordenamento apto para tutelar esta parte vulnerável na relação de consumo, através da adoção de uma política legislativa de tratar desigualmente aqueles sujeitos da sociedade considerados mais fracos.

Em outras palavras, pela primeira vez consagrou que o contrato não é sempre ponto de encontro de iguais<sup>219</sup>. A sociedade de consumo e a nova forma de produção capitalista demonstraram que as pessoas podem ocupar posições de desigualdade no curso das suas relações, afinal de contas, de um lado tem-se o sujeito cuja função é consumir e, de outro, a complexa cadeia de agentes econômicos.

---

<sup>216</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

<sup>217</sup> BAUMANN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.15.

<sup>218</sup> De acordo com Miragem, [...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental, tomado o sujeito titular do direito na sua compreensão finalista, vinculada a uma dimensão própria da pessoa humana e de sua necessidade de consumo”. MIRAGEM, Bruno. Consumidor como Direito Fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 43, p. 111-132.

<sup>219</sup> “A inclusão do direito do consumidor no sistema jurídico foi evidentemente decorrente da análise dos contratos entre partes que detinham características muito díspares de poder e conhecimento. A partir dos contratos, a jurisprudência brasileira já reconhecia prerrogativas que viriam a ser características dos consumidores, mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40)”. MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 47-63.

Assim, outro grande fator do direito do consumidor que influenciou em uma renovação da teoria contratual foram os próprios contratos de consumo, pois estes introduziram instrumentos poderosos para alcançar a justiça e equidade contratual, quais sejam, os princípios da vulnerabilidade, da confiança e da boa-fé objetiva, por exemplo.

A vulnerabilidade do consumidor, conforme já dito, constitui presunção legal absoluta e é o seu reconhecimento que determina que o direito se ocupe da proteção do consumidor. Em outras palavras, é o princípio da vulnerabilidade que fundamenta a existência de normas de proteção a orientar sua aplicação na relação de consumo, dado o reconhecimento da fraqueza do consumidor no mercado de consumo.

No que diz respeito à confiança, esta “[...] exprime situação em que uma pessoa adere, em termo de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras que tenha por efetiva”<sup>220</sup>, isto é, implica em responsabilidade à pessoa que, pelo seu comportamento na sociedade, fizer nascer na outra pessoa contratante legítima expectativa no cumprimento de determinada obrigação.

O autor Macedo Junior considera que a confiança tem se tornado o elemento produtivo mais importante, em especial dentro de uma estrutura pós-fordista de produção, ou de especialização flexível<sup>221</sup>. Tal é sua importância que, de acordo com o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, as informações veiculadas pelo fornecedor integram o contrato, uma vez que estas criam justificadas expectativas nos consumidores. Ora, de outro modo não poderia ser, pois a confiança envolve a ideia de não-exploração da vulnerabilidade<sup>222</sup>.

Nesta linha, confiança muito se aproxima<sup>223</sup> do princípio da boa-fé objetiva<sup>224</sup>, pois esta além de ser critério de qualificação de comportamento, ainda implica em deveres

---

<sup>220</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2, p. 1234.

<sup>221</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Max Limonad. 1998, p. 53.

<sup>222</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Max Limonad. 1998, p. 53.

<sup>223</sup> Segundo Menezes Cordeiro, a aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que, por seu turno, comunique à boa-fé. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011. P. 1241.

<sup>224</sup> Foi no sentido objetivo que o Código de Defesa do Consumidor consagrou expressamente a boa-fé. No entanto, apenas para completo desenvolvimento deste trabalho, boa-fé objetiva distingue-se da boa-fé subjetiva, conforme Betti: “De este modo resulta evidente la diferencia inconfundible que distingue la buena fe contractual, en sentido normativo, de la buena fe consistente en la creencia en la propia o en la ajena limitación. La buena fe del poseedor o del adquirente es, simplemente, una buena fe justificativa, según la exigencia del mínimo ético, del comportamiento, que de outro modo tendría carácter ilícito o que, en todo caso, no estaría protegido. La buena fe de que se trata aquí, en cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte [...]”. Tradução livre:

de lealdade e fidelidade com o outro sujeito da relação, o que significa dizer que esta impõe uma coerência no comportamento e no cumprimento das expectativas confiadas em todas as fases do desenvolvimento da relação jurídica.

Esta imposição de deveres em diversas situações com fundamento na boa-fé objetiva foi atitude pioneira do Código de Defesa do Consumidor que, inclusive, também foi a primeira lei brasileira a positivizar a boa-fé como princípio e cláusula geral.

Exatamente em concordância com os princípios gerais do sistema expostos pela Constituição Federal, pois em uma leitura sistêmica da Constituição Federal em seu art. 170, V e art. 5º XXXII, o objetivo é justamente a harmonização e compatibilização da ordem econômica e a defesa do consumidor, que deve ser sempre baseado na boa-fé e equilíbrio das relações. O que demonstra que, o Código de Defesa do Consumidor, além de positivizar uma cláusula geral em seu sistema, representa ainda uma cláusula de reenvio, pois torna-se importante elo entre as normas consumeristas e as constitucionais, irradiando seus efeitos para além de seu sistema.

Segundo Rui Barbosa<sup>225</sup>, a boa-fé se manifesta especialmente em dois artigos do Código de Defesa do Consumidor, qual seja no art. 4º como princípio orientador da interpretação, limitando a autonomia da vontade e promovendo uma intervenção na economia do contrato, bem como no art. 51, ao elencar as cláusulas abusivas, pois este ordenamento estabelece que são consideradas cláusulas abusivas aquelas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, porquanto incompatível com a boa-fé ou a equidade.

Portanto, a boa-fé na relação de consumo aparece com maior destaque a partir do princípio de proteção do consumidor e, exerce três principais funções, quais sejam, a de formular critérios de interpretação-integração do contrato, a de impor deveres<sup>226</sup> no

---

“Deste modo, resulta evidente a diferença inconfundível que distingue a boa-fé contratual, em sentido normativo, da boa-fé consistente na crença da própria ou alheia limitação. A boa-fé do possuidor ou do adquirente é, simplesmente, uma boa-fé justificativa, segundo a exigência do mínimo ético de comportamento, que de outro modo teria caráter ilícito ou que, em todo caso, não estaria protegido. A boa-fé que se trata aqui, por outro lado é, essencialmente, uma atitude de cooperação encaminhada a cumprir de modo positivo a expectativa da outra parte [...]”. BETTI, Emilio. **Teoria general de las obligaciones**. Tomo 1. Trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 101-102.

<sup>225</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na Relação de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais do Consumidor**. Fundamentos do direito do consumidor. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 378-379. – (Coleção doutrinas essenciais).

<sup>226</sup> De acordo com Menezes Cordeiro, “a complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta. MENESES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 586.

contexto da relação contratual e como limite para o exercício de direitos<sup>227</sup>. Ainda foi além, pois acrescentou a função corretora do desequilíbrio contratual, resultando a boa-fé como mandamento de otimização do equilíbrio contratual e a sua superposição ao princípio do equilíbrio. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor transformou a boa-fé em um princípio geral de proteção do contratante débil<sup>228</sup>, muito embora “[...] ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais”<sup>229</sup>.

A consagração do princípio da boa-fé pelo Código de Defesa do Consumidor, representou, assim, “mudança de mentalidade”<sup>230</sup> e constituiu janela do sistema de proteção do consumidor para os demais campos contratuais. Tanto é que o atual Código Civil refere-se à boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), no exercício de direitos (art. 187) e como norma de condutas (art. 422)<sup>231</sup>.

Ainda a partir da concepção da boa-fé, o ordenamento inaugura uma visão do contrato como um processo<sup>232</sup>, e não como um ato instantâneo, em que fases pré e pós-contratuais também merecem tratamento legal. Isto significa que “[...] os deveres das partes não se encerram apenas no dever principal de prestação, na realização da obrigação”<sup>233</sup>. É dizer que a boa-fé promove uma visão dinâmica e realista do contrato,

<sup>227</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130.

<sup>228</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os campos Normativos da Boa-fé Objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 393.

<sup>229</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, nº 23, 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição), p. 139-151.

<sup>230</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. In: **RFD/USP**, v. 87. São Paulo, 1992, p. 79.

<sup>231</sup> No entanto é preciso ressaltar “que a diferença de paradigma é, poré, substancial: a proteção do desigual concedida pelo CDC é mais forte do que a boa-fé normal das relações entre iguais. Isto se deve aprender do modelo alemão que optou por incluir normas diferentes e cláusulas gerais especiais para a defesa do mais fraco. Assim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do *expert* em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo”. MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 156.

<sup>232</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 76.

<sup>233</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

pois impõe sua observação durante todo o desenvolvimento da relação contratual (fase pré-negocial e pós-negocial também).

Outrossim, o direito do consumidor consolida também uma concepção social do contrato<sup>234</sup>, “[...] para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância [...]”<sup>235</sup>.

Esta noção de concepção social refere-se ao fato de que o contrato, ao mesmo tempo em que representa expressão da autonomia da vontade também leva em consideração os efeitos que poderão ser produzidos na comunidade e a frustração dos interesses dos contratantes em razão da disparidade de poder existente entre eles. Em razão disso, o Código de Defesa do Consumidor trouxe, embora implicitamente<sup>236</sup>, a ideia de função social do contrato, cujo objetivo principal é equilibrar o consumidor nas relações de consumo, como pode ser visto no art. 47 deste ordenamento. No Código Civil, a função social do contrato<sup>237</sup> foi expressamente introduzida.

Ademais, esta solidariedade também encontra expressão na proteção do agente econômico mais vulnerável e no equilíbrio entre direitos e obrigações dos fornecedores de produtos e serviços e de consumidores, de forma que, o contrato além de ser instrumento de circulação de riqueza torna-se efetiva ferramenta para realização das legítimas expectativas das partes contratantes e proteção de seus direitos fundamentais.

Este modo de ver contratual do Código de Defesa do Consumidor representa a denominada materialização do contrato, porquanto “[...] abre-se a porta à consideração de variáveis situacionais, dando-se relevo a certas disparidades de poder entre os

---

<sup>234</sup> Sobre esta concepção social do contrato, para Miragem “[...] refere-se esta noção ao fato do contrato, ao mesmo tempo em que tenha alta representação como expressão do poder da autonomia individual para produzir normas e efeitos jurídicos segundo a vontade das partes, também deve ser regulado em consideração aos eventuais efeitos que se produzem à comunidade e à frustração dos interesses dos contratantes em razão da realidade social de diferenças entre os níveis de poder dos diversos sujeitos envolvidos na conformação do pacto. MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. RDC 56/22. out. – dez. /2005. (Doutrinas Essenciais, vol. 1. P. 135.

<sup>235</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 213.

<sup>236</sup> TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007, p. 167.

<sup>237</sup> Sobre função social, Negreiros defende que se deve partir “[...] da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetados”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 206.

contraentes. À abstracção de formas universais e igualitárias sucede um particularismo diferenciador, que atende a factores de desigualdade [...] ”<sup>238</sup> na liberdade contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, coloca em relevância dois fatores que há muito havia sido deixado de lado pelos códigos oitocentistas: a pessoa humana concretamente considerada<sup>239</sup> e a realidade social que a permeia. Na verdade, é a (re) consideração da pessoa a principal característica pós-moderna no direito privado e a justificativa para o nascimento do Código de Defesa do Consumidor, pois este tem justamente como objetivo proteger e tutelar a pessoa do consumidor e não os atos de consumo. Afinal, é o consumidor quem caracteriza todo sistema jurídico.

Nas palavras de Marques, o consumidor é o novo “sujeito de direito pós-moderno” ou “sujeito perfeito”<sup>240</sup>, isto é, sujeito que recebe direitos eficientes para sua tutela e promoção de toda a órbita plural de sujeitos e de leis, e não somente direitos programáticos.

Tal assertiva é plenamente constatada no Código de Defesa do Consumidor, assim como na Constituição Federal, que destacam a pessoa humana e suas potencialidades no sistema jurídico. É dizer, O Código de Defesa do Consumidor como lugar de realização dos direitos humanos e fundamentais, especialmente sob a ótica da dignidade humana.

Neste âmbito, as transformações do direito do consumidor em relação ao direito privado clássico são de grande importância. Especialmente, porque o direito do consumidor brasileiro, como exaustivamente se viu, é um hábil modelo de concretização da dignidade da pessoa humana, como evidenciado no reconhecimento da vulnerabilidade; tratamento pela igualdade substancial; tutela da confiança como marco de objetivação das legítimas expectativas despertadas, dentre outras<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 638.

<sup>239</sup> Como bem expõe Tepedino, é “a pessoa humana- e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato -, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se a categoria central do Direito Privado, redesenhado pelos valores constitucionais”. TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: **Revista Ajuris** - v. 32, nº 100, dez /2005, Porto Alegre, p. 167.

<sup>240</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

<sup>241</sup> MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41-77. Quanto à análise da abusividade menciona que o direito consumidor brasileiro adotou o critério da subjetividade e não materialidade, potencializando a tutela do vulnerável. Observe: “No caso do direito brasileiro, trata-se de uma discriminação justificada e constitucionalmente assegurada para que se estabeleça uma igualdade por intermédio do Direito, sem prejuízo da identificação

Por isso o Código de Defesa do Consumidor demonstra-se efetivo instrumento capaz de reconstruir a ciência do direito, pois sendo expressão dos direitos humanos, elemento-guia da cultura pós-moderna ao direito privado, é capaz de situar a pessoa vulnerável e dispor elementos normativos e positivos essenciais ao seu livre desenvolvimento. Daí a importância de se ater aos seus princípios, mecanismos de tutela e promoção da pessoa humana provenientes deste ordenamento.

Sobretudo, pois conforme destacou o próprio Azevedo, a classificação defendida dos contratos existenciais são, em sua maioria, contratos de consumo<sup>242</sup>, isto é, contratos onde a vulnerabilidade encontra-se evidente, consoante prevê o próprio Código de Defesa do Consumidor. Isso significa que, não bastasse a necessária preocupação em preservar o direito fundamental inerente ao contrato existencial, é preciso também atentar-se para a presença da parte vulnerável no contrato, o que acaba por ocasionar em maior necessidade de tutela. Daí a importância do estudo das relações consumeristas e a principal característica do consumidor: a vulnerabilidade.

### 3.1.1 Vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e a proteção do direito do consumidor (art. 4º, I, CDC), pois identifica o grande desequilíbrio de posições jurídicas entre o consumidor e os fornecedores, dado as diversas falhas e manobras de mercado a que tais sujeitos constitucionalmente reconhecidos estão subordinados.

É inegável que dado a massificação e a despersonalização dos contratos, a produção em larga escala, as redes contratuais, dentre tantas outras consequências advindas deste contexto intensificaram os danos e os riscos oriundos destas atividades. Daí a origem clássica da vulnerabilidade não ser outra senão de “presunção absoluta” da lei. Em sendo assim, a vulnerabilidade dos consumidores não poderia ser outra senão

---

de situações de abuso, e mesmo de cláusulas abusivas em relações jurídicas entre iguais, pela incidência da norma geral do art. 187 do CC/2002”.

<sup>242</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599.

presumida e positivada instrumentalmente por princípio<sup>243</sup> haja vista a real desigualdade destes sujeitos pelo simples fato de estarem inseridos neste mercado de consumo<sup>244</sup>.

Do princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º, I, retira-se, portanto, segundo Marques e Miragem “[...] uma presunção (legal) absoluta de vulnerabilidade do consumidor, seja rico ou pobre, analfabeto ou pós-doutor, qualquer consumidor ou sujeito de direito qualificado como tal é vulnerável<sup>245</sup>”.

Ora, já se demonstrou que esta decisão tomada pelo legislador, estabelecendo que todos os consumidores são considerados vulneráveis, decorre das diversas práticas comerciais dos fornecedores no mercado a que estes agentes mais fracos estão expostos, bem como da própria evolução e desenvolvimento econômico, marcados pela generalização das relações de troca, pelo incremento da circulação de bens e a expansão do mercado que são fatores desestabilizadores de qualquer relação<sup>246</sup>.

Dito isso, o reconhecimento da vulnerabilidade faz-se imprescindível neste contexto, dado a necessidade de se proteger a dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais.

Ademais, há ainda o desequilíbrio entre os próprios agentes econômicos da relação de consumo, quais sejam os consumidores e fornecedores<sup>247</sup>, dado suas posições de forças nas relações jurídicas, o que corrobora com a ideia da presunção de vulnerabilidade do consumidor.

Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato: mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, ‘pegar ou largar, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar

<sup>243</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico Jurídico, Paradigma de Ancoragem e Desafios**. Texto cedido pelo autor.

<sup>244</sup> Segundo Martins, “[...] compreende-se facilmente que a pessoa consumidora é aquela dotada de fragilidade intensa, desde que cotejada no ambiente onde vive: relação com o mercado; relação com o serviço público; relação com a comunicação. Independente de raça, religião, profissão, condição econômica, intelectual ou grau de instrução, a pessoa exposta ao mercado e aos agentes de transformação desse ambiente (fornecedores) é vulnerável, mesmo que em graus distintos de vulnerabilidade. Aliás, essa debilidade cada vez mais é verificada na medida em que o Estado passa a ter diversos parceiros legisladores (dentre os grandes empresários) e as leis acabam sendo utilizadas como produto normativo de baixa intensidade, sendo eficazmente substituída pelos contratos (*el contrato em lugar de la ley*)”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan. **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

<sup>245</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 197.

<sup>246</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102.

<sup>247</sup> O outro sujeito da relação é o fornecedor, que segundo o Código, é todo aquele que oferece produtos e serviços no mercado de consumo, que desenvolve atividade de produção, distribuição, comercialização, dentre outras.

e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato<sup>248</sup>.

Nessa ótica, importante conceituar a figura do consumidor, o qual segundo Marques é “[...] o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, o destinatário final fático e econômico [...]”, é o *homo economicus et culturalis*<sup>249</sup>. Esta expressão *homo economicus et culturalis* representa o consumidor, como

[...] um agente econômico ativo no mercado e na sociedade de consumo (de crédito e de endividamento), e ao mesmo tempo *persona* com identidade cultural específica e diferenciada pela cultura de sua nação, seu mercado, sua língua e interesses locais. Um sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade global e local, mas cada vez menos consciente e racional frente às pressões e tentações do mercado: cada vez mais vulnerável frente aos fornecedores<sup>250</sup>.

Para se chegar a este completo conceito, que vai muito além do simples conceito econômico, cumpre investigar as diversas nuances (econômica, sociológica, psicológica e antropológica)<sup>251</sup> do consumidor no ambiente da globalização que influenciaram nesta perspectiva.

No viés econômico, consumidor é qualquer agente que seja responsável por consumir de consumo de bens finais e serviços, isto é, tal conceito parte da compreensão da figura do *homo economicus* cuja base reside na ‘ponderação’ entre custos e benefícios da escolha do produto<sup>252</sup>. Todavia, importante ressaltar que nem sempre o consumo de bens é voltado às necessidades privadas, pois há demandas lastreadas pelo consumismo. Na atualidade, dentre tantas concepções neste domínio, destaca-se aquela que perfilha o consumidor como pessoa em constante mutação<sup>253</sup>.

<sup>248</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 320.

<sup>249</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 301.

<sup>250</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 301.

<sup>251</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

<sup>252</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

<sup>253</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

Já a abordagem sociológica do consumidor tem como objeto de investigação o exame de hábitos, comportamentos, estilo social de vida, o que inicialmente retira os modos de interesse e, posteriormente, abre a probabilidade da manipulação mercadológica, desviando-se da ideia de necessidade para arbitrariedade cultural<sup>254</sup>.

Daí porque separar ‘sociedade de consumidores’ de ‘sociedade de produtores’, conforme proposto por Bauman<sup>255</sup>, haja vista que a primeira corresponde a uma práxis coletiva do *consumismo* – que se alia à constante e inalcançável busca da felicidade e a própria coisificação do homem, características bem marcantes deste tempo fragmentado.

No contexto da psique, o autor Martins destaca a “*psychology of social shopping*” de Madhavaram e Appan<sup>256</sup> indicativa do aprendizado individual com a coletividade de consumidores. Em pauta a compreensão das motivações e personalidades dos consumidores, bem como o exercício de juízo crítico através da cognição<sup>257</sup>. Essa última assertiva merece cuidados considerando o nível de vulnerabilidade sempre de essencial análise.

Por fim, Martins também aborda o consumidor no viés antropológico, o qual “[...] é visto a partir das peculiaridades da religião, raça, gênero, dentre outros, carregando consigo e adquirindo para si produtos visíveis e estáveis culturalmente, cujo escopo associa-se em estabelecer e manter as relações sociais”<sup>258</sup>.

Exposadas a identificação do consumidor nas diversas nuances, é possível constatar que em todas elas fluem direitos humanos que reconhecem a vulnerabilidade do consumidor e o papel fundamental que este exerce na cultura, no mercado e na sociedade de consumo. O que nos faz refletir que o direito do consumidor tem lugar como vetor de equilíbrio das relações de consumo, mais especificamente, a vulnerabilidade é o elemento responsável pela igualdade a partir do reconhecimento da desigualdade.

---

<sup>254</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

<sup>255</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 45.

<sup>256</sup> MADHAVARAM, S., APPAN, R. **Potential implications of web-based marketing communications for consumers implicit and explicit brand attitudes: a call for Research** apud MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

<sup>257</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

<sup>258</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

Ademais, tais nuances corroboram para afirmar que, independente do viés defendido para configurar consumidor, tem-se que a principal característica que se destaca do consumidor é ser mesmo reconhecido como um agente vulnerável.

Na verdade, tal característica é o que justifica a existência de um direito especial para sua defesa e proteção, pois sendo a vulnerabilidade uma presunção, informa-se e como as normas de direito do consumidor devem ser aplicadas<sup>259</sup>. Dito de outra forma, é a vulnerabilidade o ponto de partida para hermenêutica e aplicação das normas consumeristas, sempre a seu favor.

Daí o fundamento do Código consumerista partir do paradigma da proteção como um mecanismo de tutela do consumidor e como instrumento de promoção de um equilíbrio mínimo contratual, pois a igualdade no direito privado somente será atingida pela proteção especial ou qualificada, que se dá a partir da identificação das diferenças ou de vulnerabilidades especiais<sup>260</sup>.

Segundo Lorenzetti, paradigmas são modelos decisórios<sup>261</sup>, cuja “base dessa proteção ampla é a noção de vulnerabilidade, que define o suporte fático da norma. Vulnerável é um sujeito fraco frente a outro em uma relação jurídica”<sup>262</sup>.

Portanto, o paradigma protetivo é modelo que se faz em detrimento da pessoa situada, individualmente considerada, haja vista que este tem como fundamento constitucional a igualdade e, como princípio estruturante o da proteção da pessoa<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.114.

<sup>260</sup> MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

<sup>261</sup> Segundo Lorenzetti, paradigmas são como “modelos decisórios que têm status anterior à regra e condicionam decisões [...]. Sua utilização acarreta benefícios e problemas. Sua vantagem consiste em que fazem possível uma forma de argumento comum, de modo a facilitar os debates interpretativos. Um primeiro problema é que, frente a um mesmo caso, os juristas têm distintos enfoques se adotarem distintos modelos. [...]. Um segundo problema é a expansão dos paradigmas. [...]. Um terceiro problema é conflito dos paradigmas”. Mas, nestes casos de paradigmas concorrentes, o juiz deveria seguir estes seguintes critérios, de acordo com Lorenzetti: “não substituir as decisões das maiorias por suas próprias convicções, mas tratar de reforçar os procedimentos para que estas se expressem; identificar os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível, e não substituí-los por suas próprias apreciações; tratar de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, examinando os benefícios-prejuízos de cada um deles; ser consciente de que existem princípios e valores em tensão, mas que há um “meta-valor” que é o pluralismo de valores (...)”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. 2ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183-184.

<sup>262</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 255.

<sup>263</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

Nesta linha, o paradigma da proteção, do qual a vulnerabilidade é instrumento eficaz, permite que o jurista intervenha nas relações contratuais para buscar a igualdade material, ainda mais quando sua aplicação é dada no bojo do negócio jurídico essencialmente oneroso, com clara imposição das vantagens e sacrifícios para uma das partes<sup>264</sup>, como é o caso dos contratos de consumo.

### 3.1.2 Os tipos de vulnerabilidade

Conforme exposto, a vulnerabilidade é “[...] um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”<sup>265</sup>. A vulnerabilidade é, portanto, o fundamento que concede a aplicação de normas especiais protetivas aos sujeitos em relação de desequilíbrio, de desigualdade.

Nessa linha, a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência, tampouco está ligado ao conceito de incapacidade. Diferentemente da vulnerabilidade, nem todo consumidor é hipossuficiente, da mesma forma que nem todo consumidor é incapaz. Isto porque, o preenchimento valorativo da hipossuficiência faz-se no caso concreto, pelo juiz, “[...] tendo em vista a sua experiência como julgador, mas principalmente, como pessoa integrada na sociedade”<sup>266</sup>.

No caso da incapacidade, seja esta absoluta ou relativa, decorre de regramento legal, conforme dispõe o art. 3º e 4º do Código Civil que determinam as pessoas absolutamente incapazes e as pessoas relativamente incapazes. E, atualmente, o Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei Federal nº 13,146/2015) modificou este rol de incapacidade absoluta (CC, art. 3º), restringindo-o à apenas aos menores de 16 anos ou em casos específicos quando comprovados satisfatoriamente de deficiência severa ou qualificada podem dar causa à curatela. Da mesma forma, alterou-se também o art. 4º do

---

<sup>264</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *In.*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 139.

<sup>265</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322.

<sup>266</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 130.

Código Civil, em que os relativamente incapazes passam a ser apenas ébrios e toxicômanos habituais.

Dito isso, fica claro que a presunção de vulnerabilidade do consumidor não está interligada ao conceito de hipossuficiência ou incapacidade, pois o consumidor é considerado vulnerável, mas não necessariamente se encaixa no conceito de hipossuficiente ou incapaz.

Corroborando com tal afirmação o fato de que o Estatuto das Pessoas com Deficiência também trabalha com a questão da vulnerabilidade, mas esta verificada somente de forma extraordinária, excepcional, conforme dispõe o parágrafo único do art. 10 deste Estatuto ao estabelecer o elo de se reconhecer a vulnerabilidade apenas às situações de risco, emergência ou calamidade pública<sup>267</sup>. Ao passo que o Código de Defesa do Consumidor considera a vulnerabilidade atributo qualitativo de todo consumidor imerso no contexto mercadológico.

Feito esta ressalva, importante trazer à baila os diversos tipos de vulnerabilidade decorrentes da diversidade da sociedade e dos riscos e danos impostos aos consumidores inseridos neste meio. Em resumo, pode-se citar a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional.

A vulnerabilidade técnica decorre do fato do consumidor não possuir “[...] conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”<sup>268</sup>. De outro lado, presume-se que o fornecedor tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço oferecido, afinal “é dele que se exige a expertise e o conhecimento mais exato das características essenciais do objeto da relação de consumo”<sup>269</sup>.

Da mesma forma, Moraes, comenta que a vulnerabilidade técnica “[...] acontece quando o consumidor "não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir

---

<sup>267</sup> Art. 10 do Estatuto das Pessoas com Deficiência: “Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança”.

<sup>268</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 323.

<sup>269</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre seus efeitos ‘colaterais’, o que o torna presa fácil no mercado de consumo [...]”<sup>270</sup>.

Portanto, presume-se a vulnerabilidade técnica do consumidor quando, não sendo este profissional, adquire produtos ou serviços sem qualquer conhecimento técnico sobre os mesmos. No entanto, a doutrina e jurisprudência também admitem esta vulnerabilidade ainda que o consumidor seja profissional, quando não se puder deduzir a conexão entre sua atividade profissional e os conhecimentos técnicos exigidos do produto ou serviço adquirido<sup>271</sup>.

Ora, considerando a atual sociedade de consumo e os inúmeros contratos padronizados e de adesão, cujo contratante não tem a opção de discutir as cláusulas previamente estipuladas, tampouco o conteúdo do contrato, a vulnerabilidade técnica faz-se mesmo imprescindível.

Afinal, não são poucos os malefícios que podem surgir dos defeitos ou vícios dos produtos ou serviços. Também não se pode esquecer dos efeitos negativos de uma publicidade enganosa aos consumidores.

Esta desigualdade apontada, também pode ser verificada no âmbito jurídico, que “[...] se dá na hipótese de falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra”<sup>272</sup>.

Marques<sup>273</sup> amplia este conceito, pois entende ser esta desigualdade jurídica ou científica. Dessa forma, defende a autora ser esta uma vulnerabilidade presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, pois sendo esta caracterizada pela falta de conhecimentos jurídicos ou econômicos, pressupõe que a pessoa jurídica ou o profissional que tenham recursos para tanto, ao contrário dos demais que se entende agir por necessidade própria.

É inegável a importância da presunção desta desigualdade, afinal de contas os fornecedores inserem uma enorme quantidade de informações que extrapolam a esfera de

---

<sup>270</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 141.

<sup>271</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

<sup>272</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

<sup>273</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 325.

conhecimento do consumidor, sem contar as inúmeras cláusulas contratuais que são redigidas de forma obscura e sem destaque, com intuito de simplesmente não ser percebido pelo consumidor contratante.

Ademais, a despeito do dever de dispor as cláusulas contratuais que regerão o contrato de modo ostensivo e claro, o consumidor “[...] tem muito menos conhecimento sobre os ônus que o empréstimo lhe trará do que a instituição financeira, que em termos estatísticos e também em função dos cadastros de informação, tem maior conhecimento sobre o perfil do tomador de crédito que gerará inadimplência ou não”<sup>274</sup>.

Existe, ainda outro tipo de vulnerabilidade, qual seja, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, que abrange diversas situações concretas em que se reconhece a fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Isto porque, “[...] o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grau de poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”<sup>275</sup>.

Ora, aqueles que contratam bens ou serviços que sejam minimamente suficientes para prover uma vida digna encontram-se em posição desfavorável e desigual com o fornecedor que os submetem às condições e preços fixos sem possibilidade de discussão do conteúdo contratual.

Veja os inúmeros casos de mutuário do Sistema Financeiro de Habitação diante do agente financeiro. Aquele que de uma moradia necessita para desenvolvimento de sua família e de sua personalidade vê-se atrelado às condições impostas por aqueles que previamente estabelecem as cláusulas contratuais. Sem contar, a vulnerabilidade das pessoas frente aos fornecedores de serviços essenciais, tais como água, energia elétrica, gás, dentre outros.

A classificação em contratos existenciais ressalta esta vulnerabilidade, tendo em vista que propõe aplicação de regime jurídico diverso e protetivo sempre que o contratante se encontrar nesta condição de desigualdade, dado a utilidade do bem ou serviço para preservação de sua dignidade.

---

<sup>274</sup> MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 47-63.

<sup>275</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 325.

Esta vulnerabilidade, portanto, está intimamente ligada à dignidade humana do consumidor. Afinal, são os direitos humanos e a pessoa o eixo principal do sistema jurídico.

Ademais, Marques<sup>276</sup>, ainda trabalha com a vulnerabilidade informacional, dado a comunicação como um dos elementos principais da pós-modernidade que influenciou o direito privado. A informação, portanto, torna-se veículo imprescindível na atual sociedade de consumo, cada vez mais frenética e cheia de riscos. Assim, neste mundo livre o consumidor/usuário experimenta uma nova vulnerabilidade.

Nesta linha, Lorenzetti, acrescenta ainda a vulnerabilidade no comércio eletrônico, dado que as desigualdades se acentuam no campo digital. Isto porque, neste ambiente surge uma diferença cognoscitiva a respeito do meio empregado, haja vista que a tecnologia facilita a ocultação de diversos aspectos que ficam sob controle apenas do fornecedor<sup>277</sup>.

O autor Moraes distingue ainda outros tipos de vulnerabilidade, quais sejam vulnerabilidade política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental e tributária<sup>278</sup>.

Em outra vertente, Muñoz<sup>279</sup> aborda o fenômeno da assimetria de informações no sistema econômico como aquilo que se reconhece no sistema jurídico como vulnerabilidade do consumidor. A partir deste aporte, conclui que algumas qualidades atribuídas ao consumidor decorrem não somente da desigualdade econômica, mas também da informação, educação, associação, formação social, conforme se lê:

O argumento do elemento econômico da assimetria de informações como reflexo do fenômeno jurídico da vulnerabilidade do consumidor exige uma leitura restritiva sobre quem merece ter sua vulnerabilidade reconhecida. A doutrina consumerista qualifica a vulnerabilidade sob os aspectos (a) informativo; (b) técnico e (c) econômico. Em nossa abordagem, adotamos a caracterização de vulnerabilidade como ‘a diminuição da capacidade do consumidor não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma de acesso à informação, educação, associação e posição social’. Contrariando parte da doutrina de direito do consumidor, (que transpõe para os polos opostos de uma relação jurídica todas as prerrogativas de consumidor e fornecedor,

---

<sup>276</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 334.

<sup>277</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2003, p. 41-42.

<sup>278</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 141.

<sup>279</sup> MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 47-63.

bastando que tal relação se caracterize como de consumo, ainda que com desconsideração das particularidades das partes), mas encontrando respaldo na jurisprudência,<sup>17</sup> assume-se neste trabalho que a vulnerabilidade, fenômeno jurídico paralelo à assimetria de informações do sistema econômico, é fenômeno ligado não apenas à ótica econômica, mas também ao acesso à informação, educação, associação e posição social<sup>280</sup>.

Não se pode esquecer, por fim, da vulnerabilidade agravada ou majorada (hipervulnerabilidade), decorrente de outras qualificações subjetivas na figura do consumidor também passíveis de proteção pelos direitos fundamentais, tais como o consumidor-idoso, consumidor-criança, consumidor-deficiente físico ou mental.

Dado todos estes modelos apresentados de vulnerabilidade, conclui-se a importância de seu reconhecimento para fundamentar a existência de normas de proteção dos contratantes nas relações de consumo, seja em face de suas características pessoais, intelectuais, informacionais ou condições econômicas, dentre outras.

Ademais, tantos tipos de vulnerabilidade demonstra a eficácia deste instrumento nas relações consumeristas para reconhecer os sujeitos em situações desiguais e de desequilíbrio e, principalmente, em fundamentar a aplicação de normas favoráveis a este sujeito especial. Exatamente por isto, pretende-se o reconhecimento deste princípio em outras situações cuja desigualdade seja alarmante, como nos casos dos contratos classificados em existenciais.

O que se torna importante, pois, apesar da maioria dos contratos classificados em existenciais serem de consumo e, portanto, a vulnerabilidade já se fazer presente no elemento subjetivo destes contratos, ainda tem-se situações em que a relação não se enquadra nas relações de consumo (ainda, pois vários contratos que antes não se enquadravam, a doutrina tem recentemente defendido seu enquadramento, como os contratos de locação), mas dado a situação de risco e de extrema desigualdade, haja vista a utilidade existencial do bem, faz-se imprescindível o reconhecimento de sua vulnerabilidade no caso concreto.

### **3.2 Vulnerabilidade para além do Código de Defesa do Consumidor**

---

<sup>280</sup> MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 47-63.

Vulnerável é um sujeito que é fraco frente a outro em uma relação jurídica e, por isso, necessita de proteção jurídica. Portanto, é uma situação de risco nas relações privadas que ensejam a existências de normas protetivas e especiais<sup>281</sup>.

Nesta linha, a vulnerabilidade ocupa-se da desigualdade daqueles que não tem os mesmos recursos da outra parte da relação jurídica ou encontra-se em um estado de confrontação excessiva com os interesses do mercado. O que significa dizer, que esta não é uma peculiaridade que atinge somente o consumidor, pois grande parte das relações jurídicas civis também estão imersas neste ambiente, também são locais em que um dos envolvidos acaba sendo ofendido por uma ação das mesmas realidades que obrigaram à proteção dos mais frágeis da relação de consumo<sup>282</sup>. Exatamente por isto, os fundamentos que servem de pilares para sustentação do princípio da vulnerabilidade seguem caminhando em sentido expansivo.

Ora, em direito privado, a igualdade deixa de ser apenas uma igualdade na lei e perante a lei, para ser uma igualdade que identifica as diferenças ou vulnerabilidades, decorrentes dos discursos dos direitos humanos e fundamentais da pós-modernidade. Resultado deste discurso são políticas legislativas de tratar desigualmente os sujeitos considerados vulneráveis ou mais fracos, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, da Criança<sup>283</sup> e do Adolescente, do Deficiente Físico que, identificaram e distinguiram seus sujeitos para melhor protegê-los.

O que significa dizer, que o princípio da vulnerabilidade supera a noção de consumidor e das relações de consumo. Segundo Lorenzetti, a noção de consumo foi substituída por qualidade de vida, isto é, que se antes o princípio protetório se ocupava do cidadão, especificamente do consumidor, agora ele refere-se à pessoa, que trabalhe ou não, que consuma ou não, que se case ou não<sup>284</sup>.

Isso se faz importante, pois ainda existem diversos sujeitos merecedores de proteção que se encontram em situações de desigualdade que não foram reconhecidos como vulneráveis. Em outras palavras é dizer que “[...] nem todas as desigualdades verificadas no plano jurídico estão protegidas por normas de presunção absoluta e

---

<sup>281</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 35.

<sup>282</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 104.

<sup>283</sup> Segundo Miragem, “no caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’”. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

<sup>284</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni: 2003, p. 18.

consequente tratamento de proteção equitativo ou compensatório”<sup>285</sup>, como o princípio da vulnerabilidade na tutela dos consumidores.

Ora, veja os contratos de locação imobiliária e as diversas tentativas legislativas em tentar estabelecer este equilíbrio entre locatário e o ambiente mercadológico. Da mesma forma, verifica-se a posição desigual do agente que contrata bens ou serviços essenciais para subsistência humana frente a outra parte que detém o poder de forças da relação. Inclusive estes contratos entre pessoas e de empresa, segundo Lorenzetti, representam outro critério que requerem proteção<sup>286</sup>, uma vez que a essencialidade do objeto torna-se fator determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade de quem o contrata.

Dito isso, dado que a vulnerabilidade representa a identificação de desigualdades entre os sujeitos da relação e, portanto, instrumento protetor de tais sujeitos, também deve ser aplicada em outras relações em que também se verificar tal desigualdade, como é o caso dos contratos existenciais, cuja essencialidade do objeto contratado à subsistência humana mostra-se determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade de tal sujeito.

Neste ponto, desenvolvem-se argumentos pra que as falhas protetivas e emancipatórias do ordenamento jurídico possam ser supridas pelo reconhecimento da vulnerabilidade, nos casos concretos, pois, apesar de constar expressamente no Código de Defesa do Consumidor, é princípio que deve ser aplicado a todas as pessoas humanas que se encontrarem em situações rebaixadoras da sua personalidade e livre desenvolvimento.

### 3.2.1 “Igualdade com alma e calma”

Dado esta tutela especial do consumidor, com vistas a tratar desigualmente os desiguais, desvenda-se que a origem axiológica do princípio da vulnerabilidade é a própria representação operacional, concreta, do princípio da igualdade”<sup>287</sup>.

Mas como o momento atual é denominado de pós-moderno, mais importante do que reconhecer o princípio da igualdade no plano infraconstitucional a partir da

---

<sup>285</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

<sup>286</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni: 2003, p. 19.

<sup>287</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 105.

vulnerabilidade é trabalhar com a pluralidade de sujeitos, enxergar as diferenças e preservar suas diversidades.

Nessa linha, aponta-se novos estudos sobre o tema, pois sendo a pós-modernidade tempo do direito à diferença, a igualdade atual é a dos desiguais ou quase uma equidade, ou ainda, como bem coloca Marques, uma igualdade com “alma e calma”<sup>288</sup>, que mais se aproxima da ideia aristotélica de tratar os desiguais na medida das suas desigualdades<sup>289</sup> do que a própria ideia da igualdade.

Dito isso, Marques conceitua a vulnerabilidade como “[...] um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”<sup>290</sup>.

A vulnerabilidade, portanto, torna-se mais do que um fundamento, mas também um instrumento que auxilia na aplicação das normas protetivas e restauradoras da igualdade e da equidade. Esta igualdade, vista com os olhares pós-modernos, é uma igualdade com “alma e com calma”, isto é, com uma forte sensibilidade ao outro, com o diferente, exigente de uma atenção maior dos contratantes e do aplicador da lei.

É dizer, sua construção atual é a vulnerabilidade como instrumento para se chegar na equidade<sup>291</sup>. Afinal de contas, “[...] tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com ‘equilíbrio e calma’ é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto”<sup>292</sup>.

Em Aristóteles, inclusive, já se formulava a ideia do Direito ser completado pela equidade para sempre alcançar uma solução mais humana, uma vez que levava em consideração as particularidades do caso controvertido, ao invés da regra geral e abstrata

---

<sup>288</sup> MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

<sup>289</sup> MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>290</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>291</sup> Segundo destaca Iturraspe, “Para o habitante de Estagira, o equitativo e o justo não são coisas absolutamente idênticas, como também não são de um gênero especialmente diferente, porque o equitativo e o justo são a mesma coisa e, sendo ambos bons, a única diferença existente entre eles é que o equitativo é melhor. Tradução de: “Para el Estagirita lo equitativo y lo justo ‘no son cosas absolutamente idênticas’, como tampouco ‘de um gênero especialmente diferente’, porque ‘lo equitativo y lo justo son una misma cosa, y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún’. La dificultad está en que ‘lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 172.

<sup>292</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

da lei. Em sendo assim, a vulnerabilidade pressupõe mais do que apenas ser meio de interpretação em favor da parte mais fraca, mas também exige um tomar partido, pois preenche uma função de reconhecimento dos sujeitos vulneráveis pelo juiz no caso concreto.

É exatamente esta possibilidade de se identificar no caso a caso o agente vulnerável e, portanto, construir soluções jurídicas concretas que é possível falar na ressignificação da igualdade a partir do reconhecimento da necessidade dos vulneráveis. Dito em outras palavras, que é possível falar da vulnerabilidade para além da identificação da igualdade, mas também como instrumento para a equidade.

Dado que a equidade não é outra coisa senão o complemento da justiça, se não mesmo a sua realização<sup>293</sup>, a vulnerabilidade demonstra-se boa técnica para aplicação das normas protetivas e equilibradoras, sob o fundamento da igualdade e da justiça<sup>294</sup>.

No entanto, é preciso esclarecer, que esta ideia da vulnerabilidade como instrumento para se alcançar a equidade não se relaciona com a teoria maximalista que tenta ampliar o conceito de consumidor para abarcar todas as relações contratuais possíveis e, conseqüentemente, o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O que acontece é que se passa a verificar que outros critérios podem ensejar o reconhecimento da vulnerabilidade nas relações jurídicas, como a essencialidade do bem ou serviço para subsistência da pessoa humana.

Como é o caso dos contratos qualificados em existenciais, que propõem a imposição de tratamento diferenciado às relações contratuais que trazem como uma das partes contratantes uma pessoa natural e, ainda tem como objeto contratual bem ou serviço essencial à preservação da dignidade humana.

Nestes contratos é inegável a imprescindibilidade da função criativa do juiz em reconhecer a essencialidade de determinado bem ou serviço para uma existência digna e, portanto, em reconhecer a desigualdade contratual daquele que contrata tais bens ou serviços vitais perante o outro parceiro contratual. Na verdade, tal critério auxiliará o papel do julgador na aplicação do direito.

---

<sup>293</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 218.

<sup>294</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322.

Como ocorre no caso do locatário, “[...] porque sabidamente depende da coisa imóvel para ali estabelecer sua moradia e por isso se sujeita ao poder econômico-patrimonial do locador, o qual se vale de tal superioridade para elaborar unicamente favorável a si o contrato de locação [...]”<sup>295</sup>.

Daí a importância de se falar da vulnerabilidade como instrumento da equidade, pois permite a extensão do princípio da vulnerabilidade a situações que se situam à margem do Código de Defesa do Consumidor. O que significa dizer que, verificado no caso concreto a essencialidade do objeto contratual e, portanto, a desigualdade da relação jurídica, é decisivo a aplicação de regime de proteção especial e qualitativo pelo julgador.

Afinal, não há óbice nenhum quanto a possibilidade da identificação ou determinação a *posteriori* da vulnerabilidade, *in concreto*, afinal isso já ocorre nos casos em que algumas pessoas são equiparadas ao consumidor.

Assim, ainda que a opção do legislador seja mesmo o estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade ao consumidor, a ele não se limita, o que possibilita o seu reconhecimento a outras pessoas e em outras relações jurídicas onde se verificar manifesta desigualdade, como no caso das pessoas contratantes de bens e serviços essenciais a serem verificados no caso concreto.

A vulnerabilidade, portanto, como equidade, possibilita a eleição de um novo fator determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade pelo julgador no caso concreto, qual seja, a essencialidade do objeto contratual à subsistência humana. Inclusive, vale ressaltar que esse critério não renega a análise do critério subjetivo das partes, uma vez que justamente quanto ao conteúdo contratual (ou a qualidade do bem em jogo) decorrerá o perfil do contratante e seu poder de negociação<sup>296</sup>.

Nesta linha, os contratos existenciais ao elegerem a essencialidade como fator determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade da parte contratante de tais objetos contratuais, amplia o campo de incidência do princípio da vulnerabilidade, pois reclama para si a análise do caso concreto e a identificação da desigualdade das partes dado a utilidade do bem à subsistência humana.

---

<sup>295</sup> ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **A locação residencial enquanto relação de consumo: o direito fundamental à moradia enquanto objeto da locação residencial e fator de configuração de relação de consumo.** 122 f. Tese (Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos) – Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2015.

<sup>296</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

Mais do que isso, pois tal reconhecimento implica na própria proteção da pessoa humana e seu livre desenvolvimento. Afinal, viver sem um mínimo de condições dignas é viver sem liberdade, sem autonomia, sem dignidade. Assim, a própria proteção da dignidade se traduz como cláusula de proteção dos sujeitos vulneráveis.

### 3.2.2 Proteção dos Vulneráveis como concretização da cláusula geral da dignidade humana

Dado que a equidade é concretizadora da dignidade da pessoa humana, a proteção e promoção deste princípio e valor máximo do ordenamento jurídico se traduz como cláusula geral de proteção e promoção dos sujeitos vulneráveis. Isto ocorre, pois a consagração dos direitos humanos propiciou uma mudança da noção de pessoa no sistema jurídico, de forma que, atualmente, a pessoa humana é o centro e o principal fundamento de todo sistema jurídico (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Nesta linha, sendo a dignidade da pessoa humana considerada como início e ponto central do ordenamento jurídico, logo é também vetor máximo para organização do novo direito privado brasileiro. Isto significa que este novo direito privado brasileiro também se demonstra conectado à visão humanista do sistema, razão pela qual se torna um dos instrumentos de combate aos males da sociedade e da tutela à pessoa humana.

Este ambiente, marcado por um renovado humanismo, traz à tona a ideia de que a vulnerabilidade humana será tutelada, assim como a dignidade, prioritariamente, onde quer que se manifeste<sup>297</sup>. Isto porque, a vulnerabilidade também é inerente a existência do homem, razão pela qual também se exige a especial proteção a estas pessoas que se encontram nestas situações de desigualdade e desequilíbrio.

Exatamente por ser inerente às pessoas humanas é que se defende a noção de que a vulnerabilidade não está exclusivamente presente no Código de Defesa do Consumidor. Sendo a vulnerabilidade “[...] a condição daquilo ou daquele(a) que foi ferido(a), ofendido(a), melindrado(a) por causa de alguma atuação ou ocorrência de algo ou de alguém que possui potência suficiente para tanto”<sup>298</sup>, evidentemente, não apenas os consumidores serão vulneráveis.

---

<sup>297</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Dignidade Humana. *In.*: MORAES, Maria Celina Bodin. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 15.

<sup>298</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

Mas mais do que isso. É possível falar de um contexto geral de vulnerabilidade<sup>299</sup>, justamente porque seu fundamento é o conceito de pessoa enquanto igualdade<sup>300</sup>. E igualdade não é outra coisa senão que uma das manifestações do fundamento jurídico da dignidade humana.

Logo, sendo a dignidade humana também a base para o princípio da vulnerabilidade, sua efetiva proteção também reflete na proteção dos vulneráveis. Até mesmo porque, sendo a dignidade humana o eixo central do sistema jurídico, conseqüentemente, a dignidade humana é dotada de elasticidade de sua tutela a um sem número determinado de situações jurídicas subjetivas, o que acaba por conferir uma ampla proteção a pessoa humana, em qualquer relação que implique sua mitigação.

Daí a íntima relação entre a vulnerabilidade e a dignidade da pessoa humana, pois a vagueza semântica desta permite que seja preenchida de acordo com cada caso concreto. É nesta esteira que se amplia a proteção dos vulneráveis, porquanto o que se visa proteger é o valor da pessoa humana em variadas relações jurídicas.

Sendo assim, as necessidades humanas tornam-se elementos dogmáticos cada vez mais relevantes à proteção dos sujeitos vulneráveis à medida que se aproximam do núcleo da dignidade humana. O que significa dizer, que a condição de vulnerabilidade de um dos contratantes pode estar relacionada ao fato de um dos sujeitos ser analfabeto, idoso, doente, estrangeiro, mas também estar ligado às situações jurídicas existenciais, como em uma relação contratual cujo objeto está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual se dá na compra de um remédio essencial à cura de uma doença, ou ainda, a satisfação do direito à moradia, transporte, dentre outros.

Caminhando nesta seara, Negreiros<sup>301</sup> propõe a consagração do paradigma da essencialidade, cuja condição de desequilíbrio e de necessidade parte não de um estado puramente subjetivo do contratante, mas, sim, da qualidade essencial do bem contratado.

---

<sup>299</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o consumidor intermediário. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 931. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>300</sup> Segundo Moraes “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade”. MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Dignidade Humana. *In*.: MORAES, Maria Celina Bodin. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 17.

<sup>301</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 334.

Nessa linha, a autora propõe, que a esta relação desequilibrada pela qualidade do objeto, seja aplicado regime diferenciado em correspondência com a utilidade dos bens contratados à manutenção de uma vida digna.

Ademais, o autor Azevedo também destaca a vulnerabilidade como elemento encontrado nos contratos classificados como existenciais, que em oposição aos contratos empresariais, são contratos celebrados entre pessoas físicas não-empresárias ou entre um empresário e uma pessoa natural, cujo objeto contratual revela alto teor qualitativo à subsistência humana.

Esta essencialidade do objeto, portanto, deve ser considerada como fator determinante da vulnerabilidade da parte que contrata a sua utilização ou aquisição, dado a essencialidade desta para subsistência e livre desenvolvimento da personalidade do contratante. Assim, tal essencialidade do objeto torna-se fundamento para que seja aplicada tutela diferenciada e privilegiada em favor do contratante que carece de tal bem<sup>302</sup>.

Esta opção, inclusive, foi a adotada por Portugal, a partir do Decreto- Lei 446/85, o qual amplia sua esfera de proteção à pessoa considerada mais fraca da relação, conforme destaca Palhares:

[...] O art. 15 do Decreto prevê que as listas de cláusulas absolutas e relativamente abusivas constantes dos arts. 18 e 19 são aplicáveis apenas às relações entre empresários ou aos que exerçam profissões liberais. Já o art. 20 do Decreto prevê que, nas relações com consumidores finais e, genericamente, em todas as não abrangidas pelo art. 15, ou seja, não são empresariais, além das proibições das seções anteriores (arts. 18 e 19), aplicam-se também as proibições dos arts. 21 e 22. Como se vê, a lei prevê uma proteção maior para os contratos em que ao menos uma das partes não seja considerada 'empresário'<sup>303</sup>.

A partir de tais linhas de pensamentos aqui expostas, vislumbra-se, portanto, que o reconhecimento da vulnerabilidade para além do Código de Defesa do Consumidor tem como fundamento a proteção à pessoa humana e sua dignidade. Consequentemente, protegendo-se a dignidade humana, acaba também por tutelar outros agentes vulneráveis, pois permite verificar no caso concreto, a identificação destes novos sujeitos mercedores de proteção e diversas novas situações jurídicas existenciais que reclamam efetiva tutela.

---

<sup>302</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 474.

<sup>303</sup> PALHARES, Cinare. Sistema normativo das cláusulas abusivas. **Revista de Direito Mackenzie**. v.6, n.1, p. 93-115.

Daí porque falar na proteção da dignidade humana como cláusula geral de proteção dos vulneráveis pelo Direito<sup>304</sup>.

Na verdade, tal consideração se mostra como outro argumento que fundamenta a ideia de uma vulnerabilidade para além do Código de Defesa do Consumidor. Não obstante os fundamentos até aqui expostos para aplicação da vulnerabilidade em outras relações jurídicas cujos sujeitos se relacionam de forma desigual, vale ressaltar que a vulnerabilidade ainda foi positivada pelo ordenamento consumerista como um princípio. Não que necessitava desta positivação para irradiar seus efeitos e tutelar os sujeitos especiais, mas o legislador ao proporcionar esta estrutura ampliou e flexibilizou tal tutela, permitindo sua aplicação não apenas nas relações consumeristas, senão também ao aparecimento de demais relações cuja desigualdade entre as partes demonstra-se congruente com a tutela especial imposta ao ordenamento jurídico.

### 3.2.3 Princípio da Vulnerabilidade: estrutura como instrumento para ampliação do seu campo de atuação

Como é sabido, o ordenamento jurídico não possui uma norma para regular todo e qualquer caso concreto. “O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, uma solução em cada caso [...]”<sup>305</sup> não faz mais parte da atual realidade. Ora é inegável as incontáveis situações jurídicas novas decorrentes das relações sociais de consumo, dos avanços tecnológicos, dos riscos e danos até então inimagináveis dos quais o ordenamento jurídico não consegue tutelar.

Compreendido que o direito não é completo e, portanto, lacunoso coloca-se à disposição do juiz diversos instrumentos para que este não deixe de dizer o direito a quem lhe procurar<sup>306</sup>, tal como dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Inclusive, segundo Bobbio, verificado a presença de lacunas, pode-se recorrer

---

<sup>304</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>305</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; téc. Cláudio de Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10ª ed. 1999, p. 119.

<sup>306</sup> A título de curiosidade a respeito do dogma da completude, Bobbio destaca que o Código Civil Francês, no art. 4º dispunha que “o juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; téc. Cláudio de Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10ª ed. 1999, p. 118.

a dois métodos, a heterointegração<sup>307</sup> e a auto-integração. No primeiro método a integração é operada com recurso a ordenamentos e fontes diversas daquela que é dominante, ao passo que a auto-integração não faz recorrência a outros ordenamentos e evita a utilização de fontes diversas da dominante, a partir de procedimentos da analogia, costumes e princípios gerais do direito<sup>308</sup>.

Dito isso, importante destacar, inicialmente a diferença entre princípios gerais “do” direito e princípios gerais “no” direito ou princípios jurídicos, pois os “[...] os primeiros se apresentam como regras-matrizes do direito e os segundos, como força motriz no direito”<sup>309</sup>. Nessa linha, ao princípio geral do direito cabe a tarefa de colmatar lacunas, ao passo que ao segundo a função não se restringe à solução de lacunas, mas também exigente de maior tutela aos direitos fundamentais.

Isto ocorre porque, não há dúvidas de que a noção tradicional da estrutura de regra mostra-se insuficiente para os novos desafios pós-modernos que se apresentam. Daí a consideração do caráter normativo dos princípios, afinal “[...] são os princípios que permitem ao intérprete alcançarem normativamente situações que antes não se enquadrariam no suposto fático, ou mesmo criar soluções distintas das previamente previstas”<sup>310</sup>.

Esta normatividade dos princípios os aproxima das regras, pois “[...] ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”<sup>311</sup>. Mas, há mais critérios que os distinguem do que os aproximam.

O debate entre princípios e regras é antigo. Por muito se valeu dos critérios de demarcação fraca e os de demarcação forte para distingui-los<sup>312</sup>. Dentro destas teses de

---

<sup>307</sup> O autor Dantas não concorda com o termo heterointegração proposto por Bobbio, conforme se verifica: “unindo-se, pois, as duas componentes do vocábulo *heterointegração*, com facilidade percebe-se que ele representa a integração de um ordenamento incompleto por meio da busca em outro. Ora, quando se recorre ‘a fontes distintas da dominante’, como aponta Bobbio, ainda se está no mesmo ordenamento, e não em outro, por isso não se pode falar em integração *hetero*”. DANTAS, Aldemiro. *A plenitude do Ordenamento Jurídico – o Problema da Lacuna – Analogia – Princípios Gerais do Direito*. In.: LOTUFO, Renan (Coord.). **Lacunas do Ordenamento jurídico**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 66.

<sup>308</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10<sup>a</sup> ed. 1999, p. 146-147.

<sup>309</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272.

<sup>310</sup> MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 216.

<sup>311</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 87.

<sup>312</sup> MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 251.

demarcação frágil, aponta-se a imprecisão semântica dos princípios, bem como a sua generalidade, o que implica em “[...] estabelecer quão ampla é a classe de pessoas que são destinatárias da norma (generalidade) e quão abrangente é a classe de fatos, ações ou casos que são regulados por ela (abstração)”<sup>313</sup>.

Outra diferença proposta para diferenciar princípios e regras refere-se aos fins e valores como característica típica dos princípios, tendo estes, portanto, um maior conteúdo valorativo do que as regras, as quais constituem normas descritivas. Ademais, Alexy relembra outros critérios discutidos pela doutrina antiga como a “determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento [...], a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica [...] ou no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento”<sup>314</sup>.

Exposto tais teses, Alexy defende que além de uma diferença gradual, regras e princípios apresentam uma diferença, sobretudo, qualitativa, a qual não se encontra na lista de nenhuma destas teses apresentadas, mas declara todos os critérios tradicionais nelas contidos<sup>315</sup>.

Dito isso, o ponto central na distinção entre regras e princípios é que “[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]”<sup>316</sup>, o que significa dizer que podem ser satisfeitos em diferentes graus, uma vez que para sua satisfação as possibilidades fáticas e jurídicas são essenciais. Ao passo que as regras “[...] são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>317</sup>.

Nesta linha proposta, ou uma norma é uma regra ou é um princípio. Ainda mais, quando se demonstra a atuação de cada uma destas nos casos de colisões com outras normas. Ora, dado um conflito entre regras, este somente pode ser resolvido se se

---

<sup>313</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMFmartinsfontes, 2014, p. 22.

<sup>314</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 87.

<sup>315</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

introduzir uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou, em não sendo possível, que uma das regras seja declarada inválida. Por outro lado, as colisões entre princípios são solucionadas não pela declaração de invalidade de um deles, mas pela regra da preponderância de determinado princípio em um caso concreto<sup>318</sup>. Isto ocorre, porque os princípios tm pesos diferentes e, portanto, aquele com maior peso tem precedência.

Dito isso, elenca-se outra característica importante que diferencia estas normas, qual seja o caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Estes exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Já as regras “[...] exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”<sup>319</sup>. O que significa afirmar que o caráter argumentativo dos princípios não se aproxima do caráter *prima facie* das regras, “[...] que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada”<sup>320</sup>, portanto, de caráter fundamentalmente mais forte e distinto.

O mais importante dessa diversidade é a constatação, portanto, das funções<sup>321</sup> exercidas pelos princípios, da flexibilidade, da densidade axiológica, do juízo de ponderação permitidos pelos princípios. Ora, no espaçoso mundo dos princípios tem lugar pra muita coisa<sup>322</sup>.

Na constatação que o ambiente mercadológico atual é caracterizado por um sem número de negócios jurídicos atípicos, pelo fornecimento de serviços e produtos impróprios ou inadequados ao consumo, publicidades enganosas, marcado ainda pela

---

<sup>318</sup> Segundo Alexy, “se dois princípios colidem – o que ocorre é que um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 93.

<sup>319</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

<sup>320</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

<sup>321</sup> “A primeira função é de natureza interpretativa (*i*), caso em que os princípios fornecerão ao aplicador do direito a sugestão quanto aos critérios válidos de compreensão da norma. A segunda função é de natureza integrativa (*ii*), caso em que os princípios são considerados extensão legítima do tecido normativo para colmatar as lacunas havidas pela normatividade estrita das regras jurídicas. A terceira função é de natureza diretiva (*iii*), caso em que reconduz no plano metajurídico a justificação de determinadas opções de regulação jurídica, depurando os axiomas do sistema jurídico. Por fim, a quarta função é de natureza limitativa (*iv*), caso em que inibirá o decisor normativo em optar por escolhas antagônicas à coerência do sistema, escolhas dotadas de desvalor e antijuridicidade. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

<sup>322</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 13.

presença de redes contratuais, massificação dos contratos, dentre outros, o legislador acertou ao positivizar a vulnerabilidade como princípio e não como regra.

Isto porque, enquanto princípio, tal estrutura permite atuar nestas diversas situações ainda não previstas no ordenamento jurídico e ainda ampliar as soluções possíveis para resolução do mesmo. O que mostra-se condizente com a hermenêutica atual, que dá primazia às soluções que sejam mais favoráveis às pessoas humanas, especialmente, quando em situações desfavoráveis.

Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor foi mais uma vez brilhante com a adoção de uma estrutura principiológica, como no caso da vulnerabilidade, o que o torna sempre atual e correlacionado com a realidade social, conforme se percebe no art. 4º, Iº, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo 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, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo [...]

Da mesma forma, a doutrina também assim conceitua a vulnerabilidade. Segundo Miragem, “o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor”<sup>323</sup>. Para Moraes, a vulnerabilidade é “[...] o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s) [...]”<sup>324</sup>.

No entanto, dado a estrutura da vulnerabilidade de princípio ainda é possível estender à sua aplicação em outras relações em que também estejam presentes o desequilíbrio de forças entre os sujeitos da relação. Isto porque, sendo um princípio, sua própria estrutura abstrata e aberta permite o desenvolvimento de um modelo argumentativo e não lógico-dedutivo, o que significa dizer que permite ampla proteção

---

<sup>323</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

<sup>324</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

aos consumidores, mas também aos sujeitos em posições desiguais análogas das relações consumeristas, conforme caso concreto.

Ora, é inegável a plasticidade e os efeitos irradiados pelos princípios em todo ordenamento, sem contar a sua tarefa de organizar a congruência de todo ordenamento jurídico. Afinal, o que os diferencia das regras é não ter justamente um caráter definitivo e restrito à aplicação de um único caso previamente estabelecido.

Ademais, quando se fala em função, destaca-se que os princípios têm ampla utilidade, pois, conforme dito anteriormente, os princípios atuam em situações que o ordenamento jurídico não foi capaz de prever, dado a dinamicidade das relações sociais ou ainda, que amplie as soluções para o caso concreto. Ora, nos contratos em que a desigualdade salta aos olhos, dado o caráter essencial à subsistência humana do objeto contratual a uma das partes e a posição de força e lucrativa do outro polo, não há regras protetivas que guiem sua aplicação pelo julgador no caso concreto, ou soluções que tutele a própria pessoa humana. Daí a imprescindibilidade da base principiológica do ordenamento jurídico, pois são argumentos para justificar uma decisão judicial que proteja tais agentes. Como é o caso do princípio da vulnerabilidade.

Em não sendo as regras suficientes para tutelar e promover a pessoa humana em situações de plena desigualdade, o princípio da vulnerabilidade deve ser chamado a socorrer e ampliar o leque de soluções para o caso concreto, ainda mais quando a hermenêutica atual coaduna com a interpretação favorável aos vulneráveis.

E para a consagração desta hermenêutica *pro homine* é mesmo necessário o diálogo de fontes entre as normas do ordenamento, para que seja aplicada a norma mais favorável à pessoa humana. Afinal, o diálogo de fontes tem como objetivo dar efeito útil a um grande número de normas e, sobretudo, aos direitos humanos e valores constitucionais<sup>325</sup>.

Nessa lógica, o ideal não é mais restringir o campo de aplicação e os limites do Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, pois se ambas podem ser aplicadas ao mesmo caso concreto e ambas podem colaborar para a mesma finalidade, devem dialogar à procura da realização da pessoa humana<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 653.

<sup>326</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 653-654.

Assim deve ser o princípio da vulnerabilidade, o qual deve irradiar seus efeitos nas relações onde lhe for possível tutelar e promover a pessoa em situação de desequilíbrio e desigualdade, seja quando não houver normas a serem aplicadas no caso concreto, ou em existindo, o princípio da vulnerabilidade ser mais favorável a esta pessoa vulnerável.

Dito isso, vale ressaltar mais uma vez, que a defesa desta tese não se filia à teoria maximalista, que sustenta ampliação da incidência do Código de Defesa do Consumidor a quem se considerar consumidor. O que se pretende é abarcar outros contratantes, que não consumidores, que estejam em posição de desigualdade dado a utilidade do bem ou serviço do objeto contratual para manutenção de uma vida digna.

E isto tem fundamento não só porque se trata de um princípio, mas, sobretudo de um princípio com arrimo constitucional, porque sendo pressuposto para a identificação da relação de consumo e, conseqüentemente, aplicação de tratamento diverso e protetivo advindos da Constituição Federal é inexato compreendê-la somente neste plano infraconstitucional<sup>327</sup>.

Corroborando com exposto, Lorenzetti afirma que o Direito do Consumidor é uma área do direito protetivo, de base constitucional, que têm manifestações em todos os ramos, ainda mais porque trata-se de normas de ordem pública, que se impõe em todas as relações jurídicas, seja para protege-las, seja para ordenar a sociedade em torno do princípio da socialidade<sup>328</sup>.

Ademais, ainda que o princípio da vulnerabilidade esteja consubstanciado expressamente no Código de Defesa do Consumidor, muito embora a Constituição Federal também não a concretize expressamente em seu texto a expressão “vulnerabilidade”, “[...] a mesma resplandece implícita no princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF), porquanto é esse o atributo que diferencia o ‘igual’ do ‘desigual’ especificamente para as relações de consumo”<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 179.

<sup>328</sup> Tradução livre de: “[...] el Derecho del consumidor es un área del Derecho pretectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubenzal-Culzoni, 2003, p. 35.

<sup>329</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 179.

Ora, nada impede que “dos dispositivos referentes ao Estado de direito, podem derivar indiretamente subprincípios e regras as mais diversas”, como no caso do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, “[...] que cuida do tratamento isonômico, não se atribui apenas o princípio da igualdade, mas também, indiretamente, *subprincípios*, conforme a esfera social, como, por exemplo, o da isonomia tributária, independentemente de que este esteja consagrado expressamente na Constituição”<sup>330</sup>.

Dito isso, é inegável que a vulnerabilidade seja a concretização do princípio da igualdade<sup>331</sup> no âmbito privado, mas nem por isso seu âmbito de aplicação restringe-se somente ao direito do consumidor, pois também tem arrimo constitucional e, conseqüentemente ilumina todo ordenamento jurídico.

Afinal, dado que ao princípio constitucional é permitida a máxima amplitude possível (princípio da máxima efetividade da norma constitucional), principalmente quando carrega em si a proteção de um direito fundamental, nada impede que a norma principiológica que dele decorra também tenha tal extensão. Afinal, se este também está a proteger direito fundamental, nada mais certo que abranja o máximo de pessoas que se encontrarem em situações de desigualdade relativa à subsistência existencial.

Feitas tais abordagens, é possível concluir que o princípio da vulnerabilidade pode e deve ser instrumento capaz de identificar o sujeito em posição de desigualdade nas relações jurídicas para além das relações consumeristas. Ora, além da vulnerabilidade ser atributo próprio da pessoa humana, razão pela qual não se pode restringir sua aplicação a apenas um grupo de pessoas, sua própria estrutura de princípio corrobora para sua ampla aplicação a ser verificada no caso concreto.

Isto se mostra imprescindível para o presente trabalho, pois a classificação proposta em contratos existenciais impõe a aplicação de um regime jurídico diverso e qualitativo decorrente do reconhecimento da vulnerabilidade daquelas pessoas naturais que contratam bens ou serviços essenciais, bem como do viés existencial do objeto contratual. Pois somente assim, é possível garantir a estes sujeitos um mínimo de dignidade e desenvolvimento de sua personalidade.

---

<sup>330</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMFmartinsfontes, 2014, p. 90.

<sup>331</sup> A diferença entre a igualdade e a vulnerabilidade é que aquela é genérica e nem sempre requer normas protetivas, já que tem como objetivo eliminar apenas algumas desigualdades, ao passo que, a vulnerabilidade é específica e refere-se ao impacto que esta condição tem sobre a relação jurídica. Vulnerabilidade, portanto, funciona como filtro constitucional do princípio da igualdade na relação jurídica, pois trata-se de normas de proteção diferenciadas dado as desigualdades de tais relações. LORENZETTI, Ricardo Luís. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 39.

Dado o exposto até aqui, a vulnerabilidade, ao reconhecer a desigualdade e fundamentar a existência de normas protetivas e especiais, funcionando, portanto, como regra de reconhecimento constitucional para aplicação do princípio da igualdade, irradia ainda outros efeitos relevantes, quais sejam, permite a aplicação direta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e ainda exige a intervenção do Estado nestas relações interprivadas com vistas à proteção dos agentes vulneráveis mediante *imperativos de tutela*<sup>332</sup>.

### **3.3 Contrato existencial: instrumento para proteção dos vulneráveis**

Hodiernamente, os direitos fundamentais positivados no ordenamento nacional impõem respeito e observância ao Estado e aos particulares. Mas, em um primeiro momento, tais direitos tiveram por escopo proteger os indivíduos apenas contra ingerências do Estado, haja vista a superioridade deste com relação aos cidadãos, bem como seu dever de se abster e promover os mesmos no seio da sociedade.

Nessa esteira, em muito se propagou esta ideia dos direitos fundamentais apenas como direito de defesa e a imposição de uma liberdade negativa em face do Estado. Inclusive esta finalidade de limitar o poder do Estado em favor dos indivíduos a este submetido continua sendo primordial, razão pela qual o Estado ainda é considerado o principal destinatário dos direitos fundamentais, o que permite a doutrina denominar este vínculo como “efeito vertical dos direitos fundamentais”.

No entanto, ocorre em grave erro compreender que apenas o Estado é detentor de poder e, portanto, somente nas relações de direito público ensejaria a aplicação dos direitos fundamentais. Ora, não há como negar a desigualdade entre as partes nas relações de consumo, ainda mais a partir do reconhecimento normativo da vulnerabilidade do consumidor.

Nesse passo, o reconhecimento do efeito horizontal ganha força na medida em que os particulares participam cada vez mais do exercício do poder social e econômico, destacando-se em seu meio a desigualdade e os abusos cometidos entre as partes. Mas, mais do que isso, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas ganha

---

<sup>332</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In.*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

importância e fundamento no momento em que a Constituição torna-se norma fundamental e elemento de unidade de todo o ordenamento jurídico<sup>333</sup>.

Isto porque, o fenômeno da supremacia da Constituição assumiu particular relevância no campo da incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do direito, já que, a Constituição deixou de ser apenas um estatuto de poder público para converter-se ‘na ordem fundamental da comunidade, conforme bem destaca Sarmento<sup>334</sup>:

Deveras, a posição hierarquia superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo.

Antes disso, o universo jurídico era dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público e o direito privado. O Direito Público era visto como o “ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado era compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as intersubjetivas e o mundo econômico”<sup>335</sup>.

Naturalmente, o direito público, portanto, não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil o papel monopolizador das relações privadas. No entanto, esta situação foi sendo modificada, paulatinamente, de acordo com a necessidade do Estado em solucionar situações jurídicas emergentes suscitadas pela realidade social e não contemplada pelo Código Civil.

Ademais, os direitos fundamentais não mais poderiam “[...] ser pensados apenas como direito público ou como privado, visto que se afirmam como uma espécie de ‘telhado’ de direito constitucional que, com a sua força normativa, penetram em todos os

---

<sup>333</sup> Para SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55: “Desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social”.

<sup>334</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.

<sup>335</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

âmbitos do ordenamento jurídico”<sup>336</sup>. Em outras palavras, é claro e uníssona a ideia de que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos a todo sistema jurídico, o problema está na forma como estes incidem nos diversos ramos.

Consequência dessa comunicação entre público e privado, direito privado e direitos fundamentais, a Constituição assume cada vez mais relevância, convertendo-se em centro unificador do sistema, em cujo ápice do vértice localiza-se a dignidade da pessoa humana, princípio (e valor) fundamental que irradia efeitos sobre todo o ordenamento.

Nessa linha, os direitos fundamentais consagraram-se como linha dorsal de todo sistema, inclusive na órbita civil. Especialmente, a partir da figura da dignidade da pessoa humana, que se afirma como fundamento da ordem jurídica e possibilita sua irradiação ao direito privado.

Decorre daí uma releitura dos institutos tradicionais, pois a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, impôs ao Direito Civil uma (re) descoberta da pessoa e o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais”<sup>337</sup>.

Esta realidade abre caminho para a própria possibilidade de controle do conteúdo de contratos privados com base na Constituição, vedando a sujeição de uma das partes contratantes a todo tipo de cláusulas contratuais. Afinal de contas, este contratante também é titular de direitos fundamentais e portador de direitos da personalidade<sup>338</sup>.

Isto significa que, o conteúdo obrigacional dos direitos fundamentais afasta a ideia de que o Estado pode fechar os olhos para as agressões aos direitos fundamentais provenientes das relações interprivadas. Isto porque, como uma ordem de valores-objetiva, os direitos fundamentais devem vigor para todos os setores do sistema jurídico, sobretudo quando se coloca em jogo o seu conteúdo em dignidade humana.

Nesse passo, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas privadas é a pedra de toque de uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico, haja vista que as agressões não provêm apenas do poder público, mas também dos

---

<sup>336</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

<sup>337</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

<sup>338</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

cidadãos, uns com os outros. Ora, a própria classificação em contratos existenciais demonstra isso.

A partir do exposto, não há óbice para se afirmar que os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas. O problema que se apresenta é como estas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais se manifestam no caso concreto, se direta ou indiretamente, isto é, com ou sem apoio de institutos próprios do direito privado.

### 3.3.1 Teoria da Eficácia Direta

Dado que os direitos fundamentais influenciam nas relações interprivadas, resta saber como tais direitos são aplicados, haja a vista a existência de teorias que militam em diversos sentidos, sendo as principais a teoria da eficácia direta e imediata e a teoria da eficácia direta e mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sua origem na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, mas é largamente utilizada nos países europeus, tais como Espanha<sup>339</sup>, Portugal<sup>340</sup> e Itália.

Segundo os defensores desta teoria, os direitos fundamentais devem ser aplicados imediatamente, isto é, seu conteúdo, forma e alcance não dependem de regulações normativas ou do recurso interpretativo da aplicação das cláusulas gerais do direito privado. Isto porque, “os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados”<sup>341</sup>.

Dito isso, destaca-se que o ponto central da teoria da eficácia direta e imediata reside na constatação de que alguns<sup>342</sup> direitos fundamentais não são endereçados, exclusivamente, ao Estado, mas igualmente aos particulares, haja vista que os poderes

---

<sup>339</sup> Autores espanhóis defensores desta teoria: Tomás Quadra-Salcedo; Juan Maria Bilbao Ubillos; Pedro de Vega Garcia; Antonio-Enrique Perez Luño, dentre outros.

<sup>340</sup> Previsto no art. 18.1 da Constituição de Portugal, que reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>341</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168.

<sup>342</sup> É preciso advertir, no entanto, teoria da eficácia direta não defende que todos os direitos fundamentais devam ser aplicados diretamente nas relações entre os particulares, mas sim uma linha dos direitos fundamentais mais significativos na constituição. Segundo Duque, “Trata-se de um exame que requer avaliação no caso concreto, reconhecendo-se, contudo, essa possibilidade com frequência nos direitos com conteúdo em dignidade humana e aqueles ligados ao livre desenvolvimento da personalidade.” 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. 107.

privados também representam grande ameaça para a liberdade e igualdade do homem. Daí a razão de se defender os direitos fundamentais como princípios jurídicos oponíveis universal e imediatamente.

Para tanto, os adeptos desta teoria apregoam que para aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais não é necessário qualquer auxílio das normas de direito privado, como as cláusulas gerais, para serem aplicados no âmbito privado, uma vez que da Constituição também fluem direitos privados aplicados diretamente ao particular.

Tudo isso porque, a adoção da teoria da eficácia imediata implica em dizer que é a Constituição a razão primária e justificadora de uma determinada decisão (o que não quer dizer que seja a única), ou seja, a Constituição não deve ser vista apenas como regra hermenêutica, mas sim como norma de comportamento apta para incidir também no conteúdo das relações entre particulares.<sup>343</sup>

Ademais, como o fundamento nuclear da ordem jurídica é a dignidade humana e, portanto, também a expressão máxima do direito privado, assim, independentemente da posição de igualdade entre as partes, deve haver um dever geral entre todos os particulares em respeito ao conteúdo mínimo vinculado à dignidade humana.

Tais argumentos são fortes no Brasil tanto na doutrina, com Sarlet, Sarmiento e Steinmetz, quanto na jurisprudência brasileira. A Corte Suprema Brasileira também já se valeu da aplicação desta teoria, o que pode ser verificado a partir do Recurso Extraordinário nº 160.222 - Rio de Janeiro (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995); também no Recurso Extraordinário nº 158.215- Rio Grande do Sul (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 07/06/1996; bem como no Recurso Extraordinário 161.243- Distrito Federal (Relator Ministro Carlos Velloso; DJ 19/12/1997); e ainda no Recurso Extraordinário 201819-8 – (Relatora: Ministra Ellen Gracie, DJ: 11/10/2005).

No entanto, apesar desta linha seguida pelo Supremo Tribunal Federal, a questão ainda é controversa, pois aceitar uma incidência constitucional direta desfiguraria o Código Civil, pois eliminaria a autonomia da vontade e convertê-la-ia em mera concretização do Direito Constitucional, além de conferir demasiado poder ao Judiciário.

Ademais, aceitar esta eficácia imediata é também considerar que o Estado e os particulares estão no mesmo patamar de garantes dos direitos fundamentais dos cidadãos.

---

<sup>343</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Ed. Renovar: 2007.

Nessa linha, o autor Bilbao Ubillos<sup>344</sup> defende que se tornam evidentes a analogia que se deve fazer entre o particular e o Poder Público, porque ambas afloram situações caracterizadas por uma desigualdade substancial entre as partes, o que permite que a parte que encontre em posição dominante condicione a decisão do mais débil. Além disso, os poderes de supremacia privada são, muitas vezes, tão imperativos e ‘autoexecutórias’ como as de qualquer ente administrativo.

Em um caminhar um pouco diverso, o autor Andrade<sup>345</sup> entende que se deve aceitar os particulares como sujeitos passivos dos direitos fundamentais quando tratar-se de situações em que pessoas coletivas ou, excepcionalmente, indivíduos dispuserem de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos. Isto porque, nestes casos, tem-se uma relação de poder – e não relações entre iguais – razão pela qual se justifica a proteção em torno do vulnerável. No entanto, para este autor não se pode tratar da mesma forma uma relação de poder existente entre pai e filho e entre uma empresa e o consumidor, pois o critério do “poder” ou da “desigualdade” não é classificatório, mas sim um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, para Duque, o problema da eficácia dos direitos fundamentais não pode ser solucionado a partir do enquadramento do particular como destinatário de direito, pois “a pessoa não se equipara ao Estado nas funções simultâneas de garantidor, não violador dos e de mantenedor dos pressupostos essenciais para vigência de direitos fundamentais”<sup>346</sup>. Além disso, sustenta ainda que os direitos fundamentais não se impõem aos indivíduos da mesma forma e intensidade como fazem com o poder público.

De forma sucinta, portanto, significa que aquele que enquadra o indivíduo como destinatário dos direitos fundamentais ao contrário de potencializar sua proteção na relação privada, como seria natural pensar já que o rol de destinatários seria mais amplo, pode vir a enfraquecer a própria proteção desejada. No entanto, isso não quer dizer que não se pode exigir dos particulares uma observância aos direitos fundamentais, mas apenas que não se pode exigir um dever de proteção nos mesmos moldes do Estado.

---

<sup>344</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales? *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 265.

<sup>345</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade: Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 250.

<sup>346</sup> 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. 46.

Ademais, o critério decisivo para fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais na relação privada é justamente a desigualdade de posições no interior da relação privada<sup>347</sup>, razão pela qual se torna ainda maior a dificuldade de se cumular em uma só pessoa, simultaneamente, as prerrogativas de sujeito passivo e ativo dos direitos fundamentais.

Dito isso, ainda importante salientar, que não se está a negar a aplicação dos direitos fundamentais de forma direta e imediata nas relações privadas, mas apenas que esta ocorra quando o legislador omitir-se no regramento de determinada situação fundamental infraconstitucional<sup>348</sup>. Dado os apontamentos feitos até aqui e como o presente trabalho não se filia a esta teoria direta e imediata, torna-se importante o estudo da teoria da eficácia direta e mediata ou indireta.

### 3.3.2 Teoria da Eficácia Direta e Mediata ou Indireta

Os adeptos da teoria da eficácia indireta reconhecem que os direitos fundamentais exprimem uma ordem valores que permeiam todo o ordenamento jurídico— tal qual a eficácia imediata em sua concepção primária - mas não utilizam para sua proteção instrumentos do Direito Constitucional e sim mecanismos típicos do próprio Direito Privado, o que não quer dizer que tal teoria não reconheça a Constituição como centro unificador como defendem os opositores.

Dito de outra forma, a teoria da eficácia indireta propõe que as conexões pelas quais os direitos fundamentais ingressam na esfera privada se deem por meio das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, da equidade, cujos efeitos da irradiação alcançam também o poder Legislativo a tal ponto de legislar normas privadas sob influência dos valores constitucionais. Inclusive o Código de Defesa do Consumidor

---

<sup>347</sup> Sobretudo das partes mais vulneráveis, que norteiam o direito do consumidor.

<sup>348</sup> “Admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *interprivatos* em determinadas hipóteses não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação destes direitos através da lei. E isso parece evidente, uma vez que ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal é que seja o legislador a concretizar o alcance dos diferentes direitos nas relações de Direito Privado. O problema todo surge quando isso não ocorre. Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte”. FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In.*: SARLET, Ingo, Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51.

é um exemplo dessa eficácia, pois são normas de proteção ao consumidor que concretizam e densificam um direito fundamental de defesa desse sujeito vulnerável<sup>349</sup>.

Dito isso, é possível constatar que não apenas as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são “[...] pontos de atuação dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado, mas sim uma ampla gama de normas privadas, cuja estrutura está amadurecida e moldada à realidade das relações travadas entre particulares”<sup>350</sup>. Nessa linha, sendo as normas do Código de Defesa do Consumidor um exemplo desta ampliação da eficácia, porque não falar do princípio da vulnerabilidade como ponto para atuação destes direitos fundamentais, ainda mais quando seu reconhecimento pressupõe os princípios da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Ora, é inegável que os direitos fundamentais em geral carecem de uma norma de direito privado como chave, a fim de que possam encontrar admissão em uma relação privada. O princípio da vulnerabilidade, sendo norma protetiva constante do ordenamento consumerista, não é outra coisa senão norma apta para receber os direitos fundamentais, especificadamente do direito fundamental da igualdade, disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal três vezes.

Tal constatação corrobora com a ideia central da eficácia mediata dos direitos fundamentais que entende que cabe ao Estado a tarefa precípua de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a vigência efetiva dos direitos fundamentais<sup>351</sup>, de modo a obter uma maior determinação normativa destes direitos fundamentais.

Contudo, criticando tal teoria, Bilbao sustenta que realmente a lei é o instrumento mais apropriado para concretizar o alcance dos direitos fundamentais, tendo em vista a segurança jurídica. O problema é que o cumprimento deste mandamento por parte do legislador não é justificável, razão pela qual se deve perguntar se esta intervenção do legislador é realmente condição *sine qua non* para o reconhecimento da mesma eficácia

---

<sup>349</sup> Para corroborar com o exposto, Martins afirma que “os direitos básicos do consumidor, na esteira dos arts. 6º e 7º do CDC, demonstram que o legislador infraconstitucional se ocupou da capacidade ótima dos direitos humanos, positivando direitos subjetivos como direitos de personalidade, justamente para a concessão do cariz de ordem pública nas relações privadas, o que conforma o aplicador da lei na proteção de direitos essenciais mínimos (porém suficientes) do consumidor como imperativo de tutela”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

<sup>350</sup> 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. 199.

<sup>351</sup> 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. 201.

dos direitos fundamentais na relação privada<sup>352</sup>. Inclusive, o autor aduz que “un derecho cuyo reconocimiento, cuya existência, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es um derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador”<sup>353</sup>.

No entanto, apesar da boa crítica exposta entende-se que esta não seria a visão mais acertada, pois é evidente que o Estado-legislador não possui respostas para todas as situações concretas, razão pela qual se confere ao Judiciário a possibilidade de garantir a eficácia destes direitos fundamentais nessas relações<sup>354</sup>. Afinal de contas, o tribunal não tem “[...] que aplicar um direito fundamental ao invés de uma norma civil para solução de uma controvérsia privada. Pelo contrário, da norma civil derivam-se direitos privados subjetivos orientados aos direitos fundamentais [...]”<sup>355</sup>.

Dito isso, a aplicação dos direitos fundamentais deve mesmo ocorrer pelo “[...] esforço tanto do legislador quanto do juiz ou dos tribunais, os quais, por meio de suas atividades normativas e hermenêutico-aplicativas, respectivamente, processarão os direitos fundamentais pelo direito privado”<sup>356</sup>.

Tal aplicação direta do Estado-juiz, portanto, não invalida o efeito horizontal indireto, até mesmo porque essa mediação judicial consiste na possibilidade do juiz interpretar o direito aplicável a cada caso concreto e os preceitos constitucionais, observando sempre os direitos fundamentais e sua concretização por instrumentos próprios do direito privado.

Ou, dito em outras palavras, ao legislador cabe mesmo a função precípua de editar normas infraconstitucionais influenciadas pelo direito fundamental no direito privado. Mas, isto não elimina o papel dos juízes e tribunais que possibilitam a concreção dos

---

<sup>352</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales? *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 271.

<sup>353</sup> “Um direito cujo reconhecimento e existência dependem do legislador não é um direito fundamental. É um direito legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela sua indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador” (Tradução livre). UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales? *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 271.

<sup>354</sup> Inclusive, como já ocorreu no caso da ADI 2.591 que versa sobre a mediação deste Codex nas relações entre bancos e consumidores. Neste sentido ver: Supremo Tribunal Federal- Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 DF; Relator Carlos Velloso. DJ 29/09/2006.

<sup>355</sup> 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. 203.

<sup>356</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

efeitos dos direitos fundamentais, conferindo ampla flexibilidade às cláusulas gerais e conceitos indeterminados<sup>357</sup>.

Os contratos existenciais, por exemplo, “[...] carecem do aumento de níveis de exigência pelo legislativo quanto aos requisitos normativos de eticidade, bem como de intensa operabilidade do judiciário mediante ativismo progressista e, por fim, da combatividade dos órgãos aptos à tutela dos direitos fundamentais”<sup>358</sup>. Portanto, são contratos que necessitam de uma maior intervenção estatal (de todas as esferas de poder) para garantir sua ampla proteção.

Assim, esta teoria reconhece ao legislador o desenvolvimento da Constituição no direito privado e ainda deixa espaço para os institutos específicos do direito privado, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor:

A constituição dá o comando, de que o Estado tem que promover a defesa do consumidor na forma da lei. Aqui, como não poderia ser diferente, a própria constituição abriu ao legislador um espaço de manobra para configuração dessa proteção, que se dá, particularmente, na forma do Código de Defesa do Consumidor e das demais disposições legislativas, inclusive do Código Civil. Respeitou-se, assim a liberdade de configuração do legislador no exercício pleno de suas competências, ao mesmo tempo em que se cumpriu o dever constitucional de zelo do consumidor, enquanto titular dos direitos fundamentais<sup>359</sup>.

Inclusive, também é o que ocorre com os contratos existenciais, pois “[...] 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”<sup>360</sup>. Isto é, os contratos existenciais, ao conferirem regime jurídico diferenciado aos contratos cujo objeto adorne bens e serviços vitais, propõem, na verdade, uma intensa aplicação de princípios e cláusulas gerais próprias privatísticas, com vistas a proteger a dignidade humana e o mínimo o livre desenvolvimento do sujeito aderente.

<sup>357</sup> No entanto, um ponto negativo desta teoria é que ausentes as cláusulas gerais ou os conceitos jurídicos indeterminados no direito privado implicaria a impossibilidade de atuação dos direitos fundamentais. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243.

<sup>358</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>359</sup> 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. 388.

<sup>360</sup> 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. *In: Revista de Direito do Consumidor* - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

Na verdade, o próprio reconhecimento do princípio da vulnerabilidade nas relações privadas marcadas por intensa e real desigualdade já é instrumento próprio para conferir tal tutela especial e privilegiada, haja vista sua base constitucional e ponto de influência dos direitos fundamentais nestas relações.

Em vista do exposto, a “[...] ênfase na eficácia mediata valida a presença dos direitos fundamentais, inclusive adotando-os como critérios objetivos de legislação e interpretação jurídica, sem que a liberdade seja extirpada do meio social pela utilização de posicionamentos jurídicos absolutos”<sup>361</sup>.

Dito tudo isso, importante ressaltar que, apesar das críticas, esta teoria é a que guarda maior aceitação nos dias atuais e também no ordenamento jurídico brasileiro<sup>362</sup>, para o qual os direitos fundamentais desenvolvem um “efeito de irradiação” na interpretação da legislação comum, principalmente por meio das cláusulas gerais. No entanto, hodiernamente, tem ganhado cada vez mais espaço a teoria dos deveres de proteção que, inclusive, muito se aproxima desta teoria da eficácia mediata.

### 3.3.3 Teoria dos deveres de proteção: à luz da vulnerabilidade

Seguindo os alicerces básicos tradicionais da teoria da eficácia mediata, mas voltada para as funções modernas dos direitos fundamentais, amplia-se o rol de investigação e passa-se à análise da teoria dos deveres de proteção do Estado, de cuja contribuição substancial advém de Canaris<sup>363</sup>, a partir das figuras do *imperativo de tutela*<sup>364</sup> e “proibição da insuficiência”.

<sup>361</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243.

<sup>362</sup> Os autores Dimoulis e Dimitri trazem diversos exemplos para comprovar que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria do Estado como destinatário dos direitos fundamentais, dentre eles: “ Em vista do direito fundamental à liberdade de acesso à informação (art. 5º, IX, ou art. 5º, XIV c.c. XIII, da CF), uma norma de direito condominial, que limite a instalação de aparato técnico receptor de sinais televisivos, deve ser interpretada pelo juiz de modo a observar a pretensão de resistência do direito fundamental e das peculiaridades da dogmática específica (status negativus)”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

<sup>363</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 56.

<sup>364</sup> O autor Ribeiro Sousa, faz um resumo desta tese dos direitos fundamentais como “imperativos de tutela”: Canaris “ parte de uma precisão dogmática, distinguindo entre a questão dos destinatários e a da estrutura das normas consagradoras de direitos fundamentais. Pela primeira, está em causa saber se os direitos fundamentais obrigam apenas o Estado, ou também os sujeitos privados; pela segunda, por qual das suas várias funções (como proibições de ingerência, critérios de interpretação, princípios normativos, garantias institucionais, ou imperativos de tutela) esses direitos actuam no direito privado. A resposta de Canaris é a de que os direitos fundamentais apenas vinculam o Estado, contra este se dirigindo sempre, mas, para além de direitos de defesa, contêm também imperativos de tutela (por essa via se reflectindo na ordem jurídico-privada). Aqueles imperativos são expressamente integrados na dimensão subjectiva dos direitos

Isto quer dizer que, se, nas relações verticais os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais como proibição de intervenção, isto é, como função defesa, no plano das relações horizontais, os poderes públicos, especialmente, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estão vinculados aos direitos fundamentais a partir dos *imperativos de tutela*, combinado com a proibição de insuficiência<sup>365</sup>.

Tal pensamento, basicamente, traduz-se na formação de uma ordem pública de proteção pelo Estado aos direitos fundamentais seja em face de intervenções provenientes dos órgãos estatais ou mesmo de sujeitos privados. Em outras palavras, a teoria do dever de proteção propõe que as normas relativas aos direitos fundamentais dirigem-se às relações entre os particulares e com o Poder Público, mas para estes, com uma função de não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, como também de protegê-los de ameaças ou lesões a advindos de outros particulares. Nesse sentido, explica Canaris<sup>366</sup>:

[...] apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.

Isto ocorre, pois o Estado tem o dever de proteger os bens jurídicos fundamentais dos seus cidadãos, isto é, ao reconhecer da dignidade humana como fundamento da República e valor fundamental que permeia a unidade do ordenamento jurídico, o Estado tem o dever de protegê-la, independente de qual lado provenha a agressão:

---

fundamentais”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 140, nota de rodapé nº 333.

<sup>365</sup> Martins ressalta bem as vantagens desta combinação: “A concepção de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações interprivadas como (na função de) imperativos de tutela - porque é dever do Estado proteger, ao menos em nível suficiente (mínimo) imposto pela Constituição, também ao nível do direito privado, um particular de lesão ou ameaça (perigo) de lesão de outro particular - apresenta vantagens. Primeira: ela preserva a premissa segundo a qual, em princípio, somente o Estado é destinatário de normas de direitos fundamentais. Segundo: ela oferece uma explicação dogmática consistente para o problema de saber se e por que comportamentos ou condutas de sujeitos de direito privado estão submetidos à influência dos direitos fundamentais. Terceira: a função de imperativo de tutela combinada com a proibição de insuficiência opera uma eficácia mais fraca do que a da função de proibição de intervenção combinada com a proibição de excesso, porque toma em consideração que nas relações interprivadas todas as partes são titulares de direitos fundamentais - diferentemente do que ocorre nas relações entre particulares e Estado, porque este não é titular de direitos fundamentais - e porque tão-somente proíbe graus de proteção abaixo do mínimo imposto pela Constituição. Quarta: ao propor uma eficácia mais fraca, não interfere na autonomia do direito privado e, sobretudo, não elimina o princípio da autonomia privada.

<sup>366</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p.58.

No momento em que a constituição prevê a dignidade humana como fundamento do Estado ou prega um mandamento de intangibilidade do seu conteúdo, fica claro que cabe ao Estado respeitá-la e protegê-la. A doutrina dos deveres de proteção não é estranha à constituição. Sendo os direitos fundamentais emanações em maior ou em menor grau do princípio da dignidade, surge para o Estado um dever geral e abrangente desses direitos, que pode ser compreendido, até mesmo, sobre a perspectiva de unidade do ordenamento jurídico, ao se levar em conta que a pessoa é o valor supremo do ordenamento.<sup>367</sup>

Dito isso, o autor Duque ressalta que para a ativação dos deveres de proteção estatais em face dos contratos privados, três características são essenciais, quais sejam, ausência de previsibilidade dos defeitos futuros do contrato; semelhança de atuação a um ato ilícito; e, por fim, uma situação de desequilíbrio contratual<sup>368</sup>.

Dentre estes, destaca-se a questão do desequilíbrio contratual. Ora, verificado uma situação de acúmulo de poder em um dos polos da relação, cujo contratante o esteja empregando para rebaixar a capacidade de autodeterminação e livre desenvolvimento da outra parte mais fraca, deveres de proteção tem que ser ativados.

Os contratos celebrados na atual sociedade de massa, não são outra coisa senão exemplo desta realidade. Por vezes, os fornecedores impõem seu poder sobre a outra parte contratante, determinando o conteúdo contratual e estabelecendo as cláusulas contratuais previamente de forma unilateral e arbitrária, que chegam a negar até mesmo a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade da parte mais fraca na relação, que geralmente, personifica-se na figura do consumidor.

O princípio da vulnerabilidade disposta no Código de Defesa do Consumidor é exemplo claro de um dever de proteção do Estado. Dado a frequente repetição de lesões a direitos fundamentais que ocorrem constantemente aos sujeitos vulneráveis imersos na sociedade contemporânea e mercadológica, o legislador dá origem, por meio de uma técnica própria de criação do direito, à presunção de vulnerabilidade<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> 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. 319.

<sup>368</sup> 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. 331.

<sup>369</sup> Segundo Martins, a vulnerabilidade é “Originalmente clássica porque decorrente de processos indutivo e dedutivo, a presunção é técnica de construção do direito pela qual através de determinado fato conhecido, caracterizado pela reiteração e consequência ordinária, formula-se regra genérica de natureza indutiva (lógica fundada na experiência). Assentada a regra geral, que será a premissa maior (verdade da experiência), aplica-se o fato embutido no caso concreto, premissa menor, sendo que a conclusão assimilada será conhecida como presunção ou probabilidade, obtida dedutivamente (subsunção). MARTINS,

Sendo uma presunção<sup>370</sup>, significa que a vulnerabilidade é uma verdade jurídica decorrente de um processo lógico mediante o qual do fato conhecido e certo, infere-se o fato desconhecido e improvável, assim como outras tantas normas próprias de Direito que constituem resultado de uma experiência, de uma série de repetição de atos.

Daí a relevância da teoria dos deveres de proteção, porquanto o Estado coloca à disposição instrumentos a partir dos quais os particulares podem se proteger eficazmente contra às violações aos direitos fundamentais, especialmente quando destacado a essencialidade do bem jurídico em questão.

Ademais, não pode passar despercebido que estes deveres de proteção também podem ser compreendidos como deveres fundamentais<sup>371</sup>. Estes<sup>372</sup>, apesar do que pensam a maioria, não possuem caráter acessório aos direitos fundamentais, pelo contrário, tem categoria ou figura jurídica própria.

Mas ainda assim, os deveres fundamentais também têm expressão baseada na dignidade da pessoa humana e, portanto, constituem pressupostos da proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos. Portanto, reconduzem a um mínimo de socialidade, obrigando os contratantes a se respeitarem, não causarem danos aos outros e, portanto, tem como função garantir e promover a pessoa humana<sup>373</sup>.

---

Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico Jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio.** Texto cedido pelo autor.

<sup>370</sup> Para Magalhães “em primeiro lugar, é através de presunções que o legislador chega a determinados conceitos legais, ou melhor, ao conteúdo das normas jurídicas, conteúdo este estabelecido conforme o que habitualmente acontece, isto é, de acordo com os fatos, por final, fatos dos mais variados tipos. Além disso, ao elaborar um sistema normativo, presume também o legislador os valores imperantes em determinada sociedade e, assim, adapta, da melhor maneira possível, a norma à realidade social. É evidente que, ao colocar as normas, torna verdadeiros fatos que podem ser apenas prováveis”. É, portanto, um elemento que dispõe o legislador para instaurar a segurança jurídica. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no direito civil. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Orgs.). **Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 1324. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>371</sup> Neste sentido fundamenta o autor Duque, para o qual, atualmente, os deveres de proteção do Estado são compreendidos como deveres fundamentais. 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. 315.

<sup>372</sup> Nabais define deveres fundamentais “como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais”. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64.

<sup>373</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. *In.* **Revista de Direito do Consumidor/ vol. 94/2014p. 215/ Jul/2014.**

Esta exigência de equilíbrio se mostra nítida, especialmente nos contratos de consumo, de forma que o titular dos deveres aqui assentados é notadamente o consumidor e os destinatários são, principalmente o Estado, o qual deve observar os deveres prestacionais de boa-fé (especialmente os anexos) e o fornecedor, por meio do dever de solidariedade.

Nessa perspectiva, os deveres de proteção harmonizam a relação que Estado e o mercado devem manter para evitar o rebaixamento da qualidade do parceiro contratual, atuante tão somente no campo das necessidades. Assim, a proteção do consumidor, bem como à sua liberdade, depende de um ambiente de consumo sadio, o que apenas é obtido por uma proteção efetiva desse tipo de relação, a partir de uma legislação eficaz e bem construída.

Neste íterim, tem toda razão Martins quando assevera que “a análise conjunta do anverso (direitos) e verso (deveres) como fórmula dialógica, desnuda o transverso: coerência, unidade e inspiração do ordenamento na tutela dos vulneráveis”<sup>374</sup>. Dito de outra forma, direitos e deveres na luta pela proteção e promoção dos agentes em situação de vulnerabilidade.

Portanto, sendo à pessoa humana o centro do sistema e a dignidade o fundamento jurídico dos deveres de proteção, permite que esta teoria atue em todas as direções, independentemente do lado do qual provenha agressão, inclusive das relações privadas. Mais incisivamente deve atuar quando forem relações marcadas por uma particular fragilidade do contratante na relação contratual e seu objeto for de grande relevância à sua subsistência.

Destaca-se, assim, mais uma vez, o princípio da vulnerabilidade, como norma de proteção ensejadora do imperativo de tutela do Estado dado às frequentes lesões aos direitos fundamentais que os sujeitos mais fracos nas relações jurídicas são constantemente submetidos. Afinal, na ausência de normas que tutelem pessoas em situações de desigualdade, sobretudo, de desigualdade dado a essencialidade do objeto, o Estado ergue a vulnerabilidade ao patamar de princípio para que nas situações em que não existam leis infraconstitucionais que discipline o caso concreto o princípio possa ser utilizado como justificativa de uma decisão judicial que proteja e tutele estes contratantes.

---

<sup>374</sup> 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*/ vol. 94/2014p. 215/ Jul/2014, p.14.

Dito isso e apresentado as três teorias, conquanto outras ainda existam, vislumbra-se que elas não alcançam unanimidade na doutrina e nem na jurisprudência, haja vista serem todas passíveis de críticas bem fundamentadas. No entanto, para a escolha da melhor teoria, deixa-se a cargo do operador do direito conforme o caso concreto, de acordo com suas peculiaridades e necessidades, conforme bem dispõe Mendes<sup>375</sup>:

O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro (...). A livre manifestação de opinião e liberdade de imprensa, a liberdade de religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais.

Apesar disso, mas ainda de acordo com o caso em concreto, este trabalho prefere dar primazia às teorias da eficácia indireta ou teoria dos deveres da proteção, porquanto como já exposto outrora, estas respeitam as características próprias do direito privado e ainda fazem destas características espaço normativo de proteção da pessoa humana.

Ora, o direito privado também detém características e valores que não estão necessariamente contidos diretamente na Constituição, haja vista dizerem respeito ao seu âmbito específico de incidência, o que não quer dizer que não podem ser reconduzidos indiretamente à Constituição. Assim, embora a ordem de valores do direito privado deva se coadunar com a da Constituição, isto não significa que devem se confundir<sup>376</sup>.

O que vai de encontro com o tema proposto neste estudo, que objetiva propor uma classificação contratual que cumpra utilmente a tarefa de tutelar a dignidade humana, o mínimo existencial e os direitos fundamentais. O que significa dizer que, os contratos existenciais revelam mesmo uma intensa preocupação de tutelar a pessoa humana e seu mínimo existencial a partir de instrumentos próprios, diferente do que proclama a aplicação dos dispositivos constitucionais direta e imediatamente nas relações privadas.

Dito isso, dado que o contrato existencial enseja a aplicação dos direitos fundamentais em seu bojo, haja vista a essencialidade do objeto estar intimamente ligado à subsistência humana, o princípio da vulnerabilidade apresenta-se eficaz norma protetiva

---

<sup>375</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>376</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

do sujeito vulnerável que não tem específica tutela nas relações privadas, mas que exige proteção.

O que nos leva à conclusão de que, o critério decisivo para aplicação da teoria do efeito horizontal deve ser mesmo analisado em cada caso. Mas no que diz respeito aos contratos existenciais, os direitos fundamentais devem incidir por meio dos instrumentos privados à disposição dos direitos fundamentais, seja por meio de deveres de proteção como o princípio da vulnerabilidade, como por meio das cláusulas gerais, conceitos indeterminados e outras ferramentas da própria dogmática privatística.

Dito isso, como a classificação dos contratos em existenciais tonifica, sobretudo, dois elementos contratuais, quais sejam, o elemento subjetivo e o objeto contratado, exige-se a atuação diversa e especial das cláusulas gerais e princípios próprios em favor do vulnerável. De outra forma não poderia ser, pois as cláusulas contratuais e princípios jurídicos são responsáveis pela garantia e respeito dos direitos fundamentais dos sujeitos contratantes da relação contratual.

Nessa linha, a classificação em contratos existenciais mostra-se eficaz instrumento de proteção dos sujeitos vulneráveis nas relações contratuais, pois tendo origem na dignidade da pessoa humana e, portanto, forte influência com os direitos fundamentais, impõe a atuação dos instrumentos próprios da dogmática privatística, especialmente a partir do reconhecimento da vulnerabilidade dos contratantes de objeto essencial à subsistência humana, ampliando a proteção jurídica às situações que estiverem à margem do sistema de proteção do consumidor.

Afinal, sendo o contrato existencial oriundo de uma hermenêutica humanística, não importa de onde provenha a norma, desde que seja mais favorável às vítimas, às pessoas, aos desiguais, aos vulneráveis, aos consumidores. Daí porque estender o princípio da vulnerabilidade aonde não existem outras normas ou quando as normas existentes não oferecerem tutela suficiente aos desvantajados.

Demonstrado a íntima ligação entre os contratos existenciais e os direitos fundamentais, especialmente a partir da identificação da desigualdade no plano infraconstitucional pelo princípio da vulnerabilidade, torna-se imperioso desenvolver regras gerais para construção desta nova classificação, a fim de verificar “[...]os reflexos destas nuances especialmente no campo do estruturalismo do negócio jurídico

(existência, validade e eficácia) e a influência dos princípios na teoria geral do contrato”<sup>377</sup>.

Não precisa ir muito longe para saber que o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade na relação contratual cujo objeto contratado seja essencial à subsistência humana impõe a constatação de um dos principais reflexos: a aplicação de um regime jurídico especial e diverso para garantir a satisfação do viés existencial e qualitativo dos contratos classificados como existenciais.

---

<sup>377</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

#### 4 REVISITANDO OS ELEMENTOS DO CONTRATO A PARTIR DO CONTRATO EXISTENCIAL

Conforme abordado anteriormente, é sabido que o direito acompanha o desenvolvimento da sociedade e suas transformações, tal qual a figura do contrato, que também se transmuta conforme as peculiaridades do convívio social. A massificação e a velocidade com que as pessoas celebram contratos, somados à despersonalização do mesmo, o crescimento da internet como meio para contratações entre desconhecidos, as redes contratuais, dentre outras mudanças, demonstram que o contrato não pode mais ser visto apenas na sua concepção clássica.

Na verdade, este ambiente econômico globalizado tem mesmo por característica possibilitar o desprendimento do contrato do prévio vínculo do negócio jurídico<sup>378</sup>. Tanto é verdade que, atualmente, admite-se a concepção de relações jurídicas contratuais sem negócio jurídico fundante, desde que exista coordenação de interesses e condutas que deflagrem unidade de efeitos, sempre com vistas à função social da atividade e a boa-fé<sup>379</sup>. Em outras palavras, referem-se à possibilidade de se criar relações jurídicas contratuais por meio do que a doutrina denominou de “condutas socialmente típicas”. No entanto, o negócio jurídico ainda se mantém como legítima fonte de relações contratuais, mas não a única.

De outro lado, isto não significa que a teoria geral dos contratos ou a clássica concepção dos contratos por meio do negócio jurídico perderam importância jurídica e social. Pelo contrário, pois como no negócio jurídico confluem valores individuais e sociais, este “[...] é, ao mesmo tempo, uma categoria abstrata, fruto da razão intelectual, e um modelo concreto de comportamento, profundamente enraizado nos costumes dos povos”<sup>380</sup>.

Portanto, segundo Azevedo, erram aqueles que consideram o negócio jurídico uma figura ultrapassada, pois dado o dinamismo social e os inúmeros atos não tipificados

---

<sup>378</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>379</sup> SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

<sup>380</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599.

pelo legislador, este se mostra como bom aporte para verificação das regras gerais. Sem contar que, como o presente trabalho tem como marco teórico o presente autor, nada mais saudosista e fiel que trilhar seus caminhos para sustentar a dicotomia criada pelo mesmo, entre contratos existenciais e contratos de lucro.

Isto se impõe, pois como os contratos existenciais tratam-se de recente taxinomia e o negócio jurídico é a estrada real para o conhecimento do direito, logo, todos os atos que ainda não foram tipificados pelo legislador e que necessitam de regras gerais, devem percorrer, o trilha do negócio jurídico<sup>381</sup>. Não que todos os vínculos jurídicos decorrerão deste, mas apenas que a estrutura do negócio jurídico ainda tem grande importância para desnudar as novas perspectivas contratuais.

Contudo, é sabido que ao escolher este caminho, grande paradoxo se instala entre esta estrutura liberal e individualista, os novos princípios informadores e o ambiente globalizado que possibilita o desprendimento do contrato do prévio vínculo do negócio jurídico.

Exatamente por isto, que neste estudo não se propõe a trabalhar de forma aprofundada a teoria do negócio jurídico, exigente de cuidadosa cientificidade. Mas, tão-somente, investigar-se-á abstratamente os três planos citados, de modo a verificar se os contratos existenciais obtêm a plena realização e mudança no mundo social.

De uma forma geral, portanto, a pretensão com a verificação da teoria geral do negócio jurídico é provar que a nova taxinomia tem elementos básicos para existir, corresponde às normas do ordenamento jurídico e tem aptidão para produzir efeitos jurídicos concretos à luz do ambiente pós-moderno e influenciado pelos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, conforme se verificará.

A partir do exposto, o presente capítulo será desenvolvido em duas linhas. A primeira e principal linha envolve a análise dos contratos existenciais dentro da respectiva teoria geral dos contratos, a partir da análise dos planos do negócio jurídico de existência, validade e eficácia. Em segundo lugar, apenas para corroborar com a ideia que o plano do negócio jurídico não é o único existente a se percorrer, percorrer-se-á o caminho dos contratos realizados sem negócio jurídico fundante.

Esta opção parece adequada, pois sendo o direito produto de cada época, de um momento histórico, as transformações sociais alteram consideravelmente a consciência

---

<sup>381</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599.

jurídica e, conseqüentemente a ordem contratual, suscitando novas ideias de valor<sup>382</sup>. Dito isso, a nova dicotomia proposta em contratos existenciais merece ser analisada sob dois aportes, haja vista que ambas correspondem ao momento atual e oferecem base para seu estudo.

#### 4.1 Elementos para a existência dos contratos existenciais

O plano da existência representa algo que entrou no mundo jurídico. Exatamente este aspecto temporal o diferencia do plano da validade e da eficácia<sup>383</sup>, pois, enquanto a validade se verifica no momento da formação do negócio jurídico e a eficácia em momento posterior, a existência se dá em momento anterior a validade, haja vista que um negócio jurídico somente será válido se existir antes no mundo jurídico.

Dito isso, para que os contratos existenciais possam existir, isto é, entrar no mundo jurídico é necessário respeitar alguns elementos essenciais (sujeito, objeto, “manifestação de vontade”- vínculo) que, conforme se verificará não difere dos demais modelos constitutivos. Igualmente não se verá diferença no que diz respeito aos elementos categoriais, uma vez que esses dizem respeito à natureza jurídica de cada tipo de negócio, que pode ser locação, compra e venda, dentre outros<sup>384</sup>.

No entanto, vale ressaltar que os elementos agentes e objeto ganham certo tönus vital quando se fala em contratos existenciais, uma vez que para seu reconhecimento “[...] há o imperativo de que seja ele formulado por *agente* especificado como *pessoa natural* (ou mesmo jurídica, sem finalidade lucrativa), sendo o respectivo *objeto* caracterizado pela *subsistência* de pelo menos uma das partes”<sup>385</sup>. Em outras palavras, o “[...] *agente pessoa natural e objeto-subsistência* compreendem, respectivamente, na hipótese dos

---

<sup>382</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional- ponderação**. Direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>383</sup> Segundo Pontes de Miranda, “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia. O que não se pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser, porque não há validade, ou eficácia, do que não é”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, IV. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954, p. 15.

<sup>384</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>385</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

contratos existenciais a *ontologia negocial básica* adotada pelo recente modelo sistemático do direito: a *vida e o bem da vida* em jogo no caso concreto”<sup>386</sup>.

#### 4.1.1 Elemento Subjetivo

Conforme exposto, os contratos existenciais não diferem dos demais atos negociais no que respeita aos elementos gerais. No entanto, quanto ao elemento ‘agente’ destaca-se certa qualidade especial, pois para o reconhecimento do contrato como existencial há o imperativo de que seja ele formulado por *agente* especificado como *pessoa natural*, ou mesmo jurídica, sem finalidade lucrativa, conforme aduz Azevedo<sup>387</sup>:

Os contratos existenciais tem basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. 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. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou vida profissional.

Ademais, segundo o referido autor, os contratos existenciais ou não empresariais são aqueles “[...] firmados entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial [...]”<sup>388</sup> e todos os demais contratos cujo objeto seja necessário à sua subsistência.

Dito isso, de uma forma geral, os contratos existenciais podem envolver outros sujeitos que não apenas os consumidores de um lado e os fornecedores, de outro.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, *caput*, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Esta definição básica coloca em realce a característica da destinação

---

<sup>386</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>387</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

<sup>388</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Entrevista à RTDC. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599.

final do serviço, que permite uma pluralidade da definição de consumidor, pois considera consumidor não somente aqueles que são partes de uma relação de consumo direta, mas também toda a coletividade de pessoas (art. 2º parágrafo único); o terceiro prejudicado (art. 17), que é aquele que é atingido pelos efeitos de uma relação de consumo; e o consumidor em potencial (art. 29), aquele exposto às práticas comerciais de oferta, publicidade pelo fornecedor<sup>389</sup>.

Dado esta pluralidade, para delimitar o significado da expressão “destinatário final” e, conseqüentemente de consumidor, três correntes se firmaram: a teoria finalista, teoria maximalista e, recentemente, a teoria do “finalismo aprofundado”. Para a primeira teoria, convém interpretar a expressão “destinatário final” de maneira mais restrita, pois como o consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, é necessário delimitar quem é o consumidor que merece tutela e quem não necessita.

Logo, para esta linha, o destinatário final “[...] não basta ser o destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional [...]”<sup>390</sup>. Portanto, esta interpretação restringe o consumidor àquele não profissional que adquire determinado produto ou serviço para uso próprio ou da família.

Nesta esteira, segundo Marques, quando se restringe o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor àqueles que realmente necessitam de proteção, serão assegurados a estes uma tutela mais especial dado a sua vulnerabilidade. Caso contrário, se todos forem assim considerados consumidores, nenhum tratamento diferente poderá ser dado. Logo, “[...] o direito especial de proteção passará a ser um direito comum, que já não mais serve para equilibrar o desequilibrado. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto”.

---

<sup>389</sup> Segundo Nery Júnior, “o Código contém 4 conceitos de consumidor: a) o conceito padrão ou standard (art. 2º, caput), segundo o qual consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final; b) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, a fim de possibilitar a propositura do class action prevista no art. 81, parágrafo único, III; C) as vítimas do acidente de consumo (art. 17), a fim de que possa valer-se dos mecanismos e instrumentos do CDC na defesa de seus direitos; d) aquele que estiver exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas etc.) (art. 29)”. NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do CDC. *In.*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>390</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 303.

Por outro lado, segundo os defensores da teoria maximalista, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada da maneira mais ampla possível, para que as normas consumeristas possam atingir um maior número de relações no mercado. Assim, o consumidor deve ser visto somente como destinatário final fático, pouco importando se o consumidor é pessoa física ou jurídica, com ou sem intenção de lucro ao adquirir o produto ou utilizar o serviço.

Portanto, para esta corrente, a constatação de vulnerabilidade e hipossuficiência mostra-se prescindível para a configuração de consumidor, pois tais características não se apresentam como elementos indispensáveis para formação da figura deste sujeito constitucionalmente reconhecido.

Ademais, atualmente, ganha espaço uma terceira teoria denominada de “finalismo aprofundado”. A partir do conceito de consumidor por equiparação do art. 29, do CDC, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça construiu uma teoria finalista consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade. Isto é, este Tribunal Superior ao encampar esta ideia teve como intenção conferir “[...] proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária”<sup>391</sup>.

Em síntese, a teoria do finalismo trata-se de uma versão mais branda da primeira teoria (finalista), pois admite, em casos excepcionais, que tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas empresárias sejam consideradas consumidoras desde que verificado no caso concreto a vulnerabilidade nas relações a que estiverem inseridas.

Desenvolvidas estas três correntes e, levando em consideração ao proposto pelo idealizador da ideia de contratos existenciais, não seria possível admitir a teoria maximalista para conceituar consumidor. Afinal, seu objetivo primeiro é propor um Código para regulamentar as relações de consumo e não para proteger o agente vulnerável desta relação. Logo, não importa quem é o consumidor, basta que o ordenamento tutele o maior número de relações de consumo possíveis. Ora, o Código é do Consumidor e não do consumo, isto é, tal ordenamento foi criado para proteção deste sujeito fundamental e dotado de uma característica essencial, qual seja a vulnerabilidade e não o contrário.

---

<sup>391</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 329.

Ademais, se qualquer pessoa (física ou jurídica), com ou sem intenção de lucro, pode ser consumidor, então é possível que em ambos os polos figurem duas pessoas jurídicas com efetiva intenção de lucro. A estes contratos, no entanto, caberia a classificação em contratos de lucro<sup>392</sup>, os quais são de clara oposição aos contratos existenciais.

A teoria do finalismo aprofundado também amplia o conceito de consumidor, ainda que seja a partir da constatação da vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica frente à outra na relação jurídica. Ora, como verificamos a vulnerabilidade pode ser reconhecida de diversas formas, o que acaba por permitir que se figure em ambos os polos da relação jurídica empresários com finalidades lucrativas, o que não se encaixa à proposta dos contratos ditos existenciais. Afinal, os contratos existenciais chamam a atenção para vulnerabilidade reconhecida a partir da essencialidade do objeto contratual, já que finalidade destes não é lucrativa, isto é, ainda que tenha aspecto econômico, a finalidade é mesmo a tutela da pessoa humana e o bem da vida.

No entanto, importante ponderar que, em se tratando de pessoa jurídica empresária ou profissional que pactuam objetos relacionados à sua própria subsistência, donde flagrase grande desigualdade de posições contratuais, torna-se imperioso reconhecer sua vulnerabilidade perante a outra parte contratante, ainda que não em uma relação consumerista. Isso porque, embora o intuito do contrato para ambas as partes seja o caráter patrimonial, isto é, lucrativa, ainda assim tal patrimônio tem como finalidade preservar e promover o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa e também subsistência da família.

Não se trata de um contrassenso. Não há dúvidas que o patrimônio também pode ser utilizado como instrumento para tutela e promoção da dignidade humana e direitos fundamentais. O próprio contrato, sem perder seu cariz econômico, tornou-se meio eficaz para tanto.

Da mesma forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando considerou desigual a relação entre “[...] uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de

---

<sup>392</sup> Segundo Azevedo apud Aguiar Junior, “na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, contratos empresariais, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os contratos existenciais ou não-empresariais, firmados entre não empresários ou entre um empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12. Vol. 45. Jan./mar 2011, p.92.

*softwares*, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica”<sup>393</sup>.

Por outro lado, vale uma ressalva: ao repelir a possibilidade de uma empresa ser vulnerável frente à outra não significa que neste trabalho ignora-se a evidente desigualdade existente entre elas, e que estas também necessitam de tutela especial, como é o caso das microempresas ou empresas de pequeno porte. Mas, apenas que consumidor e pequena empresa, por exemplo, não se confundem, o fim lucrativo os divide.

Afinal, o fim lucrativo nas relações contratuais também é o ponto fundamental para afastar a aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais, pois “reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar, não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide”<sup>394</sup>.

Ademais, ainda que seja presente a mitigação da vulnerabilidade (teoria do finalismo aprofundado) para atender situações verificada no caso concreto, a tutela especial exigida ao consumidor só existe porque o consumidor é caracterizado como vulnerável nas relações contratuais no mercado.

E a vulnerabilidade nada mais é do “[...] que uma característica pré-jurídica, assim como a dignidade da pessoa humana, que sempre esteve presente na existência humana como realidade inerente”<sup>395</sup>. Sendo assim, como a vulnerabilidade é uma qualidade inerente ao ser humano, a qual se verifica quando em uma situação de desigualdade análoga a que se verifica ao consumidor, nada mais certo que restringir tal princípio a

---

<sup>393</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.010.834 - GO (2007/0283503-8); Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Ementa: Processo Civil e Consumidor. Contrato de Compra e Venda. De máquina de bordar. Fabricante. Adquirente. Vulnerabilidade. Relação De Consumo. Nulidade De Cláusula Eletiva De Foro. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial.

<sup>394</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>395</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito, p. 125.

estas particularidades, sob pena de mitigar este instrumento tão eficaz para o direito privado.

No entanto, ainda pode ser reconhecida, no caso concreto, quando se verificar, “[...] una desigualdad de recursos que el sujeto tiene para relacionarse con los demás si puede esperar o no precisa de un bien en forma urgente [...]”<sup>396</sup>, isto é, se se reconhece a essencialidade do objeto contratual para uma das partes que dele necessita para sua subsistência. Afinal, já se defendeu aqui que a essencialidade pode ser fator determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade.

Portanto, para a classificação em contratos existenciais, consideram-se consumidores aqueles que se encaixam na teoria finalista, mas levando em consideração algumas exceções ressaltadas pela teoria do finalismo aprofundado, que permite que tanto as pessoas físicas quanto jurídicas sejam assim também consideradas, desde que não visem lucro em sua atividade e que tenham como objeto contratual bens ou serviços essenciais para a própria subsistência ou de sua família.

Isto porque, destaca-se aqui aquilo que constitui a pedra de toque do sistema jurídico que é a proteção ao bem da vida e o princípio-motor da política nacional das relações de consumo que legitima toda a proteção conferida ao consumidor, qual seja a vulnerabilidade.

Logo, se o sistema do Código de Defesa do Consumidor foi construído sob a égide da vulnerabilidade, de tratamento desigual aos contratantes mais fracos da sociedade de consumo, então a expressão “destinatário final” também deve ser assim interpretada: sob a ideia de igualdade e vulnerabilidade.

No entanto, importante frisar que nem todos os contratos existenciais são contratos de consumo, logo, nem todos os sujeitos contratantes de bens e serviços essenciais são consumidores<sup>397</sup>. O que significa dizer que outra pessoa natural ou pessoa jurídica sem fim lucrativo podem contratar bens ou serviços para sua subsistência, sem que esta relação seja caracterizada como de consumo, como no contrato de locação.

Nesta linha, portanto, um dos contratantes da relação contratual pode não ser um consumidor e sim um mero civil. Mas, o civil que aqui contrata não se trata daquele em

---

<sup>396</sup> Tradução livre: “uma desigualdade de recursos que o sujeito tem para se relacionar com os demais; bem como se o sujeito pode esperar ou necessita do bem de urgente [...]”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 36.

<sup>397</sup> Apesar de se considerar que nem todos os contratos existenciais sejam de consumo, há uma forte tendência de se ampliar cada vez mais o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos antes tidos como meramente civis, como no caso do contrato de locação, de transporte, serviços prestados pela administração pública, dentre outros.

que se pressupõe igualdade ou paridade de condições do negócio jurídico celebrado, pois dado o caráter essencial do objeto contratado, àquele que dele necessita encontra-se em posição desfavorável, vulnerável quanto à outra parte.

Ora, não só no âmbito consumerista a vulnerabilidade se faz presente, mas em um contexto geral<sup>398</sup>. No Código Civil, por exemplo, a vulnerabilidade (jurídica) também é considerada, ainda que haja uma presunção de igualdade nos negócios celebrados entre dois iguais e leigos, como no caso dos defeitos quanto à vontade, da lesão (art. 157, CC), estado de perigo (art. 156, CC). Isto porque, a vulnerabilidade, na verdade, coloca em voga uma relação marcada por algum desequilíbrio entre as partes e, portanto, tem como escopo proteger o sujeito mais fraco, em desigualdade.

Dito isso, mais uma vez torna-se imperioso o papel da vulnerabilidade contemplado nos contratos existenciais. Isto porque, os contratos existenciais impõem o reconhecimento de tal princípio e, conseqüentemente, a aplicação de regime diverso e especial àquelas relações jurídicas fortemente marcadas pela desigualdade dado a essencialidade do objeto contratado à subsistência de um dos pactuantes.

Afinal, já se reconheceu que aquele que não tem suas condições mínimas garantidas, não tem autonomia, sequer dignidade. Portanto, encontra-se em posição de significativa desigualdade, razão pela qual faz-se necessário o reconhecimento da vulnerabilidade para além do âmbito consumerista.

Assim, de um modo geral, considera-se como uma das partes do contrato existencial, a pessoa natural ou pessoa jurídica sem fins lucrativos, seja ela consumidora<sup>399</sup> ou não, mas desde que em posição de desigualdade dado a dependência do bem ou serviço essencial à subsistência.

---

<sup>398</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 931. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>399</sup> Quanto aos consumidores, vale fazer uma ressalva do autor Benjamin quanto a existência de diversos tipos de consumidores. Isto porque, para este autor, “[...] a percepção de que nem todos os consumidores são iguais em suas necessidades e em suas expectativas é fundamental no contexto dos países subdesenvolvidos. Nas sociedades do Terceiro mundo existe uma situação que se denomina *dualismo* e que consiste na coexistência, no mesmo país, de dois subsistemas socio-econômicos, fundamentalmente diferentes: um setor moderno e avançado e um outro tradicional e retrógrado. O setor moderno utiliza-se de métodos avançados de produção. Seus membros, sofisticados e educados, apresentam níveis elevados de renda e consumo. Os integrantes do setor tradicional têm baixa renda, utilizam-se de métodos ultrapassados de produção e participam de uma economia de trocas, vivendo, quase sempre, ao nível da mera *subsistência*. Estes dois grupos de consumidores são econômica e socialmente diferentes e, portanto, exigem graus de proteção diferenciados. BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 937. (Coleção Doutrinas Essenciais).

De outro lado, ainda temos a figura do fornecedor- empresário que, nos contratos existenciais, são, necessariamente, aquelas pessoas físicas ou jurídicas em que se encontra em posição de poder, de dominação na relação contratual, haja vista ser o detentor do bem ou serviço essencial.

O Código de Defesa do Consumidor define fornecedor em seu art. 3º<sup>400</sup>, que considera como fornecedores todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de prestação de serviços, não importando sua relação direta ou não, contratual ou extracontratual com o consumidor<sup>401</sup>.

No entanto, segundo Marques, o Código Civil alemão incluiu em seu código geral a definição de consumidor e fornecedor, este, todavia, como empresário. Isto representa uma ampliação de tal conceito, pois a existência apenas da figura do empresário impõe um risco *ex vi lege* a mais a todos os agentes profissionais que contratam com os consumidores<sup>402</sup>.

No Brasil, a expressão “empresário” continua sendo regulada exclusivamente pelo Código Civil, o qual define, em seu art. 966, a figura do empresário como sendo aquele “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Inclusive, destaca, em seu parágrafo único que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Logo, percebe-se que o conceito de fornecedor é mais amplo e, portanto, nem sempre coincide com a definição do empresário, isto é, não se concentra na mesma figura o fornecedor e o empresário. Contudo, observa-se na jurisprudência a utilização de uma definição cada vez mais ampla de fornecedor, conectada à atividade profissional e com objetivos de lucro<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> Art. 3º, CDC define fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”

<sup>401</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 450.

<sup>402</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 425.

<sup>403</sup> Segundo o autor Bessa, o conceito de fornecedor não deve ser lido apenas conforme o caput do art. 3º, pois atualmente tem-se a figura do fornecedor equiparado, ao qual também deve se aplicar todas as disposições da Lei 8078/90. Nestes termos, “o fornecedor é visto como quem exerce a atividade especificamente regulada e não mais de modo genérico como aquele que atua profissionalmente (mediante remuneração) no mercado de consumo. Daí fica fácil perceber que a ideia da relação de consumo, baseando-se nos conceitos dos arts. 2º e 3º do CDC, não é o melhor método para identificar todas as situações de

Isto ocorre, pois cada vez mais se exige o ajuste entre fornecedor/empresário e do consumidor/civil. Na verdade, este ajuste de forças acaba por demonstrar o atual perfil do contrato na pós-modernidade, que tenta conformar a livre iniciativa com a justiça social<sup>404</sup>, enfatizando uma verdadeira ética responsável<sup>405</sup> entre os contratantes, ainda mais quando o contrato tem como objeto bens ou serviços essenciais à subsistência humana.

#### 4.1.2 Objeto essencial

Dentre os elementos constitutivos do contrato existencial, destaca-se aqui o objeto, que é a coisa ou pessoa sobre as quais a relação jurídica incide. Mais especificamente, segundo Noronha, o objeto trata-se da prestação devida, isto é, “a conduta ou comportamento do devedor, a atividade ou a abstenção de atividade que é essencial para realização do interesse do credor”<sup>406</sup>. Na doutrina muito se debate se toda prestação tem caráter patrimonial, haja vista a possibilidade de se figurar como objeto da relação jurídica certas qualidades e atributos da personalidade.

Afirma-se, frequentemente, “[...] que o objeto de uma obrigação consiste em uma prestação economicamente apreciável, portanto de caráter patrimonial. Desse modo, além de ilícito, possível, determinado ou determinável, o objeto de um negócio teria que ser patrimonial”<sup>407</sup>. Contudo, uma prestação que não tenha valor pecuniário *per se* também pode ser objeto de uma obrigação.

Nessa linha, segundo Tepedino, a personalidade pode ser considerada sob dois aspectos, quais sejam como atributos da pessoa humana que a habilita a ser sujeito de direito ou como atributos considerados como objetos da proteção pelo sistema jurídico. A pessoa considerada como sujeito de direito não pode ser objeto, mas a pessoa tida como

---

aplicação do Código de Defesa do Consumidor”. BESSA, Leonardo Roscoe. O conceito jurídico de consumidor. *In.*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 937. (Coleção Doutrinas Essenciais).

<sup>404</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>405</sup> Segundo Morin, “a consciência de responsabilidade é característica de um indivíduo-sujeito dotado de autonomia (dependente como toda autonomia). A responsabilidade contudo necessita ser irrigada pelo sentimento de solidariedade, ou seja, de pertencimento a uma comunidade. Devemos assumir a responsabilidade por nossa vida (não deixar que forças ou mecanismos anônimos dirijam o nosso destino) e em relação aos outros. MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 100.

<sup>406</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

<sup>407</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

valor, “tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que irradiam da personalidade) constituem bens jurídicos em si mesmo, dignos de tutela privilegiada”<sup>408</sup>.

Vale ressaltar, no entanto, que não se está a defender a coisificação do homem, ou o seu rebaixamento ao mesmo nível das coisas, ao considerar os seus atributos como objetos dignos de tutela. Pelo contrário, a lição de Kant, segundo o qual a pessoa difere das coisas porque estas têm preço e aquela dignidade, mais do que nunca deve ser acentuada. O que se pretende aqui é ampliar a proteção da pessoa frente ao Estado e particulares e, conseqüentemente, promover seu livre desenvolvimento.

Nestes casos, Perlingieri bem expõe que, quando o objeto de tutela é a pessoa, torna-se imprescindível reconhecer que, ao mesmo tempo em que a pessoa é sujeito titular do direito é também ponto objetivo da relação<sup>409</sup>. Afinal, a “separação entre sujeito e objeto do direito é postulado lógico quando o interesse protegido dirige-se a uma utilidade externa, tal qual ocorre nas relações jurídicas patrimoniais. Entretanto, a regra não se adapta definitivamente à categoria das relações jurídicas não-patrimoniais”<sup>410</sup>.

Neste momento, embora pareça existir uma contradição entre o caráter patrimonial e existencial das relações jurídicas, a verdade é que “[...] mesmo que se conviva em realidade jurídica vocacionada aos valores existenciais, a patrimonialidade tem importância fundamental na promoção da pessoa humana”<sup>411</sup>. Dito de outra forma, o patrimônio também é instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, tendo em vista que o objeto não é mais algo em si, pois adquire função<sup>412</sup>.

Assim, toda relação jurídica carrega em si o aspecto patrimonial, mas ainda que o seu objeto defina prestação patrimonial, isto não exclui o caráter existencial dos interesses que lhe dizem respeito<sup>413</sup>.

---

<sup>408</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. Tomo I. 4ª ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro: 2008, p. 29.

<sup>409</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Ri de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

<sup>410</sup> GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana. Apud: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. t. I. 4ª ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro: 2008, p. 33.

<sup>411</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio**. Artigo cedido pelo autor.

<sup>412</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica ao Direito Civil**: à luz do novo Código Civil Brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>413</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Denúncia vazia pode caracterizar abuso do direito de romper plano de saúde**. Consultor Jurídico – CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/garantias-consumo-denuncia-vazia-caracterizar-abuso-romper-plano-saude>. Acesso em 30 de março de 2016.

Nesta direção, dado que os contratos existenciais têm como pressuposto a dignidade humana e desenvolvimento da personalidade e seu objeto contratual versa sobre a subsistência humana, logo é nítido que além do cariz econômico pressuposto de todo contrato também são caracterizados por tutelar a pessoa e o bem da vida no caso concreto<sup>414</sup>.

De benfazeja a taxinomia proposta pela dogmática atual que compreende os contratos de atendimento à *subsistência humana* como contratos *existenciais*, na consideração de que o objeto perseguido tem em conta atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações periclitantes, acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao transporte, aos meios de comunicações e provedores virtuais, dentre outras possibilidades.

No entanto, se para uma das partes, o contrato é instrumento para a realização de interesses existenciais e para o devido desenvolvimento e, para a outra, o foco seja mesmo a relação contratual, tipicamente patrimonial, a tutela da personalidade não pode ser desconsiderada. Afinal de contas, quando a prestação nos contratos privados versa sobre a cobertura das necessidades essenciais dos utentes, o fim principal do contrato torna-se a tutela e promoção da personalidade do indivíduo humano.

Desta feita, o objeto dos contratos existenciais é mesmo bens e serviços essenciais capazes de fornecer um padrão mínimo de vida digna e o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Não que com isso o contrato tenha perdido sua natureza econômica, mas apenas que o seu objeto deu um salto qualitativo, porquanto existencial e essencial à pessoa humana.

Daí a importância de se abordar a essencialidade no próximo subtópico, haja vista ser ela a delimitação do que é verdadeiramente o objeto dos contratos existenciais.

### *3.1.2.1 Essencialidade: conteúdo vital mínimo*

Para o desenvolvimento deste subtópico, têm-se como ponto de partida as necessidades da pessoa humana e a correlata noção de essencialidade dispostos dentro e fora do ordenamento jurídico. Objetiva-se com isso, apontar indicativos da proteção da pessoa e do seu livre desenvolvimento pelo critério da essencialidade na ordem mundial

---

<sup>414</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

e no ordenamento jurídico para, conseqüentemente, construir, no âmbito do direito contratual, parâmetros para a efetiva tutela de tais interesses existenciais, em razão da função que desempenham em relação à subsistência humana.

Não se pretende com isso, no entanto, defender o contrato como protagonista para o acesso aos direitos básicos das pessoas, tampouco se pretende neste trabalho esgotar o tema ou definir o conteúdo da essencialidade, mas apenas traçar alguns caminhos jurídicos que auxiliam na compreensão da essencialidade e que também corroboram para a ideia de que o contrato, assim como outros institutos, tem o dever de promover uma tutela especial e privilegiada quando seu conteúdo tratar de bens essenciais à existência humana.

Nesse percurso, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que define, em seu art. XXV, o que seria um padrão de vida digna<sup>415</sup>. Na mesma linha, o art. 7º, IV, da Constituição Federal, refere-se ao salário mínimo e sua capacidade de satisfazer as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e sua família, tais como “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

No âmbito do direito civil, o bem de família<sup>416</sup> e a obrigação de prestar alimentos é também indicativo do valor atribuído pelo direito civil à satisfação das necessidades básicas da pessoa, tendo em vista que o inadimplemento desta obrigação pode levar à prisão do devedor. Da mesma forma, o art. 1.175 do Código Civil que declara nula a doação quando feita sem reservas de bens ou de renda suficiente para a subsistência do doador. O que significa dizer que o doador pode dispor de seus bens, mas não de si mesmo, afinal, a doação total dos bens implicaria colocar em risco a sua própria subsistência.

---

<sup>415</sup> “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

<sup>416</sup> Art. 1.715, CC: “O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz”.

Art. 1º, Lei n. 8.009/1990: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Não se pode esquecer também as intensas manifestações doutrinárias para solucionar o superendividamento, o qual “[...] configura-se na expansão do acesso ao crédito à grande massa de pessoas carentes e sua inserção no mercado financeiro para solução de suas necessidades básicas (de locomoção, habitação, vestuário etc.) [...]”<sup>417</sup>.

Em matéria de serviços essenciais, a Lei 7.783/89 que retrata sobre o exercício do direito de greve, dispõe em seu art. 10, os serviços ou atividades consideradas essenciais, tais como “tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo [...]” dentre outros.

No mesmo sentido, o art. 76, inciso V do Código de Defesa do Consumidor indica os alimentos e medicamentos como produtos essenciais. Tais serviços, haja vista sua essencialidade devem ser contínuos, sob pena de provocarem riscos irreparáveis à quem deles depender, conforme dispõe o art. 22, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o Código Tributário adota a essencialidade do bem como critério de tributação sobre produtos industrializados, conforme art. 153, §3º da Constituição Federal, bem como dos impostos estaduais incidentes sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, de acordo com o art. 155, §2º, III, da Constituição Federal. O que significa dizer que, quanto mais as mercadorias sejam imprescindíveis para a pessoa, menores devem ser os impostos incidentes sobre elas.

De um modo geral, portanto, não há dúvidas que, as necessidades básicas têm seu conteúdo abstraído dos direitos fundamentais e da dignidade humana<sup>418</sup> e, portanto, contornos que superam o mínimo vital, haja vista a própria complexidade da existência humana, que vai muito além de apenas sobreviver.

---

<sup>417</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251.

<sup>418</sup> Segundo Sarlet, a doutrina majoritária tem entendido que o núcleo em dignidade humana constitui o conteúdo indisponível dos direitos fundamentais mesmo para o próprio titular do direito, gerando inclusive um dever estatal de proteção da pessoa contra si mesma, nas hipóteses em que estiver havendo uma evidente violação deste núcleo em dignidade. Assim, o mínimo existencial no que diz com a garantia das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais [...]. SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas. *In.*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 353.

No entanto, a falta de parâmetro legal ou previsão no âmbito contratual desta especial tutela dado a pessoa quando em relação às suas necessidades existenciais, dificulta sua garantia e aplicação neste setor por parte dos intérpretes do direito. Exatamente por isto, a autora Tereza Negreiros desenvolveu o “paradigma da essencialidade”<sup>419</sup> como parâmetro para distinguir os contratos à luz das funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante, tendo como base a destinação do bem.

A destinação do bem é vista a partir da utilidade do bem com relação à pessoa, isto é, à medida da utilidade existencial do bem ou do serviço contratado para a subsistência e livre desenvolvimento da pessoa humana. O que equivale a dizer que a essencialidade associa-se à ideia de conservação da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, como a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana envolve a proteção de um mínimo para existência digna, então não há uma forma apriorística ou taxativa de posições subjetivas negativas ou positivas correspondentes a este mínimo<sup>420</sup>, figurando como verdadeiro instrumento de tutela e promoção da pessoa humana.

Na verdade, as necessidades básicas não são “[...] algo que possa ser definido abstratamente, tendo em vista que se encontra em conexão vital com outros elementos que são caros ao ser humano, como a vida, saúde”<sup>421</sup>, dentre outros. Da mesma forma, não pode ser formulado de maneira universal, visto que dependem das condições de cada sociedade, de cada tempo.

Ademais, como a existência tem amparo na garantia da preservação da dignidade humana, sustenta-se a existência de um direito fundamental à garantia de um padrão mínimo de vida digna, o qual pode ter diversas respostas no momento de sua concreção. E, sobre o conteúdo mínimo desse direito fundamental, Lorenzetti tece algumas considerações:

O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais pode ser revelado perguntando-se sobre quais condições sociais são necessárias para tornar possível que as pessoas realizem sua ideia do bem, assim como desenvolvam e exerçam suas capacidades morais. O indivíduo necessita de alguns bens dessa natureza para

---

<sup>419</sup> NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>420</sup> Embora não exista uma resposta fechada, existem parâmetros mínimos muito claros, sendo certo que, na ausência de critério interno legal, o juiz brasileiro pode se socorrer de parâmetros internacionais, suprindo a própria legislação interna, como no caso do direito à saúde em que a ONU traça algumas características principais.

<sup>421</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 264.

atuar minimamente em sociedade, como, por exemplo, o acesso à liberdade, ao trabalho, à moradia, à educação e à saúde. Trata-se de bens que fazem a qualidade humana, e o direito, como organização social e econômica, serve ao homem. Se existe uma concepção personalista do ordenamento jurídico, esses bens devem ser garantidos, posto que, do contrário, não caberia falar em pessoa. Por essa razão pode ser afirmado que esses bens fundamentais são um mínimo social, uma base que faz o bom funcionamento da organização humana e que lhe permite seguir sendo assim denominada.<sup>422</sup>

Por isso, o que compõe as necessidades básicas, na verdade, reclama uma análise à luz das necessidades de cada um e de seu núcleo familiar. Isto porque, como a pessoa é um valor e está na base de várias situações existenciais, “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas”<sup>423</sup>, mas fundadas na existência e no seu livre desenvolvimento.

Em outras palavras, o critério da essencialidade desenvolvido bem à luz da utilidade do bem ou serviço avaliada em relação à pessoa, constitui caminho para buscar soluções no caso concreto. Não que os parâmetros abordados sobre necessidades básicas e serviços essenciais não tenham importância para as relações contratuais, mas é que o esforço classificatório em contratos existenciais mostra-se relevante, primeiro porque serve de base fundante para os aplicadores do direito e, segundo porque leva em consideração as circunstâncias específicas, próprias da relação contratual em concreto<sup>424</sup>.

Ora, não há como saber previamente o compõe o mínimo existencial com relação ao direito à moradia, quais os bens indispensáveis para o desenvolvimento da família, tampouco o que integra o mínimo existencial em relação à saúde<sup>425</sup>. Ainda assim, parece possível determinar que certos bens ou serviços são essenciais por natureza na medida em se demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para uma vida humana digna, como a alimentação, educação, vestuário e saúde<sup>426</sup>.

No entanto, ao propor a classificação em contratos existenciais ou contratos de lucro, tal proposição doutrinária objetivou iluminar aquele que deve tomar a decisão, pois

<sup>422</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial** – fundamentos de direito. 2 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 133.

<sup>423</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Ri de Janeiro: Renovar, 2008, p. 765.

<sup>424</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 459.

<sup>425</sup> HONÓRIO, Cláudia. Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros. **Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: 2009, p. 278. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf;jsessionid=53098DE578185E7D63A2B8E7AE10AF93?sequence=1>. Acesso em: 25 de janeiro de 2016.

<sup>426</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 405.

reconduz “[...] a modelos pré-determinados o apelo a certos valores, o que confere segurança, certeza e legitimidade à atividade decisória”<sup>427</sup>. Tem a mesma função o paradigma da essencialidade, pois as classificações propostas por este paradigma constituem-se uma espécie de etiqueta capaz de dar forma jurídica às necessidades sociais.

Para tanto, a autora Negreiros elencou a destinação dos bens e serviços essenciais às necessidades da pessoa como dado decisivo na avaliação da importância para a pessoa que dele se utiliza, separando os contratos com interesses extrapatrimoniais dos contratos com interesses patrimoniais.

Afinal, a destinação do bem ou serviço objetos do contrato é elemento-chave na determinação do poder negocial dos contratantes, razão pela qual deve ser levado em consideração na solução do conflito entre tais interesses<sup>428</sup>.

Em adição a este critério, chama-se também para auxiliar no caso concreto a racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade como constantes argumentativas para a individualização de certas necessidades essenciais à pessoa humana. Afinal, deve-se “[...] individualizar a normativa mais adequada e mais compatível com os interesses e os valores em jogo”<sup>429</sup>.

Tanto é que “em casos tais, o atributo econômico exigente a qualquer contrato pode sofrer ponderações razoáveis frente ao valor da vida humana”<sup>430</sup>.

Sem contar que, dado a conexão entre a essencialidade e a dignidade da pessoa humana, as necessidades humanas devem ser compreendidas em consonância com os demais valores do ordenamento jurídico.

Dito isso, a essencialidade, portanto, é critério a ser verificado em todas as relações jurídicas, inclusive nas consumeristas. Isto decorre pois, uma coisa são os

---

<sup>427</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 341-342.

<sup>428</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453.

<sup>429</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 72.

<sup>430</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - AgRg no REsp: 1253696 SP 2011/0108765-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/08/2011, T4 – Quarta turma, Data de Publicação: DJe 24/08/2011). Ementa. Agravo Regimental. Responsabilidade Civil. Plano de saúde. Recusa injustificada de cobertura de tratamento médico. Descumprimento de norma contratual a gerar dano moral indenizável. Ausência de comprovação acerca da não aprovação do medicamento pela Anvisa. Agravo Regimental não provido. 1. A recusa injustificada de plano de saúde para cobertura de procedimento médico a associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes. 2. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada. 3. Agravo regimental não provido.

produtos ou serviços adquiridos ou usufruídos serem essenciais outra coisa são os decorrentes de puro consumismo, decorrentes da publicidade em massa e da condição de consumidores impostas pela atual sociedade.

Nesta linha, como bem exemplifica Negreiros, uma coisa é o contrato de compra e venda de um litro de leite, outra coisa totalmente diversa é o contrato de compra e venda de uma joia<sup>431</sup>. Ora, ainda que ambos, no caso concreto, possam ser verificados como uma relação de compra e venda e ainda como uma relação de consumo, é possível distinguir a essencialidade do objeto para subsistência humana.

No caso dos contratos de consumo, vale ainda fazer uma ressalva, pois nestas relações a essencialidade não constitui critério para reconhecimento da vulnerabilidade dos sujeitos, afinal, já existe a presunção legal absoluta que todos os consumidores são vulneráveis. No entanto, a essencialidade auxilia na constatação da utilidade existencial do objeto contratado, especialmente porque, na atual sociedade de consumo, onde somos todos pressionados a consumir mais e mais, sob pena de exclusão e marginalização social, é preciso distinguir o consumismo do consumerismo, isto é, entre o que realmente é necessário consumir, pois indispensável à sobrevivência da pessoa humana daquilo que foi imposto pela sociedade de consumo como essencial ao homem.

Afinal de contas, “não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e simultaneamente oferece o meio de satisfazê-las”<sup>432</sup>.

Esposado tais argumentos, imperioso ressaltar que não se está querendo aqui mitigar o reconhecimento da vulnerabilidade aos consumidores, tampouco negar sua existência. Menos ainda descaracterizar os consumidores, já que a essencialidade não é critério subjetivo relacionado ao sujeito especial constitucionalmente reconhecido.

O que se pretendeu foi analisar o que vem a ser a essencialidade do objeto contratual para que esta possa ser utilizada como critério apto a fundamentar a aplicação de um regime jurídico diverso e especial a estes contratos que trazem em seu bojo tais bens ou serviços vitais. No caso dos contratos consumeristas, o objetivo da adoção deste critério não é o de criar uma outra situação de hipervulnerabilidade<sup>433</sup>, pois tal termo é

---

<sup>431</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Prefácio.

<sup>432</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 400.

<sup>433</sup> Segundo Marques e Miragem “A hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo

adotado quando se tem a acumulação de características pessoais do sujeito consumidor (idoso e consumidor; criança e consumidor, etc.), mas sim estender a maior proteção que lhes são proporcionados, digo, a tutela especial que lhe são conferidos é análoga ao que se pretende aos contratos existenciais.

#### 4.1.3 Vínculo jurídico: para além da declaração de vontade

O vínculo jurídico constitui-se, segundo Noronha, como o “[...] conjunto de direitos subjetivos e de deveres jurídicos, ou melhor, de direitos subjetivos e potestativos, deveres, ônus, sujeições que integram a obrigação”<sup>434</sup>. Dentre as diversas fontes para formação deste vínculo, citar-se-á, a título de exemplo e sem pretensão de esgotar o tema, o fato jurídico, ato-fato, negócio jurídico e “conduta social típica”.

Isto pois, conforme dito, as relações jurídicas atuais podem ser formadas obedecendo a estrutura do negócio jurídico ou sem o negócio jurídico como elemento fundante. Logo, abordar-se-á tanto um quanto o outro, tendo em vista que a própria classificação em contratos existenciais exige tal pluralidade.

Dito isso, o fato jurídico, de acordo com Perlingieri, pode ser definido “[...] como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento a ter relevância jurídica”<sup>435</sup>, sendo o fato, portanto, a própria atuação da norma. Da mesma forma, Miranda define o fato jurídico como “fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane eficácia jurídica”<sup>436</sup>.

Em outras palavras, entende-se que o fato, para qualificar-se como jurídico, é necessário que corresponda a uma previsão normativa e que produza efeitos jurídicos, seja criando, modificando, conservando ou extinguindo relações jurídicas. Nessa linha, os fatos jurídicos são eventos que decorrem tanto da vontade humana quanto da própria natureza.

---

com o Estatuto do Idoso e da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação (assim caso do Glúten e sobre informações na bula de remédios). MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

<sup>434</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-36.

<sup>435</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 89.

<sup>436</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, I. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954, p. 77.

Dos fatos jurídicos decorrentes da vontade humana e cujos efeitos muito interessam ao mundo jurídico, extrai-se o negócio jurídico que, segundo Azevedo, constitui “[...] todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”<sup>437</sup>.

Nessa linha, vislumbra-se que o vínculo decorrente do negócio jurídico é ato de autonomia privada, em que “as pessoas têm a possibilidade de declarar as suas vontades, auto-regulamentando os seus interesses, dando conteúdo normativo, força normativa ao que preceituam”<sup>438</sup>.

Dentro desta perspectiva, destacam-se os contratos como espécies dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, mas que do negócio jurídico se diferenciam, pois na formação dos contratos é essencial o encontro de duas ou mais vontades. Nesta seara, segundo Diniz, o contrato pode ser conceituado como “[...] acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”<sup>439</sup>.

No entanto, é preciso ressaltar que, apesar da declaração da vontade (humana) ser marca registrada e imprescindível para caracterização do negócio jurídico, esta não mais assume caráter absoluto para definir a natureza contratual de uma relação jurídica. Explico melhor: dado a dinamicidade social o contrato deve passar a ser entendido em caráter objetivo, como atividade, de modo que as condições do tráfego social tornam-se os responsáveis por definir os contornos contratuais da relação jurídica contratual e não mais o aspecto subjetivo da vontade por seus participantes<sup>440</sup>.

O fato constitutivo destas relações jurídicas contratuais vistas sob o aspecto objetivo, portanto, leva em consideração o contato social estabelecido entre as partes, isto é, de um complexo de circunstâncias e comportamentos entre estes participantes. Visto

---

<sup>437</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 20.

<sup>438</sup> VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 10

<sup>439</sup> DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. Vol. 1. 5ª ed. rev., ampl. e atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

<sup>440</sup> SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

sob este ponto, é possível dizer que tais condutas sociais não derivam de um contrato classicamente conceituado (elemento volitivo), tampouco de um negócio jurídico.

Na medida em que o conceito de negócio jurídico está atrelado à declaração de vontade, não mais é possível definir contratos apenas como negócios jurídicos bilaterais pautados na vinculação volitiva das partes. Pois se assim fosse, “[...] como reconhecer a expressão de vontade do consumidor que recebe, em sua casa, serviços públicos de energia elétrica e de esgoto mesmo sem jamais ter formalizado, efetivamente qualquer tipo de negociação com o Poder Público?”<sup>441</sup>

Como no caso da publicidade que, tem relevância jurídica em três situações, sendo uma delas, como contato social:

Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância jurídica basicamente em três situações: A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das duas figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira quando, quando se apresenta como espécie de *contato social de consumo*, na qual embora não encerrando os requisitos de um negócio jurídico unilateral de oferta, divulga informação capaz de gerar nos consumidores em geral, ou em algum individualmente, expectativas legítimas que, em face da tutela da confiança e do princípio da boa-fé objetiva que fundamenta o CDC, determinam igualmente a eficácia vinculativa do fornecedor.

Ainda a título de exemplo de condutas socialmente típicas que dá ensejo a um vínculo obrigacional é o caso do transporte coletivo público, pois o simples ingresso no veículo para transporte que realiza a prestação caracteriza manifestação de vontade, visando à aquisição do serviço de transporte<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

<sup>442</sup> Segundo Larenz, “[...] a observação de que na moderna circulação de bens em massa diversas prestações do mesmo tipo, especialmente prestações de transporte, são oferecidas publicamente de forma que qualquer um pode e tem a permissão de fazer uso de fato da prestação, sem que se espere uma conclusão prévia do contrato, um acordo expresso ou mesmo “tácito” sobre a prestação e preço. Uma vez que essas prestações de serviços são realizadas, de acordo com o costume do tráfego, apenas mediante remuneração, o tráfego espera que o usuário, mesmo que não dê uma declaração de vontade correspondente, seja obrigada ao pagamento – normal ou tarifado – da remuneração”. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamentos social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. 3 V. 2 N. 1 | P. 055 - 064 | JAN-JUN 2006, P. 58. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_03\\_p055\\_064.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p055_064.pdf). Acesso em 04/01/16.

Assim, visualiza-se que “[...] determinadas condutas humanas, porque relevantes à sociedade e porque vinculantes a outros sujeitos, carregam em si carga axiológica (reconhecida pelo próprio ordenamento) suficiente a constituir vínculos de natureza contratual”<sup>443</sup>. O que implica em dizer que as relações contratuais tanto podem derivar de negócio jurídico quanto de condutas socialmente típicas, a qual se atribui efeitos jurídicos.

O reconhecimento de tais comportamentos socialmente típicos “[...] trata-se de uma criação nova devida à moderna circulação de bens em massa, mas que permanece, sem problemas, sobre as bases do nosso ordenamento jurídico privado”<sup>444</sup>.

A justificativa para esse reconhecimento de tais condutas como fonte obrigacional dos contratos fáticos está, portanto, na relevância e nos efeitos do próprio contato social, os quais são confirmados pelo ordenamento jurídico. No entanto, para tanto, “é preciso que haja a confluência de condutas em um campo propício à consolidação de um contrato propriamente dito, mesmo que não haja vontade direcionada a tal propósito”<sup>445</sup>.

Ademais, quando se fala em contrato sem negócio jurídico, imperioso ressaltar os atos-fatos, os quais são fatos jurídicos decorrentes de uma ação humana, mas que a manifestação de vontade não se mostra relevante para edificar uma relação jurídica. Em outras palavras, há fatos jurídicos que não interessam vontade, tais como os atos-fatos jurídicos<sup>446</sup>, que, embora os elementos vontade e a participação humana sejam elementos constitutivos da relação, mostram-se irrelevantes para a composição do suporte fático.

Este ato jurídico é, portanto, um ato tratado pelo direito como ato-fato conceituado por Miranda como “[...] atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo da vontade, aptos, ou não a serem suportes fáticos de regras

---

<sup>443</sup> SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

<sup>444</sup> LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamentos social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. 3 V. 2 N. 1 | P. 055 - 064 | JAN-JUN 2006, p. 61. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_03\\_p055\\_064.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p055_064.pdf). Acesso em 04 de janeiro de 2016.

<sup>445</sup> SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

<sup>446</sup> Couto e Silva entende que a categoria do contato social deveria ser, forçosamente a de ato-fato. COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 76.

jurídicas”<sup>447</sup>. Nessa linha, a vontade não é causa destes atos jurídicos, mas a regra jurídica incide sobre eles, sem mesmo haver declarações ou manifestações de vontade.

Portanto, nem todas as relações contratuais travadas entre particulares tem como vínculo o negócio jurídico em sua estrutura formal. Na verdade, muito embora a maioria ainda seja fundada na autonomia da vontade, esta tem se mostrado insuficiente para conceituar e contornar as relações jurídicas contratuais atuais.

Dito isso, sendo os contratos existenciais uma classificação cuja origem é pós-moderna e fruto de toda esta dinamicidade social, é óbvio que as relações contratuais que podem ser assim classificadas não têm seu vínculo jurídico restrito ao conceito do negócio jurídico bilateral ou plurilateral, isto é, ao elemento subjetivo da vontade.

Afinal, é inegável o sem número de relações contratuais que podem ser classificadas em existenciais que não estão vinculadas à estrutura do negócio jurídico, tais como as relações decorrentes de deveres inerentes à prestação de bens e serviços essenciais, como água, energia elétrica, gás, transporte coletivo.

Não há dúvidas da imprescindibilidade destes “objetos contratuais” para a manutenção de uma vida digna e sua essencialidade para o desenvolvimento da personalidade da pessoa. Dito isso, não é porque tais condutas não tem o aspecto volitivo negocial que não podem ser tratados como um contrato, tendo em vista os efeitos que destas condutas decorrem, como o pagamento pelo serviço.

O fornecimento de energia elétrica e de tratamento de esgoto, por exemplo, como puros tipos de serviços públicos, não é formalmente contratado. Faticamente, prestam-se os serviços, para que, em contraprestação, se pague o valor a eles correspondente. A mera ausência de contratação formal não exime este pagamento, da mesma forma que reclama uma prestação satisfatória dos serviços. Exatamente por isso, reconhece-se a natureza contratual do vínculo mantido entre os partícipes desta relação, adjetivado pelo aspecto fático, eis que ausente a vontade qualificada à celebração do liame negocial<sup>448</sup>.

Dito isso, dado a dinamicidade das transformações sociais e todo o contexto pós-moderno, não se rejeita o reconhecimento de contratos sem negócio jurídico como fonte de uma relação contratual, cuja noção é desvinculada da vontade e da intenção dos

---

<sup>447</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, I. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954, p. 83.

<sup>448</sup> SIRENA, Hugo Cremones. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 193-239, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

contratantes. Na verdade entende-se que a classificação em contratos existenciais não exige tal manifestação de vontade para sua configuração, pois o tónus reside mesmo é na pessoa natural e no objeto essencial à sua subsistência. Mas entende ser estrutura importante para a construção de regras gerais capazes de auxiliarem o juiz em circunstâncias específicas.

#### 4.1.4 Garantia: para além das garantias reais e fidejussórias

Dentre os elementos que formam uma relação jurídica, destaca-se ainda garantia, a qual segundo o autor Noronha “[...] consiste nos meios coercitivos organizados pelo poder estatal para assegurar a realização efetiva do direito”<sup>449</sup>.

Inicialmente, a garantia do cumprimento das relações jurídicas estava vinculada à vida e à liberdade dos devedores. Ou seja, tratava-se de uma garantia ligada à pessoa do devedor, cujo inadimplemento da obrigação dava ensejo a execução do mesmo.

Hodiernamente, no entanto, não mais se aceita tal atitude, pois conforme bem colocou o Ministro Cesar Peluso no Recurso Extraordinário nº 466343 “não é possível conceder o corpo humano como passível de experimentos normativos no sentido de que se torne objeto de técnicas de coerção para cumprimento de obrigações estritamente patrimoniais”<sup>450</sup>.

Afinal, “[...] el acreedor tiene derecho ‘a’ la prestación (a recibirla), mas no que tenga derecho ‘sobre’ la prestación (como lo tiene el propietario sobre la cosa) y que su derecho se dirige contra el deudor, pero no es un derecho sobre la persona de si mismo [...]”<sup>451</sup>. O que significa dizer que o devedor tem direito de receber à prestação do devedor e não que a sua pessoa seja modo de adimplemento desta obrigação, afinal a pessoa não pode ser tida como objeto, haja vista ser dotada de dignidade.

A partir disso, o Código Civil instituiu duas formas de garantia cujo objeto de ambas recai sobre bens patrimoniais, quais sejam as garantias reais e fidejussórias ou pessoais. As garantias pessoais são aquelas em que terceira pessoa, alheia a relação

---

<sup>449</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

<sup>450</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator: Min. Cesar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 05 de agosto de 2015.

<sup>451</sup> Tradução livre: O credor tem direito de receber a prestação e não que tenha direito sobre a prestação, (como tem o proprietário da coisa), pois seu direito se dirige contra o devedor, mas não é um direito sobre a pessoa do devedor. KANT, Immanuel. *In: Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito*. MORRIS, Clarence (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 242.

principal, se corresponsabiliza pelo adimplemento da obrigação, isto é, em caso de descumprimento da obrigação, tem-se duas massas patrimoniais para garantir a realização da obrigação contratual, como nos casos de fiança e aval. Já a garantia real trata-se da “[...] atribuição ao credor do direito de se fazer pagar, com preferência aos demais credores, pelo produto da execução de certos e determinados bens, que podem ser do próprio devedor ou de terceira pessoa”<sup>452</sup>, tal como hipoteca, penhor, dentre outros.

No entanto, atualmente, muito mais do que garantias reais e fidejussórias para o adimplemento da obrigação deve ser dado outros meios para garantir o cumprimento do avençado, pois dado o nível de consumo, tanto os bens quanto os serviços essenciais tornaram-se também objetos contratuais, de modo que tal adimplemento tornou-se imprescindível pra parte daquele que depende de tais bens/serviços. Por outro lado, dado ainda o contexto da economia de escala como é a que se observa nos contratos atuais em massa, a opção pelo descumprimento da obrigação tornou-se, muitas vezes, economicamente mais vantajoso ao fornecedor-devedor do que o próprio cumprimento da obrigação. Isto fica claro, diante dos inúmeros casos julgados pelos Tribunais de Justiça em que se vê que os planos de saúde preferem não cumprir o contrato a ter que custear determinados tratamentos ou medicamentos<sup>453</sup>.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor conferiu uma ampla proteção normativa (através de regras materiais e processuais), proteção administrativa e proteção jurisdicional ao consumidor, ainda mais levando em consideração seu caráter fundamental e o reconhecimento de sua vulnerabilidade. Isto é, tal ordenamento

---

<sup>452</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

<sup>453</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: [1.0024.14.117846-7/001](#); Relator: Roberto Vasconcelos; DJ. 01/03/2016; DP: 04/03/2015. Ementa: Apelação Cível - Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com pedido de tutela antecipada - Contrato de plano de saúde - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Negativa de cobertura de fornecimento de medicação ao tratamento de quimioterapia - Imprescindibilidade do tratamento- dignidade da pessoa humana. 1) Restando consignado no contrato firmado com a operadora de plano de saúde a cobertura de atendimento ao câncer, com expressa previsão de assistência para quimioterapia e radioterapia, não pode a mesma avença limitar as alternativas possíveis de tratamento, pela alegação de que o tratamento é experimental, especialmente quando o fármaco está registrado na ANVISA, sob pena de se frustrar o objeto do contrato, principalmente quando estiver em risco a vida do paciente portador de neoplasia maligna. 2) A dignidade da pessoa constitui valor inerente à própria natureza humana e deve receber proteção incondicional do Estado, por ser anterior ao Direito e à própria sociedade. 3) Demonstrado que a medicação solicitada e indicada pelo médico responsável integra o próprio tratamento do câncer que acomete o beneficiário, bem como diante da constatação do registro do medicamento na ANVISA, com expressa previsão contratual de assistência prestada para quimioterapia e radioterapia, inegável que seu fornecimento deve ser suportado pela parte Ré.

consumerista confere a estes sujeitos vulneráveis outros meios processuais<sup>454</sup> e jurisdicionais idôneos que atuam como garantia para o cumprimento da obrigação.

Afinal, em um ambiente onde tudo se contrata, até mesmo bens e serviços essenciais, aos agentes mais fracos da relação jurídica devem ser dados meios que permitam a obtenção de um resultado concreto no interesse do consumidor. Há nesse sentido, a possibilidade de combinação de diversos pedidos, como os de natureza mandamental, cominatória, cautelares, condenatórios.

Dentre os diversos meios para a tutela dos consumidores, destaca-se a do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, destinado à tutela das obrigações de fazer e não fazer relativamente ao cumprimento dos deveres legais e contratuais por parte dos fornecedores. Assim, por exemplo, “[...] o cumprimento específico da oferta, previsto no art. 35, com a correspondente entrega do produto ou prestação do serviço, conforme anunciado”<sup>455</sup> ou impedir “[...] a inscrição indevida do consumidor nos bancos de dados de informações negativas”<sup>456</sup>.

Da mesma forma, tal preceito ainda encontra consonância com o art. 461 do Código Processo Civil, cujo objetivo de ambos é assegurar efetivamente o resultado prático das obrigações, sem se limitar à resolução de perdas e danos, afinal de contas, em contratos cujo bem seja essencial à subsistência humana, o incumprimento do contrato consiste na própria inutilidade do mesmo.

Da leitura destes dispositivos, observa-se a prevalência de assegurar o cumprimento específico da obrigação, de forma que a simples responsabilidade por perdas e danos só ocorre se assim o consumidor-credor optar, ou se impossível a tutela específica ou outro resultado equivalente. Isto inclusive, nem precisaria estar expresso, pois deriva do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, conforme preceitua Marinoni<sup>457</sup>:

---

<sup>454</sup> Art. 83, Código de Defesa do Consumidor: Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

<sup>455</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 1096.

<sup>456</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p. 1096.

<sup>457</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. Academia Brasileira de Direito Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

Aliás, a prioridade do ressarcimento na forma específica nem mesmo precisaria estar previsto na lei, uma vez que é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. De modo que, ainda que nada estivesse presente na lei quanto à forma de ressarcimento, ao lesado sempre deveria se dar a opção do ressarcimento na forma específica, a qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, mas sim obrigação, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação em natura.

Esta alternativa mostra-se preferível, pois afasta e remove integralmente o dano real ou concreto, reconstitui o estado de coisas anterior à lesão, reestabelece a situação jurídica e ainda torna possível o efetivo desenvolvimento da pessoa humana a partir do adimplemento da obrigação.

Portanto, é de se perceber que tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor superaram a ideia de uma função repressora e patrimonialista do adimplemento da obrigação, pois possuem igualmente uma função promocional, responsável por atender e proteger os consumidores- credores especialmente nas situações existenciais da pessoa humana.

Tal é esse giro axiomático que, exatamente com esta pretensão em conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos de conteúdo não patrimonial, bem como em dar efetividade ao expresso direito básico do consumidor em poder atuar preventivamente (art. 6º, VI), aponta-se ainda as tutelas inibitórias<sup>458</sup> como instrumentos eficientes para repelir qualquer eventualidade da mitigação da órbita humana<sup>459</sup>.

Isso porque, em matéria de direitos, ainda mais fundamentais, cuida-se de conceber instrumentos que permitam prevenir antes que o dano se produza. Se assim não fosse, as “[...] normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais,

---

<sup>458</sup> Sobre a tutela inibitória, Marinoni destaca: “A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo. Além disso, essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do dano, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito). Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos. MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. Academia Brasileira de Direito Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 03 de dezembro de 2015.

<sup>459</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção da pessoa: empoderamento humano na concretude novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano”<sup>460</sup>.

Assim, como os contratos existenciais envolvem bens e serviços essenciais, não se pode correr o risco de um dos contratantes ficar sem o cumprimento de tal prestação, sob pena da subsistência da pessoa ficar comprometida e sua dignidade mitigada. Daí a razão pela qual se faz imprescindível a obrigação de fazer ou não fazer, bem como a atuação preventiva, pois ainda que o contratante seja indenizado por este ato posteriormente, dado o caráter qualitativo-essencial do objeto, o incumprimento pelo empresário de tal obrigação importaria na própria inutilidade do avençado.

A corroborar com esta perspectiva, Pacheco e Martins menciona trecho de acórdão do Tribunal de São Paulo de quanto à negativa de atendimento pelo plano de saúde ao consumidor em estado de urgência:

Seria fraqueza de espírito insistir em que, se este ou aquele fica durante largo tempo e de modo absoluto, privado do custeio das despesas necessárias a tratamento de situação crítica, ou de necessidade aguda, que, por definição, lhe ameace a sobrevivência, então está comprometido, do ângulo de seus interesses, o próprio objeto da tutela contratual, porque submete a risco insuportável a vida mesma. Esse risco perverso tornaria despropositada e absurda a persistência do contrato, porque, tendo este por escopo último socorrer, dentro de certos limites, a saúde do aderente e dos agregados, condená-los-ia contraditoriamente, com a recusa possível da assistência médico-hospitalar, a morte certa ou provável, a menos que, a despeito de adimplemento do prêmio, dispusessem de recursos cuja posse os dispensaria da necessidade de ajustar o contrato. <sup>461</sup>

Nessa linha, percebe-se ainda que o próprio nascedouro do contrato existencial por si só é uma garantia: a garantia de fazer valer a existência (digna) da pessoa. Afinal, qual o sentido de existir se não se tem meios que possibilitem o livre desenvolvimento da pessoa e garanta sua primazia frente aos aspectos patrimoniais?

Dito isso, o contrato existencial ao reconhecer a essencialidade do objeto em voga, bem como a vulnerabilidade daquele que do bem ou serviço vital dependa, confere a aplicação de um regime especial e qualificado, a partir da aplicação de normas favoráveis à pessoa humana.

---

<sup>460</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. Academia Brasileira de Direito Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

<sup>461</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 100.872-4/2-00. Relator: Cezar Peluso.

Constitui, portanto, propriamente uma garantia para o adimplemento da obrigação, pois ao mesmo tempo em que se trata de um patrimônio mínimo consoante parâmetros para uma vida digna e do qual a pessoa humana não pode ser expropriada ou despossada, isto é, uma garantia a esta imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior a qualquer interesse do credor<sup>462</sup>, também é mecanismo eficiente para lográ-lo.

Dito isso, presentes até aqui todos os elementos de existência de uma relação obrigacional, o próximo passo é verificar se tal tem validade na ordem jurídica, isto é, se é compatível com o ordenamento jurídico.

## 4.2 Validade

Para que o negócio jurídico possa valer é necessário “[...] que o mundo jurídico em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer”<sup>463</sup>, isto é, é preciso que preencha um conjunto de requisitos em conformidade com o ordenamento legal.

Nessa linha, o art. 104 do Código Civil destaca os pressupostos para que o negócio jurídico seja válido, quais sejam que o agente seja capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e que tenha forma prescrita ou não defesa em lei. No mesmo sentido, o art. 166, do Código Civil, destaca que o negócio jurídico é nulo quando não observado tais pressupostos.

A validade, portanto, exige que o modelo jurídico que prescreve tais requisitos seja atendido por aqueles que deles fazem uso. Ora “[...] se as normas sobre o conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidas, direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam”<sup>464</sup>.

Consequentemente, verificado o descumprimento da validade este será registrado na sanção da invalidade, que comporta a nulidade e anulabilidade, por ter sido praticado ao arpejo da lei, ou seja, em desprezo ao que o ordenamento exige.

Ocorre que, no caso dos contratos existenciais, para além dos requisitos *capacidade* do agente; *licitude*, *determinabilidade* ou *possibilidade* do objeto; e

---

<sup>462</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do Patrimônio Mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

<sup>463</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, IV. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954, p. 3.

<sup>464</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

*atendimento* à forma prescrita em lei (CCB, art. 104,) – impõe-se o mínimo existencial e a interpretação em favor da pessoa (*pro homine*) como critérios a serem também respeitados pelas partes contratantes, como normas imperativas oriundas da dignidade humana aptas a exigir obediência.

Tais limites se fazem importante pela performance *revitalizadora* dos contratos existenciais no plano da validade, forcejando o desmerecimento de condutas objetivas desprovidas de eticidade ou de disposições contratuais predispostas com desequilíbrio significativo, mediante a conhecida função tripartite de interpretação<sup>465</sup>. Assim, da mesma forma, aquele que não observar tais normas, ou ainda tiver por objetivo fraudar tais leis imperativas, sofrerá das sanções previstas (invalidade).

#### 4.2.1 Mínimo existencial

Como já destacado, os contratos existenciais têm por objeto bens ou serviços, cuja aquisição ou utilização é essencial para propiciar um padrão mínimo de vida à pessoa humana, isto é, garantir os direitos relacionados à subsistência humana. Em outras palavras, esta atual classificação tem como objeto perseguido o atendimento ao mínimo essencial para uma vida digna, conforme bem expõe Azevedo<sup>466</sup>:

[...] os contratos existenciais tem basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. 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. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou vida profissional.

Dito isso, torna-se imperioso proceder ao estudo do mínimo existencial, que ganha contornos ainda maiores sob a ótica dos direitos humanos e do solidarismo, pois permitem a fundamentação deste direito ao mínimo nas relações entre privados, a fim de garantir a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária em todos os setores.

---

<sup>465</sup> 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. 266-308.

<sup>466</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista à RTDC. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

O direito ao mínimo existencial tem sua origem remota vinculada ao Constitucionalismo francês, no final do século XIX. Nesta linha, destaca-se Jean-Jacques Rousseau, em sua obra intitulada “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, como um dos grandes expoentes para o surgimento deste direito, pois para este autor, a democracia como um governo dos Deuses, apenas funcionaria no momento em que as grandes desigualdades entre as pessoas fossem exterminadas. Portanto, Rousseau condicionava uma democracia efetiva a uma sociedade mais igualitária entre si.

Por sua vez, Rawls<sup>467</sup> também defendia a importância em se garantir o mínimo social<sup>468</sup> para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, pois somente quando o indivíduo tem suas necessidades básicas satisfeitas é que os desfavorecidos encontram-se no mesmo patamar dos demais indivíduos da comunidade.

Com isso, este autor estipulou uma lista, a partir da ideia dos bens primários, cujo objetivo era ampliar o conceito de mínimo social para possibilitar o efetivo exercício da autonomia e da cidadania na sociedade<sup>469</sup>. Nessa linha, para Rawls, o conteúdo do mínimo social não se restringia à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos, pois a preocupação não era apenas com a sua sobrevivência, ou o chamado mínimo vital.

Mas é no século XX, no cenário jurídico alemão que essa ideia de mínimo existencial ganhou força. A primeira Constituição a dispor sobre o assunto foi a alemã de Weimar, em 1919, a qual serviu de parâmetro para a elaboração das Constituições brasileiras do século passado, inclusive de alguns dispositivos da atual.

---

<sup>467</sup> Segundo, Rawls, “em primeiro lugar presumo que a estrutura básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual. A liberdade de consciência e de pensamento é pressuposta, e o valor equitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais e despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público, Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado o imposto gradual de renda). RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 303-304

<sup>468</sup> Rawls aborda “mínimo social” e não mínimo existencial. No entanto, se por mínimo existencial entende-se as prestações estatais referentes à garantia das condições mínimas para uma vida digna, a analogia é válida.

<sup>469</sup> Dessa maneira, visualiza-se aqui uma fundamentação liberal, que mais tarde encontrará apoio nos autores Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres.

Essa Constituição de 1919 dispõe que a ordem social e econômica tem como objetivo assegurar a todos uma existência digna. No entanto, curioso destacar que a atual Constituição alemã (Lei Fundamental da Alemanha, de 1949) não contempla esse dispositivo, o que deu ensejo à criação da expressão “mínimo existencial”, a fim de garantir eficácia aos direitos fundamentais sociais para os cidadãos.

Dito isso, é importante trazer à baila estes detalhes, pois foi a partir do pensamento alemão que os autores Ricardo Lobo Torres<sup>470</sup> e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>471</sup> adotaram e incorporaram<sup>472</sup>, embora sob pontos de vista diferentes, esta ideia ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não conste expressamente na Constituição Federal de 1988.

Destarte, vale ressaltar que, mesmo ante a ausência de legislação específica no Brasil sobre o mínimo existencial, já era possível retirar da ordem pública e dos princípios constitucionais certa suficiência normativa a esse respeito. Para tanto, necessário subdividir o conceito de ordem pública: i) em ordem pública procedimental; ii) ordem pública de proteção à parte débil; iii) ordem pública de coordenação; e iv) ordem pública de direção<sup>473</sup>.

Pela ordem pública procedimental consigne-se que a autonomia privada admite limites e exceções de tal forma que haja o consentimento esclarecido do consumidor, receptor da declaração de vontade conforme princípio da

---

<sup>470</sup> Torres trata do mínimo existencial sob duas vertentes: na primeira delas como direito negativo, ou seja, a ideia de que o Estado não pode tributar o mínimo existencial, sendo certo que a tributação ao mínimo existencial é equivalente ao efeito de confisco. Essa ideia aparece, pois no “no Estado Patrimonial os pobres não eram imunes aos tributos. Daí resultava uma estrutura impositiva essencialmente injusta, prejudicial à liberdade e à dignidade do homem e permanentemente deficitária pelo pequeno aporte de recursos [...]” recebidos pela população carente. Na segunda vertente, o mínimo existencial se apresenta como um direito positivo prestacional, ou seja, “[...] que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais [...]” a quem encontra-se abaixo da linha de pobreza. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-40.

<sup>471</sup> Para Sarlet, o mínimo existencial atua nesta linha positiva, isto é, o mínimo existencial passa a ser aquilo que o Estado tem que fornecer positivamente, por meio de prestações sociais, que são os direitos fundamentais sociais. Não corresponde somente aquilo que não se pode retirar da pessoa, mas aquilo que o Estado deve fornecer ao indivíduo, para que se tenha uma vida com dignidade (nas diversas esferas em que isso é indispensável, especialmente, saúde, educação, moradia, alimentação, dentre outros).

<sup>472</sup> “O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art.5º, itens XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, §4, etc.)”. Apesar disso, deve-se procurar o mínimo existencial “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8-36.

<sup>473</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo**. In: Carta Forense: Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>. Acesso em: 07 de dezembro de 2015.

confiança, onde se verifica o incessante dever de informar e oportunizar por parte dos agentes financeiros, mesmo porque o consumidor deve ter dimensão cognoscitiva de seus direitos e obrigações (art. 47, CDC). Pela ordem pública de proteção à parte débil põe-se em pauta a vulnerabilidade fática do consumidor não-profissional como exposto às falhas de mercado, dotando-lhe, mediante estatuto dirigista, de iguais oportunidades que o fornecedor (art. 2º, caput, CDC). Neste prisma destaca-se o conteúdo vital mínimo do consumidor-devedor como forma normativo-eloquente de proteção à substância e subsistência da pessoa humana.

Pela ordem pública de coordenação permite-se o controle de conteúdo dos contratos, conforme elenco exemplificativo das cláusulas abusivas arroladas no art. 51, CDC, expurgando dos pactos os dispositivos que agridem a pessoa (em seus atributos e patrimônio), os bons costumes e a equidade e, ademais, exigindo a instrumentalização dos deveres anexos da boa-fé (dentre eles a cooperação e renegociação da dívida). Pela ordem pública de direção, busca-se a harmonia nas relações contratuais (art. 4º, CDC), pautando-se o direito do consumidor como princípio da 'e; Constituição econômica' e; justamente rumo ao equilíbrio mercadológico.

Sob o prisma da proteção dos agentes vulneráveis da ordem pública destaca-se o conteúdo vital mínimo do consumidor-devedor como lei imperativa de proteção à substância e subsistência da pessoa humana. Afinal de contas, apesar da falta de dicção expressa, o sistema jurídico brasileiro conclui para sua defesa e proteção, pois encontra diversos fundamentos normativos para tanto, seja no âmbito internacional ou interno, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>474</sup>; Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais<sup>475</sup>, no próprio art. 6º da Constituição Federal, ao elencar algumas condições materiais de existência; art. 7º, IV também da Carta Magna, dentre tantos outros.

Dado o reconhecimento do mínimo existencial pelo legislador e jurisprudência, ainda muito se diverge com relação à sua estrutura deste instituto, se regra ou princípio. O autor Torres defende que o mínimo existencial não é um valor, tampouco princípio e, sim regra, haja vista se aplicar por presunção, constituir direitos definitivos e não se

---

<sup>474</sup> Art. XXV: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

<sup>475</sup> Os Estados partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

sujeitar à ponderação<sup>476</sup>. Nessa linha, sua aplicação deve ser feita de modo absoluto, independentemente das especificidades do caso concreto, pois se impõe à maneira do “tudo ou nada” das regras jurídicas de Dworkin<sup>477</sup>.

De outro lado, autores como Sarlet, entendem que o mínimo existencial enquadra-se na categoria normativa dos princípios jurídicos, pois é um mandamento de otimização que pode ser aplicado em vários níveis distintos, de acordo com o caso concreto. Ademais, sendo o mínimo existencial um princípio poderá colidir com outros, tais como o da reserva legal, razão pela qual para solucionar este conflito deverá se valer da ponderação, para que os princípios colidentes possam ser realizados na maior medida do possível, produzindo um resultado ótimo<sup>478</sup>.

Apesar desta divergência, o mais relevante é que, sendo norma jurídica, o mínimo existencial diretamente ligado à dignidade humana “radica-se como mínimo invulnerável que todo o sistema deve assegurar”<sup>479</sup>, independente de sua estrutura normativa. O que significa dizer, que de algum modo, em maior ou menor medida deverá ser sempre assegurado e ainda poderá atuar como requisito para invalidar um negócio jurídico que não esteja ao seu acordo.

Nessa direção, não se trata de se posicionar sob qual estrutura normativa o mínimo existencial se desenvolve, senão, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica a partir de um novo critério de validade: o próprio mínimo existencial. Isto porque, o sistema jurídico “[...] caminha no sentido de evitar que nas relações e situações privadas possa haver consequências que levem qualquer das partes ou interessados à completa subinclusão, isto é, que causem o afastamento, de um ou mais sujeitos entre si inter-relacionados, quanto ao acesso aos direitos básicos”<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> Para Torres, “O mínimo existencial não é um *valor*, por não possuir a generalidade e abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores [...]. O mínimo existencial também não é *princípio* jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e valer definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento”. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83-84.

<sup>477</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

<sup>478</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

<sup>479</sup> 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. 266-308.

<sup>480</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

Não se trata de uma função assistencialista por parte do ordenamento privado, mas apenas de promover uma tutela mais pautada ao mínimo existencial. Afinal, a concretização de um mínimo existencial é o que possibilita a igualdade e a liberdade de chances na sociedade e perante o Estado, garantindo o verdadeiro exercício da autonomia privada e a promoção da sua dignidade. Portanto, sem um mínimo de condições dignas, não há que se falar em autonomia, quiçá em liberdade, tampouco na sua dignidade.

Nessa linha, quanto maior for a concretização e a observância do mínimo existencial, menos pessoas viverão abaixo deste limite e mais perto estar-se-á da construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

É neste sentido que o mínimo existencial torna-se um dos requisitos necessários para validade do contrato existencial, pois é a partir da tutela destas necessidades humanas que estes cumprem utilmente a tarefa de desenvolvimento da pessoa, porque modelo destinando a determinado fim, qual seja, a intangibilidade da pessoa humana.

Dito isso, se todo negócio jurídico para ser válido e produzir seus efeitos no mundo jurídico é preciso que esteja em conformidade com o ordenamento, logo os contratos que tiverem como objeto bem ou serviços vitais, deverão estar em consonância com o mínimo existencial, bem como com os direitos humanos, sob pena de não valer.

#### 4.2.2 Interpretação em favor dos direitos humanos: uma interpretação a favor dos vulneráveis

A interpretação mais favorável às pessoas que estejam em situação de desequilíbrio em uma relação jurídica é a hermenêutica mais condizente com a consagração do homem como sujeito de direito, seja no plano internacional ou interno e, portanto, de acordo com os direitos fundamentais e dignidade humana.

É indubitável que diante deste contexto globalizado o direito humanitário não poderia ser outro senão global. Afinal, “A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias”<sup>481</sup>, o que demonstra que “[...] no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo indivisível: apontam na mesma direção, desvendando o

---

<sup>481</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito internacional e direito interno**: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2016.

propósito comum de proteção da pessoa humana. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos”<sup>482</sup>.

Tanto é verdade que um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil dispõe pela “prevalência dos direitos humanos”, conforme previsto no art. 4º, II, da CF, o que demonstra a congruência de todo sistema para tutelar e promover tais direitos. Inclusive, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 7º, estimula o diálogo entre as normas internas e as internacionais.

O que demonstra que a própria legislação interna ao estimular o diálogo com os tratados internacionais também torna hermeneuticamente aceitável a aplicação da norma que seja mais favorável ao vulnerável, titular que é de direitos humanos.

É neste sentido que a Constituição Federal impõe proteção especial às crianças e adolescentes, aos idosos, aos consumidores, aos deficientes físicos e às futuras gerações, porquanto agentes vulneráveis no ambiente atual.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, em seu art. 47, instituiu como princípio geral a interpretação das cláusulas contratuais em favor do consumidor. No entanto, mais do que falar em uma interpretação favorável, é possível falar em uma hermenêutica contratual mais favorável a estes agentes vulneráveis, tendo em vista o conjunto de normas de ordem pública tuteladoras deste sujeito em diálogo com as demais normas do sistema que garantem sua ampla e efetiva proteção<sup>483</sup>.

Neste sentido, é possível afirmar que tanto as normas quanto os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados de maneira mais favorável ao consumidor, pois esta interpretação pró-consumidor é uma regra geral do sistema e que dela decorre outros vários subprincípios, conforme nos ensina Nery Júnior<sup>484</sup>:

Como decorrência da adoção, pelo CDC, do princípio da interpretação contratual mais favorável ao consumidor, podemos extrair vários subprincípios: a) interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b)

---

<sup>482</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. 2ª ed. atual e rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 506.

<sup>483</sup> Assim ensina o Superior Tribunal de Justiça: “O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC, Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo”. Ementa do Recurso Especial 1009591; Rel. Min Nancy Andrighi; 3º Turma; DJ. 24/-05/2011; Dje 01.06.2011.

<sup>484</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do CDC. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283. (Coleção Doutrinas Essenciais).

deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85, CC); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se insita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento de contrato (arts. 4º, caput e III e 51, IV, CDC; d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz contra *stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível se interpreta o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se deles máxima utilidade (princípio da conservação).

Tal visão partiu de uma evolução da ideia primitiva de devedor como objeto e a partir dos princípios *favor libertatis*, *favor debilis*, *contra stipulatorem*, pois de um modo geral, tais preceitos possibilitaram a limitação da liberdade de atuação dos credores e, por outro lado, asseguraram direitos mínimos aos devedores.

O Código Civil também previu, em seu art. 423, esta possibilidade de interpretação mais favorável ao aderente, mas apenas em contratos de adesão e em cláusulas ambíguas ou contraditórias. Isto significa que há uma grande limitação para se utilizar desta interpretação mais benéfica no âmbito das relações civis, pois não atinge a todos os contratantes em posições de desigualdade ao contrário da ampla proteção que prevê o Código de Defesa do Consumidor aos seus agentes<sup>485</sup>.

No entanto, não faz sentido que em contratos privados em que a subsistência pessoal adorne o objeto pactuado, portanto, um contrato marcado pela desigualdade dos contratantes, mas que não se caracteriza como contratos de consumo ou de adesão, o sistema jurídico permaneça neutro e inflexível, permitindo apenas a transferência econômica ao escopo da segurança jurídica patrimonial<sup>486</sup>. O contrato na dimensão existencial também exige uma interpretação ativa em favor da pessoa, isto é, em favor daquele que contrata bem essencial, independentemente do tipo contratual.

---

<sup>485</sup> Apesar disso, Tepedino sustenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todos os contratos de adesão, independentemente se proveniente de uma relação de consumo ou não. Nesse sentido: “[...] mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo I. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 245-246.

<sup>486</sup> 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. 266-308.

Afinal, “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração”<sup>487</sup>. Isto é, eleger a pessoa como centro do ordenamento e, conseqüentemente, também do direito privado, significa que a vida digna deva ser alcançada como parâmetro de interpretação e aplicação das normas e também das cláusulas contratuais.

Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor, conforme já exposto, adotou a pessoa humana e sua vulnerabilidade como fundamento ensejador de maior proteção aos contratantes em posições desfavoráveis. Da mesma forma o fez o Estatuto do Idoso, o Estatuto das Crianças e Adolescentes, dentre outros.

Tanto é verdade, que uma vez identificado o consumidor na relação jurídica, a sua proteção se dará pela caracterização da abusividade da cláusula do contrato que não pode prevalecer diante do prejuízo à personalidade. Afinal, a razão de existir da cláusula abusiva está ligada ao consumidor, isto é, à sua vulnerabilidade e sua qualificação como direito fundamental. Inclusive, assim, Superior Tribunal de Justiça, assim, já firmou entendimento<sup>488</sup>:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - E abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum. III- Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial.

Dito isso, se na atual realidade, o contrato também representa meio de proteção e desenvolvimento da personalidade, então o direito, como um todo e não somente os microsistemas, deve ser capaz de dar respostas à altura e não apenas tentar encaixar ao

---

<sup>487</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do Patrimônio Mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

<sup>488</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 251024 SP 2000/0023828-7; Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data de Julgamento: 27/09/2000 - Segunda Seção; Data de Julgamento: 04/02/2002.

padrão clássico predisposto, pois uma coisa é o contrato de compra e venda de uma joia, outra coisa totalmente díspar é a compra de um medicamento essencial para a saúde de um dos contratantes.

Certamente, nestas relações jurídicas que têm como objeto uma vida digna, aumenta-se muito a probabilidade de ser caracterizada concretamente a debilidade desta parte e o abuso daquele que possui condições ou posições predominantes<sup>489</sup>. Em outras palavras, aquele contrata bem essencial à manutenção de sua vida estará sempre em posição desfavorável, tendo em vista sua necessidade quanto ao bem e o poderio do estabelecimento das cláusulas contratuais da outra parte.

Daí porque se posicionar para além de uma interpretação favorável apenas ao consumidor ou do aderente em casos de contrato de adesão ou frente a cláusulas contraditórias. A pedra de toque deve ser mesmo a pessoa humana, mas esta compreendida em todas as suas potencialidades e tutelada com todas as possibilidades normativas existentes. Afinal, tanto as normas jurídicas, de origem internacional quanto as de direito interno apontam na mesma direção, qual seja a proteção da pessoa humana<sup>490</sup>:

É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e a requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno<sup>491</sup>.

---

<sup>489</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 281.

<sup>490</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. 2ª ed. atual e rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 507.

<sup>491</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito internacional e direito interno**: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2016.

Apoia-se, portanto, tal ideia no próprio sistema interamericano, cuja regra hermenêutica baseia-se justamente nos direitos humanos e na primazia da norma mais favorável à proteção da pessoa humana. Ora, se se incorpora a normativa internacional de proteção ao direito interno “[...] deve fazer-se acompanhar da aceitação integral, sem reservas, dos instrumentos internacionais de proteção e da mobilização da sociedade civil em torno da causa da plena vigência dos direitos humanos”<sup>492</sup>.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no seguinte trecho<sup>493</sup>:

[...] Hermenêutica e Direitos Humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Portanto, a hermenêutica do sistema jurídico e, inclusive, para o direito privado, deve ser mesmo esta hermenêutica em favor do homem ou *pro homine*. Afinal, quando se une forças do direito interno e internacional o resultado não é outro senão maior proteção e promoção da pessoa humana.

Assim, deve ser a interpretação do princípio da vulnerabilidade, pois sendo este princípio que reconhece as debilidade e fraqueza do consumidor perante o fornecedor, nada mais justo que ampliar seu âmbito de proteção às pessoas humanas que se encontram em situações análogas de desigualdade. Ora, a hermenêutica internacional dispõe que deve-se dar primazia à norma mais favorável às vítimas, aos mais fracos, aos vulneráveis, isto é, à pessoa humana, de forma a lhe proporcionar ampla proteção. Veja os contratos

<sup>492</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. 2ª ed. atual e rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 542.

<sup>493</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96772/SP, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 09/06/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe-157.

existenciais, nem sempre os contratantes serão consumidor/fornecedor, no entanto, nestas relações contratuais está-se em jogo a própria dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Por isso, antes de qualquer categorização dos sujeitos contratuais é preciso lembrar que estes são, sobretudo, pessoas e, por isso, merecem ter sua dignidade e seu livre desenvolvimento tutelados, independentemente de onde provenha essa norma, desde que seja a mais apta e condizente com os direitos humanos. Por isso, a interpretação deve ser mesmo *pro homine*, na medida em que o próprio Direito se enriquece e cumpre sua missão de fazer justiça.

Tal hermenêutica deve vir ainda acompanhada do modelo dialógico, haja vista ser este um método que amplia a lógica de tutela e proteção especial do sujeito vulnerável e também coincide no propósito básico e último na proteção do ser humano.

#### *4.2.2.1 Diálogo de fontes: hermenêutica pós-moderna em busca do máximo desenvolvimento da pessoa humana e proteção dos vulneráveis*

Conforme já dito, uma das características do direito pós-moderno descrito pelo autor Jaime e instituído como princípio na Constituição Federal de 1988 é o pluralismo. Trata-se de pluralidade de métodos, de sujeitos de direitos, de fontes legislativas a regular o mesmo fato, pluralidade de sentimentos, de novas situações de fato, que traduzem a complexidade da realidade social.

Diante deste contexto, o método do diálogo das fontes<sup>494</sup> mostra-se como um novo<sup>495</sup> instrumento capaz de reduzir a complexidade, coordenar as diversas fontes,

---

<sup>494</sup> Segundo Jaime, diálogo das fontes é “ [...] la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogenes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systems nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles dissent”. Tradução livre: a solução de conflitos de leis surge como resultado de um diálogo entre fontes heterogêneas. Os direitos humanos, constituições, convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não são mutuamente exclusivas; elas se comunicam umas com as outras. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes. JAIME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international et privé post moderne. *In: Recueil des Cours de l’ Académie de Droit International de la Haye*, 1995, p. 259.

<sup>495</sup> Uma das objeções feita ao método do diálogo das fontes é a de que este não constitui um novo método de interpretação e aplicação das leis, mas mera expressão do método sistemático. No entanto, conforme bem coloca Miragem, a inovação do método do diálogo das fontes é que este parte da premissa “[...] de realização da Constituição e de seu sistema de direitos e garantias fundamentais, oferecendo critérios para a coordenação e a coerência da solução do caso. Daí reconhecer, nas situações em que os métodos de interpretação clássicos observam contradição entre normas, em verdade, a sua complementaridade, quando necessária para assegurar a coerência e unidade do ordenamento jurídico”. MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. *In: MARQUES, Cláudia Lima*

restaurar a coerência do sistema e, ainda, realizar os direitos humanos, fundamentais e os valores constitucionais.

Daí sua relevância e atualidade, pois, segundo Jaime, a solução para esta complexidade social está mesmo na interpretação hierarquizada e guiada pelos direitos humanos, a qual impõe soluções harmonizadas e funcionais em favor da pessoa humana e do seu pleno desenvolvimento, especialmente dos vulneráveis. Afinal, trata-se de um diálogo entre as diferenças, uma resposta pós-moderna, que busca no sistema atual a norma que lhe melhor atenda as deficiências destes agentes.

Em outras palavras, o diálogo de fontes permite uma conexão entre as diversas normas<sup>496</sup> do complexo sistema atual, possibilitando, portanto, uma efetiva proteção dos titulares de direitos fundamentais pelo direito, especialmente daqueles que se encontram em situação de desigualdade de forças e de poder.

Sabidamente, o diálogo de fontes tem origem no Direito Internacional Privado, entretanto é válida também para outros ramos do direito, principalmente após todas as transformações que a pós-modernidade representou na sociedade atual e no direito, marcados especialmente pelo pluralismo. A partir disso, a autora Marques importou para direito interno a aplicação desta teoria, ganhando especial destaque o diálogo entre Código Civil e Código de Defesa do Consumidor<sup>497</sup>.

Em termos jurisprudenciais, a Tese do Diálogo das Fontes ganhou força prática com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, em 2006, que julgou constitucional a aplicação do CDC às atividades bancárias<sup>498</sup>.

---

(Coord). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91.

<sup>496</sup> Segundo Marques, o diálogo das fontes é diálogo entre leis postas, mas também pode atingir normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais, a exemplo do art. 7º do CDC, e reconhece a força dos princípios iminentes do sistema e do bloco de constitucionalidade”. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. In.: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

<sup>497</sup> Outra objeção feita ao método do diálogo das fontes é se este também serve para interpretação e aplicação de outras normas jurídicas que não as relativas ao direito do consumidor. O autor Miragem argumenta positivamente, pois “[...] dado o nítido caráter promocional do sistema de garantias e direitos fundamentais, revela-se também como exigência que se percebe do resultado concreto da aplicação da lei. Eis o fundamento que dirige e legitima aplicação do diálogo das fontes, seja para a aplicação coordenada de diferentes leis a um mesmo caso, de modo que se complementem, seja para distinguir o campo de aplicação de leis que disponham sobre temas relevantes”. MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In.: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

<sup>498</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, Brasília –DF, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 22 de novembro de 2015.

No direito privado, o ponto de referência na norma infraconstitucional que permite este diálogo normativo e de valores, encontra-se substanciado no art. 7º Código de Defesa do Consumidor<sup>499</sup>, o qual se deixa permear por qualquer outra norma que mais favoreça e proteja o consumidor. Nesta linha, conforme já dito, tanto normas de direito internacional quanto de direito interno podem ser chamadas a dialogar no caso concreto. O que significa dizer que, paralelamente ao Código de Defesa do Consumidor, outras disposições normativas podem ser aplicadas em busca da melhor solução ao consumidor.

Tal dispositivo representa, portanto, uma cláusula de abertura, pois normas protetivas dos consumidores podem estar em outras leis que não no Código de Defesa do Consumidor. Dito isso, a lógica que se opera não implica em exclusão da fonte que não foi utilizada, pois o objetivo do diálogo de fontes é uma aplicação simultânea, coerente e coordenada das normas envolvidas, seja complementarmente ou subsidiariamente, sem que se mitiguem as potências de nenhuma delas.

Nesta linha, a operacionalização do diálogo das fontes apresentado por Marques apresenta-se sob três vertentes: i) diálogo de coerência; ii) diálogo de complementariedade e subsidiariedade; iii) diálogo de coordenação.

O diálogo de coerência é a nova hierarquia: os valores constitucionais e os direitos humanos ditam a harmonia do sistema, isto é, estas têm primazia sobre as demais normas do ordenamento jurídico. A segunda possibilidade de escolha é o diálogo de complementariedade e subsidiariedade, que se refere ao critério da especialidade. Aplica-se primeiro a norma mais valorativa, e subsidiariamente as demais. Esta hipótese pode ser facilmente exemplificada pela função social do contrato, disposta no art. 421 do Código Civil que empresta sua carta principiológica ao Código de Defesa do Consumidor.

A terceira trata-se de diálogo de coordenação, concernente à anterioridade. Esta vertente adapta o sistema cada vez que uma nova lei é inserida no ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, do diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, após a entrada em vigor do novo Código Civil, pois não se vislumbra conflito na aplicação de ambos conjuntamente na escolha da norma mais adequada.<sup>500</sup>

---

<sup>499</sup> Art. 7º, Código de Defesa do Consumidor: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

<sup>500</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jaime. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30-31.

Dentro destas três possibilidades, vislumbra-se que o diálogo de fontes é sempre a aplicação coordenada, coerente e sistemática das leis especiais e gerais a favor dos direitos humanos e fundamentais, isto é, reflete na máxima eficácia da proteção dos sujeitos vulneráveis.

Tanto é verdade que, o método somente pode ser utilizado em favor do sujeito vulnerável. Isto é, trata-se de modo de interpretar a norma com parcialidade, de proteger os sujeitos vulneráveis nas suas relações privadas. Isso sem falar, naqueles em que a doutrina convencionou em denominar de hipervulneráveis, isto é, consumidores marcados por um grau excepcional da vulnerabilidade geral<sup>501</sup>.

De outro modo não poderia ser, pois se a concentração no sujeito de direitos é hoje característica de nosso ordenamento jurídico, especialmente a partir da consagração da dignidade humana como valor fundamental do Estado, o aplicador da lei deve ter olhos plurais para aplicar à norma que mais garanta à pessoa a possibilidade de seu maior desenvolvimento, em compatibilidade com a vida social, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação. Por isso dizer, que o diálogo de fontes potencializa a proteção da pessoa vulnerável<sup>502</sup>.

Se assim for, o diálogo de fontes mostra-se veículo importante para a aplicação da hermenêutica *pro homine*, pois expande e fortalece o direito na proteção da pessoa humana, já que esta também tem como viés a tutela dos direitos humanos, seja por normas internacionais ou internas.

Nessa linha, a classificação dos contratos em existenciais traduz este diálogo, pois sob a ótica da essencialidade do objeto contratual para a subsistência da pessoa contratante, exige-se que se reconheça a vulnerabilidade na relação contratual e, conseqüentemente, impõe a aplicação de normas protetivas especiais e qualificadas tal como se faz previsão para o consumidor. Mais do que isso, impõe um diálogo de fontes entre as normas do ordenamento jurídico para uma maior proteção deste sujeito, tendo em vista o conteúdo estar intimamente ligado à preservação do mínimo necessário para uma vida digna.

---

<sup>501</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jaime In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

<sup>502</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

Portanto, o diálogo de fontes é um método que se impõe, pois permite este mutualismo de normas de forma mais consentânea aos direitos humanos dentro do próprio ordenamento jurídico. Para tanto, percebe-se ferramenta útil a classificação dos contratos em existenciais, porquanto estes protegem tanto os interesses patrimoniais quanto as situações existenciais enquanto pressupostos do livre desenvolvimento da personalidade e promoção da pessoa humana.

Nessa linha, os contratos existenciais têm mesmo que chamarem para si a norma mais favorável ao contratante do bem ou serviço essencial, de forma que lhes sejam aplicados regime jurídico diverso, a partir de sua própria dogmática, para efetiva tutela e promoção da pessoa contratante do objeto essencial, sem necessidade de lançar mão de cautelas ou sanções que ferem a esfera íntima da pessoa.

Ante o exposto, demonstra-se que a classificação proposta em contratos existenciais também pode ser desenvolvida à luz da teoria geral do negócio jurídico, embora seus elementos e pressupostos se diferenciem quanto a importância dada ao elemento subjetivo e o objeto contratual, que está ligado ao mínimo existencial como limite mínimo a se garantir a subsistência da pessoa humana.

#### **4.3 Eficácia e concretude dos contratos existenciais**

Dada toda carga teórica aplicada aos contratos existenciais até aqui, passa-se a um segundo momento, qual seja, a aplicação e desenvolvimento de tais contratos pela jurisprudência frente aos casos concretos. Tal é a importância que esta concretude assume, pois esta representa a conexão da ciência geral com a realidade social.

Isto significa dizer que, toda aplicação da lei não é jamais apenas mero trabalho de subsunção, pois as soluções de uma ordem jurídica positivada são respostas a problemas jurídicos gerais, que se fazem presentes na maioria dos ordenamentos jurídicos. A aplicação do direito vai além, pois, para se adequar aos fins sociais, deve levar em consideração as especificidades do caso concreto.

Nesse sentido, quando se fala em concretude, trata-se de abordar o homem concreto. Afinal, o homem abstrato não existe, é apenas uma ilusão jurídica. Nessa linha, são nos casos concretos, que as verdadeiras pessoas aparecem.

Tal assertiva é confirmada por Reale<sup>503</sup>, quando da preocupação deste em estabelecer como uma das diretrizes do Código Civil de 2002, a operabilidade. Mais do que estabelecer teorias gerais, é preciso que estas se enquadrem às pessoas e situações concretas:

Concretidade, que é? É 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: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta.

Dito isso, será analisado algumas decisões em que os tribunais nacionais têm decidido sobre o caráter existencial dos contratos e o que isso influencia para a adoção de um regime jurídico diverso e especial a estes contratos cujo objeto foi considerado como essencial à uma subsistência digna da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Em uma ampla pesquisa, vislumbra-se uma enorme quantidade de conflitos suscitados e os danos causados aos contratantes dependentes dos bens e serviços que versem sobre o direito à moradia, à saúde, ao fornecimento de serviços públicos, como água e energia elétrica, bem como de transporte, razão pela qual o presente trabalho pautar-se-á na análise de tais contratos para demonstrar a concretização dos contratos existenciais, bem como a implicação desta nova classificação na aplicação de um regime tutelar especial aos contratantes destes bens e serviços vitais.

Para tanto, abordou-se especialmente os casos de incumprimento desta obrigação *essencialíssima* pelo empresário/fornecedor, donde para preservar a obrigação, o juiz optou pela primazia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, haja vista que, em tais casos, o não adimplemento da obrigação importaria na própria inutilidade do avençado ao contratante que deste bem ou serviço essencial para a própria subsistência.

#### 4.3.1 Regime jurídico privilegiado: maior incidência dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato

---

<sup>503</sup> REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto do Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em 22 de dezembro de 2015.

Conforme se abordou, os contratos existenciais versam sobre bens ou serviços minimamente essenciais para uma subsistência digna, isto é, requisitos imprescindíveis para o livre desenvolvimento da pessoa humana. Também já se verificou que, em razão desta essencialidade do objeto, é possível reconhecer a vulnerabilidade da pessoa que dele dependa na relação contratual. Tais fundamentos, associados à lógica da interpretação dialógica das leis e das cláusulas contratuais *pro homine*, abrem caminho para se reconhecer tutelas especiais com base não apenas no bem particular, mas também no conjunto de interesses a que o bem se refere<sup>504</sup>.

O que significa dizer que a essencialidade do bem ou serviço “[...] poderá ser invocado como fundamento para imposição de regime tutelar, análogo ao regime de proteção ao consumidor, em favor da parte que contrata a utilização ou a aquisição do bem essencial”<sup>505</sup>.

Para tanto, há que se distinguir os contratos em interesses patrimoniais e interesses existenciais, isto é, entre aqueles cujo escopo do contrato é o lucro e aqueles em que o objeto está intimamente ligado à conservação e ao livre desenvolvimento da pessoa. Isto pois, “[...] em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação subjetiva patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana”<sup>506</sup> como ápice do sistema.

Ademais, como a Constituição Federal de 1988 instituiu a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, as necessidades podem ser hierarquizadas e, em razão dessa hierarquização, modifica-se a intervenção e qualifica-se a responsabilidade do Estado e da sociedade na satisfação de tais carências humanas<sup>507</sup>.

De outra forma não poderia ser, pois dado que estas situações existenciais tem a finalidade precípua de promoção do livre desenvolvimento da personalidade, logo pode-se afirmar sua prevalência sobre situações não patrimoniais, a fim de que seja preservado o valor máximo da pessoa humana<sup>508</sup>. Importante dizer que, não se trata de tutelar mais

---

<sup>504</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 415.

<sup>505</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 474-475.

<sup>506</sup> MORAES, Maria Celina Bondin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 114.

<sup>507</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 412.

<sup>508</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 39.

ou menos os interesses patrimoniais, mas apenas em conferir-lhes uma funcionalização em favor da tutela da pessoa humana.

Nesse sentido, tomado o contrato como instrumento a serviço da sua pessoa e dignidade, a atual ordem contratual torna-se sensível ao tratamento idêntico dado aos desiguais, isto é, à desproporcionalidade negocial entre os contratantes, razão pela qual procura compensar tal desequilíbrio através da imposição de regime jurídico diferenciado aos vulneráveis.

O Código de Defesa do Consumidor é um bom exemplo deste regime jurídico protetivo da parte vulnerável da relação. No entanto, conforme já se defendeu, nem todos os contratos de consumo são existenciais e o contrário também é verdadeiro, isto é, nem todos os contratos existenciais são de consumo e, portanto, não gozam de regime jurídico diverso e qualitativo para sua proteção.

Para abarcar estas hipóteses que se situam à margem do Código de Defesa do Consumidor, mas que também padecem do mesmo tipo de desequilíbrio pressuposto pelo consumidor e fornecedor, a classificação em contrato existencial mostra-se relevante, pois impõe regime jurídico protetivo e diverso em favor da parte que contrata a utilização ou a aquisição do bem essencial. Afinal, a essencialidade é fator determinante para o reconhecimento da vulnerabilidade e esta é fundamento para a existência e aplicação de normas protetivas.

Já é consolidado na doutrina que a intervenção nos contratos deve ser menor ou maior a depender do objeto contratual, assumindo um especial regime de índole tutelar. Por outro lado, os contratos que não versem sobre tais condições mínimas, a liberdade contratual pode ser ampliada e a intervenção reduzida<sup>509</sup>. Veja as classificações propostas em contratos cativos e contratos relacionais.

Os contratos cativos são aquelas relações contratuais que utilizam métodos de contratação de massa para fornecer serviços no mercado, criando relações complexas, de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si, e com uma característica dominante: a posição de catividade ou dependência dos consumidores<sup>510</sup>.

São relações que, segundo Marques, envolvem “[...] fazeres, normalmente serviços privados ou mesmo públicos, serviços prestados de forma contínua, cativa e

---

<sup>509</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 410.

<sup>510</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

massificada, serviços autorizados pelo Estado ou privatizados[...]”<sup>511</sup>, serviços que prometem segurança e qualidade nos serviços prestados, “[...] de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo”<sup>512</sup>.

O contrato cativo, portanto, por ser de longa duração, baseia-se na confiança e na solidariedade entre as partes, pois criam a expectativa de continuar com a relação contratual, manter o potencial econômico e qualidade dos serviços<sup>513</sup>, como demonstram os principais exemplos de contratos cativos de longa duração que são os contratos de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar<sup>514</sup>.

No entanto, verificou-se que dado esta confiança gerada pelo longo elo contratual e a necessidade criada pelo objeto dos contratos cativos, o consumidor acabou se vinculando de uma tal forma que este tornou-se demasiado dependente da manutenção da relação contratual e, conseqüentemente, vulnerável a qualquer nova imposição contratual desejada por parte do fornecedor.

Tanto é verdade que, são inúmeros os casos em que os fornecedores se liberam do vínculo contratual sempre que a relação jurídica não mais se mostra favorável ou interessante. Veja o aumento assombroso de casos de rescisão unilateral de contratações coletivas pelas operadoras de planos de saúde, bastante criticado por Martins<sup>515</sup>:

E nesse ponto é de frisar, *com zelo de joalheiro*, que são essas operadoras detentoras — única e exclusivamente — do monopólio e tecnologia do serviço disponibilizado perante o mercado, que as capacita ao inequívoco êxito de sujeitar até mesmo a vontade da pessoa jurídica (estipulante) que a contrata e que tem por dever de solidariedade proteger seus empregados ou associados.

---

<sup>511</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

<sup>512</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

<sup>513</sup> “Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, de um *status* ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de “cativo-cliente” do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o *status* de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvencilhar-se do contrato”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

<sup>514</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

<sup>515</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Denúncia vazia pode caracterizar abuso do direito de romper plano de saúde**. Consultor Jurídico - CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/garantias-consumo-denuncia-vazia-caracterizar-abuso-romper-plano-saude>. Acesso em 30 de março de 2016.

Em suma, duas faces da mesma moeda: “A necessidade de contratar leva à impossibilidade de resistir”.

Considerando o caráter mais *obsequioso* da ANS em contratos coletivos, já que pressupõe erroneamente relação de “paridade” entre duas pessoas jurídicas (operadora e estipulante), é que com assombro verifica-se crescente abusividade com ampla reiteração em dias atuais: a resilição unilateral de contratações coletivas pelas operadoras, contando até com apoio de parte de setores jurídicos que emprestam ao fato jurídico interpretação em caráter meramente patrimonialista e econômico.

Exatamente para evitar tais condutas, é que se fez necessário uma nova interpretação das obrigações assumidas, de uma visualização mais precisa dos deveres das partes, dado a confiança despertada. Para tanto, defende-se uma aplicação mais incisiva do princípio da boa-fé-objetiva, de modo a impor uma maior limitação ao exercício dos direitos subjetivos por tal princípio, o qual definirá um novo grau de abusividade das cláusulas e práticas comerciais presentes nos contratos oferecidos no mercado<sup>516</sup>.

O que significa dizer que, quando se tratar de contratos cativos, a interferência do Judiciário será muito maior nestes contratos do que nos contratos de adesão (Código Civil), conforme bem expõe o Enunciado 543, CJF: “Constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato”. Da mesma forma, o Informativo 493, STJ que prevê que ainda que o consumidor esteja no período de carência, o consumidor deve ser atendido em casos de urgência, porque contrato de seguro de saúde é um contrato cativo.

Para Marques<sup>517</sup>, tais contratos muito se aproximam dos contratos relacionais. No entanto, segundo Macedo Junior<sup>518</sup>, escapam desta definição algumas características essenciais destes contratos de longo prazo, razão pela qual prefere utilizar a distinção<sup>519</sup> proposta entre contratos descontínuos e contratos relacionais.

<sup>516</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

<sup>517</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

<sup>518</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

<sup>519</sup> Segundo Macedo Júnior: “As principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais. A própria possibilidade do estabelecimento de um *standard* objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela teoria neoclássica começa a se

Segundo este autor, os contratos relacionais também são “[...] contratos de longa duração, baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual”<sup>520</sup>. Ressalta ainda, que “uma das características dos contratos relacionais refere-se a importância que neles passam a ter os princípios da boa-fé, e da cooperação, solidariedade e reequilíbrio das relações de poder”<sup>521</sup>.

A boa-fé, nesta teoria relacional, adquire relevante papel para a continuidade das relações contratuais, pois tal princípio enfatiza e valoriza os elementos de confiança, reciprocidade, consenso, responsabilidade, equilíbrio e solidariedade. Sem contar que a boa-fé “[...] permite pensar o comportamento adequado dos agentes contratuais em diferentes contextos, conforme os contornos e significados de cada relação contratual concretamente existente. Ela funciona como uma verdadeira norma de calibração da teoria contratual relacional”<sup>522</sup>.

Dito de outra forma, nestes contratos relacionais a boa-fé-objetiva desempenha importante função na determinação do conteúdo dos contratos, pois reporta-se como instrumento de justiça e equilíbrio (art. 4.º, III, e 51, II, do CDC).

Vislumbra-se, portanto, que tanto a classificação dos contratos em cativos ou relacionais se apoiam em princípios e normas específicas (como Código de Defesa do Consumidor) que alteram alguns dos princípios básicos da teoria contratual clássica consubstanciada no Código Civil e no Código Comercial. Estas inovações abrem novas perspectivas para o reconhecimento jurídico das características relacionais dos contratos em geral e, conseqüentemente, traduzem para o equilíbrio das relações contratuais e para manutenção de tal vínculo.

Afinal de contas, a contratação existencial *geralmente* se faz presente em tais relações cativas ou relacionais. Daí porque a necessidade e a exigência de se impor novos

---

demonstrar insuficiente face o aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em substituição aos termos de ajustamento, os contratos de relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual”. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

<sup>520</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

<sup>521</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

<sup>522</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

limites e aplicar regime jurídico diverso e especial com vistas à satisfação dos interesses existenciais e à manutenção do contrato, dado a dependência e confiança criados neste tipo de relação.

No entanto, não somente tais classificações carregam em seu bojo a contratação de bens ou serviços existenciais. A classificação em contratos existenciais também desempenha tal função. Os contratos relacionais e cativos ajudam, inclusive, a perceber esta nova classificação, que também surge com intuito de oferecer um regime diferenciado quando a essencialidade adorna o objeto contratual, por meio da incidência dos princípios privados.

Dito isso, vale ressaltar, que há diferença entre os contratos existenciais, os chamados cativos e contratos relacionais que consiste na “[...] *essencialidade* da prestação: o cunho patrimonial da prestação (quantitativo) enseja espaço à intangibilidade da pessoa”<sup>523</sup>. Dito em outras palavras, “[...] os contratos relacionais ou cativos de longa duração também podem existir de forma *interempresarial* em que a finalidade da convergência seja o lucro, ao passo que os existenciais dizem respeito mesmo à pessoa humana que urge de necessidades para seu completo desenvolvimento, enquanto fundamento estruturante do Estado”<sup>524</sup>.

Portanto, isto significa que o mesmo contrato pode ser classificado em contrato relacional, de longa duração e ainda, como existencial. Veja os contratos de prestação de serviço de saúde, conforme bem demonstrou Martins<sup>525</sup>:

Os contratos de prestação de serviços de saúde são situados em relevantes categorizações. Podem ser vistos como: i) contrato cativo ou de extensiva duração (exigente de reciprocidade dinâmica, com ampla proteção das expectativas legítimas espargidas ao longo do relacionamento temporal entre as partes); ii) contrato relacional (de interação pessoal e com larga duração temporal, qualificado pela colaboração e pela boa-fé, mantendo-se o vínculo mesmo frente a pequenos incumprimentos); iii) contrato existencial (de atendimento à subsistência humana, cuja prestação de alto conteúdo ético e moral).

Trata-se de contrato cujo objeto é prestação de serviços de natureza *fundamental*, em que o risco é próprio ao fornecedor; contrato amplamente

---

<sup>523</sup> 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. 266-308.

<sup>524</sup> 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. 266-308.

<sup>525</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Denúncia vazia pode caracterizar abuso do direito de romper plano de saúde**. Consultor Jurídico- CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/garantias-consumo-denuncia-vazia-caracterizar-abuso-romper-plano-saude>. Acesso em 30 de março de 2016.

perfilhado por relações jurídicas reiteradas e solidificadas ao longo do tempo em que a legítima expectativa de renovação ou de manutenção é constante; contrato que celebrado entre duas pessoas jurídicas perfaz efeitos diretos e imediatos em terceiros, pessoas naturais e beneficiárias da prestação de serviço.

Dito isso, a pergunta que fica é qual a utilidade deste contrato em ser classificado em todas estas categorias, ou o que muda em ser existencial? O ponto chave para responder a ambas as perguntas é o regime jurídico diverso e especial que é dado a tais contratos no caso concreto, pois tais classificações servem como guia ao julgador diante de circunstâncias específicas.

Ora, o contrato existencial também impõe a aplicação de um regime jurídico diverso, principalmente, na composição dos princípios aplicáveis à relação contratual. Afinal, a estes contratos que tenham por função satisfazer necessidades existenciais deve-se ampliar o campo de aplicação dos novos princípios, ao passo que, aos contratos que tenham uma disciplina mais liberal e patrimonial devem sofrer maior incidência dos princípios clássicos, isto é, *pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos, autonomia da vontade, dentre outros.

Dito em outras palavras, o regime jurídico dos contratos existenciais e dos contratos de lucro devem ser distintos e são. Não há dúvidas que os contratos empresariais têm fundamento próprio e obedecem a uma lógica diversa, afinal a racionalidade do agente e a eficiência do sistema são fatores essenciais para sua preservação e do mercado.

Ademais, tais contratos levam em consideração que quem contrata “[...] não o faz por amor ou por filantropia, mas visando a realizações de negócios (bons negócios), que permitam lucro e circulação de bens e serviços, em que todo um contexto-econômico-financeiro foi levado em conta para predisposição e oferecimento das cláusulas ao público”<sup>526</sup>. Essas peculiaridades interferem inclusive, na interpretação dos contratos e suas cláusulas contratuais:

Não cabe, portanto, a revisão discricionária dos contratos de forma particularizada, individual, desconsiderando suas causas atuariais, sem a devida atenção ao equilíbrio-econômico financeiro (e aos próprios cálculos atuariais que permitiram a concepção) das *cláusulas contratuais gerais*, desconsiderando toda a rede de contratos a que estejam interligados<sup>527</sup>.

<sup>526</sup> MELO, Diogo L. Machado. Premissas para interpretação dos contratos de adesão em relações de não-consumo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 17/ n°34/ Julho – Dezembro 2014, p. 250. Disponível em: [http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34\\_web.pdf](http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34_web.pdf). Acesso em 26 de Janeiro de 2016.

<sup>527</sup> MELO, Diogo L. Machado. Premissas para interpretação dos contratos de adesão em relações de não-consumo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 17/ n°34/ Julho – Dezembro 2014, p.

Nessa linha, prevalece na interpretação dos contratos empresariais a autodeterminação e autorresponsabilidade do contratante. Afinal, “o direito deve exigir um esforço adicional do empresário, porque é profissional que tem ou podia ter evitado os seus efeitos, furtando-se à contratação. Não o tendo feito, justifica-se que os efeitos lhes sejam imputados, por força, se não da sua vontade [...]”<sup>528</sup>, pela autorresponsabilidade da inclusão de cláusulas desvantajosas.

Apesar da interpretação do regime jurídico do mercado ser sempre uma interpretação de um regime jurídico específico é preciso dizer que também é dado ao jurista a tarefa de “[...] reimaginar, reformular e transformar visando a sua adaptação frente às finalidades possíveis que possam orientar o seu redesenho, como por exemplo o desenvolvimento econômico, a liberdade de comércio, (...) da expansão dos direitos do cidadão e da dignidade humana”<sup>529</sup>.

Nessa linha, conforme os objetos se aproximam do núcleo da dignidade humana, os princípios contratuais também vão incidir em maior ou menor grau de acordo com o nível de proteção que deva ser dado às pessoas e quanto à essencialidade do objeto contratual. Tal como o grau de incidência dos princípios da função social do contrato e da boa-fé-objetiva, que variam conforme a essencialidade do objeto:

Digladiam-se, de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado. A nosso ver, o direito brasileiro e, talvez, o direito universal, devesse, no séc. XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e de contratos existenciais. Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial<sup>530</sup>.

---

251. Disponível em: [http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34\\_web.pdf](http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34_web.pdf). Acesso em 26 de Janeiro de 2016.

<sup>528</sup> LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. **Revista da AJURIS** – v. 41 – n. 135 – Setembro 2014, p. 412. Disponível em: [file:///C:/Users/Caroline/Downloads/342-533-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Caroline/Downloads/342-533-1-SM%20(1).pdf). Acesso em 10 de janeiro de 2016.

<sup>529</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Max Limonad. 1998, p. 53.

<sup>530</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

Neste sentido, no que diz respeito à boa-fé-objetiva, o autor Azevedo é claro ao destacar sua maior incidência aos contratos existenciais em face dos contratos de lucro, numa clara tentativa de se tutelar os bens ou serviços para sua subsistência.

[...] 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 e venda da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os contratos empresariais.<sup>531</sup>

Esta maior incidência do princípio da boa-fé objetiva nos contratos existenciais se justifica, haja vista o desempenho revitalizador que assume e a função limitativa de posições inaceitáveis praticadas pela outra parte contratante:

[...] forcejando o desmerecimento de condutas objetivas desprovidas de eticidade (controle de comportamento) ou de disposições contratuais predispostas com desequilíbrio significativo (controle de conteúdo), mediante a conhecida função tripartite de interpretação (hermenêutica contratual), integração (fidúcia) e limitação às posições jurídicas inadmissíveis (abuso do direito)<sup>532</sup>.

No mesmo sentido é a aplicação do princípio da função social, pois a sua maior incidência “[...] implica na valorização dos contratos existenciais em detrimento dos contratos de lucro, ocupando parte intrínseca à própria conceituação do contrato”<sup>533</sup>. Isto porque, como os contratos empresariais exigem um regime de menor interferência judicial, logo, não lhes caberiam a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, por exemplo, a qual, em contrapartida, seria totalmente possível quando se tratar de pessoa humana e contrato existencial<sup>534</sup>.

Ademais, como a função social do contrato também se perspectiva a partir dos efeitos contratuais externos ou reflexos é na dimensão da solidariedade e dignidade

<sup>531</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

<sup>532</sup> 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* - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 280.

<sup>533</sup> NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da Estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos). *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, p. 273-291. Texto disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013\\_12\\_13983\\_14024.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13983_14024.pdf). Acesso em: 26 de janeiro de 2016.

<sup>534</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, p. 185.

humana que os contratos existenciais demonstram-se instrumentos capazes de promover à pessoa humana, a partir da tutela dos bens e serviços vitais.

Isto pois, o contrato existencial coloca tanto os interesses existenciais quanto os interesses patrimoniais na luta pela proteção da pessoa humana. Isto não quer dizer, no entanto, que os interesses patrimoniais serão desprezados face os existenciais. Ora, não se pode esquecer que o mercado e seu viés lucrativo também são responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais destas pessoas. Veja-se a atual crise em que passa o mercado brasileiro.

Trata-se apenas de enfatizar a solidariedade e reciprocidade que deve existir na relação entre mercado e pessoa humana. Mas dado o reconhecimento das desigualdades, sobretudo, nestas relações cujo objeto seja marcado por sua essencialidade, além destes princípios, outros instrumentos<sup>535</sup> e princípios também poderão ser chamados a atuar em benefício, tal como se mostrou com o princípio da vulnerabilidade, que inclusive é o fundamento para existência e aplicação de normas especiais protetivas.

Além disso, aos contratos existenciais devem ser impostos uma mitigação das sanções resultantes do inadimplemento por parte do contratante necessitado. Isto é, como se trata de bens e serviços vitais e o dano oriundo da ausência destes pode ser irreversível, deve ser dado um prazo razoável para o novo adimplemento sem que isto enseje o corte do bem ou serviço. Afinal, não se deixa de adimplir a uma obrigação essencial por mera vontade. Na maioria das vezes, são situações de crises ou superendividamentos familiares.

Inclusive é o que acontece nos contratos celebrados com planos de saúde. Isto porque, a Lei Federal 9.656/98, em seu inciso II, art. 13, parágrafo único, dispõe que é vedado a suspensão ou rescisão unilateral, salvo se os motivos forem fraude ou não pagamento da mensalidade superior a 60 dias. O que significa dizer que, o consumidor, ainda que inadimplente, tem direito a atendimento médico-hospitalar durante este

---

<sup>535</sup> “As peculiaridades da sociedade brasileira e de parte de seu povo, todavia, fazem com que as garantias formais (controle da redação das cláusulas dos contratos de adesão, por exemplo) não sejam suficientes para colocarem consumidores e instituições financeiras em pé de igualdade informacional quanto ao objeto contratado. Não sendo tais peculiaridades suficientemente atendidas pela legislação, cabe aos Tribunais servirem-se dos dispositivos do art. 51 do CDC (LGL\1990\40), sobre cláusulas nulas, bem como, de modo integrativo válido e previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Parte da chamada ineficiência do Judiciário na recuperação das garantias nada mais é que a aplicação do direito positivo”. MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013. p. 47-63.

período, pois a saúde é direito fundamental e imprescindível para uma vida digna humana<sup>536</sup>.

Ademais, em hipóteses de suspensão ou interrupção de serviços de saúde, fornecimento de serviços essenciais pelo Poder Público, “[...] a doutrina vem explorando com altivez a flexibilização do inadimplemento de parcelas determinadas nos contratos cativos de prestação de serviços de saúde ou naqueles relacionados ao fornecimento de água e energia elétrica, cujo conteúdo contratual está diretamente ligado à satisfação dos direitos de personalidade”<sup>537</sup>.

Da mesma forma, a Lei federal nº 9.870/99, em seu art. 6º, que proíbe a prática de sanções pedagógicas, apenas impedindo a renovação do contrato.

No mesmo sentido, Negreiros, entende que contratos que versem sobre bens ou serviços relacionados às necessidades humanas poderiam “[...] prever cláusula obrigatória de prazo de carência, antes de cujo término o beneficiário do bem essencial não poderia ser dele privado, mesmo estando inadimplente”<sup>538</sup>.

Portanto, nos contratos existenciais, esta clássica ruptura dos contratos (patrimoniais) quando do inadimplemento contratual deve sofrer atenuações significativas considerando o respeito aos valores essenciais da vida humana.

A aplicação de um regime diferenciado ainda se faz necessário, pois, conforme bem assevera Iturraspe<sup>539</sup> a condição pós-moderna ainda está amplamente marcada pela omissão do Estado e na demasiada presença do mercado, o que conseqüentemente acarreta no aumento da pobreza, que em termos jurídicos representa o rebaixamento das pessoas ao acesso aos direitos fundamentais em detrimento do superávit econômico.

---

<sup>536</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº10024130758006001 MG; Relator: José Marcos Vieira; Data de Julgamento: 06/02/2014; Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL; Data de Publicação: 17/02/2014). Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral. Preliminar de extinção do processo. Ilegitimidade ativa. Inexistência. Rescisão unilateral do plano de saúde coletivo. Usuária em tratamento. Iminente risco. Impossibilidade. Princípios da boa fé objetiva e dignidade da pessoa humana. Improvimento do recurso. 1 - A estipulante do plano, figurante nominativa da apólice, exerce os direitos inerentes a esta última e se investe na legitimidade para discutir em juízo as cláusulas contratuais, notadamente a de rescisão. 2 - Estando a usuária em pleno tratamento médico, já realizadas três sessões de quimioterapia às expensas da Agravante, ainda restando doze indicadas pelo médico (f. 118-TJ) - situação que reclamaria justificativa específica, não atingível, em princípio, por notificação incondicionada - dúvida não há de que a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da abusividade da cláusula, perde relevo em razão da tutela à vida e à saúde da usuária, de estatura constitucional.

<sup>537</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 283.

<sup>538</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 470.

<sup>539</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Cómo contratar en una economía de mercado**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 122. Veja que os exemplos fornecidos pelo ilustre Professor argentino todos dizem respeito a direitos fundamentais: segurança pública, educação, saúde e tratamento de detentos.

A partir do exposto, aos contratos existenciais devem ser aplicados uma tutela qualitativamente diversa, funcionalizada à proteção, à conservação e ao livre desenvolvimento da pessoa<sup>540</sup>, isto é, própria de sua classificação que exige uma primazia das situações existenciais frente as patrimoniais. Para tanto, os princípios da confiança, dignidade da pessoa humana, boa-fé, função social constituem verdadeiros instrumentos para se evitar a inutilidade do contrato, conforme pode-se perceber nos julgados a respeito das relações jurídicas que versem sobre os direitos de moradia, serviços prestados pela Administração Pública de fornecimento de água e energia elétrica, bem como os contratos de transporte, pois trazem em seu bojo bens ou serviços que são essenciais à subsistência humana.

#### 4.3.2 Contratos existenciais de moradia

No Brasil, o direito à moradia somente foi incorporado na condição de direito fundamental social na Constituição Federal de 1988, a partir da emenda constitucional nº26/2000. No plano internacional, diversos tratados internacionais<sup>541</sup> já faziam referência a esta dimensão fundamental e social do direito à moradia.

Ainda que não fosse assim, o direito à moradia é direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade (CF, art. 1º, III), direito à vida (CF, art. 5º, *caput*), direito à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), direito à segurança (CF, art. 5º, *caput*), direito à igualdade (CF, art. 5º, *caput*), direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, V e X) e, também o direito à saúde (CF, art. 6º). Sarlet ainda aponta que o direito fundamental à moradia também pode ser extraído dos dispositivos que versam sobre o salário mínimo (CF, art. 7º, IV); da função social da propriedade (CF, art. 5º; art. 170, III e art. 182, §2º); usucapião especial urbano (CF, art. 183) e rural (CF, art. 191).

---

<sup>540</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 451.

<sup>541</sup> Segundo Sarlet, “[...] o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se, seja pela sua procedência cronológica, seja pela sua relevância, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, onde, no artigo 11, consta que ‘os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida’. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 20 – dez-jan-fev. 2009/2010. Salvador, 2009, p. 10. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

Nessa linha, o direito à moradia tem sido considerado como uma condição material mínima para uma existência digna, pois mais do que ser considerado apenas como um direito de propriedade<sup>542</sup>, também constitui local de liberdade da pessoa e sítio de emancipação humana. Afinal, trata-se de “[...] um espaço adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar [...]”<sup>543</sup>, sem o qual não há que se falar em vida, tampouco em uma existência com dignidade ou no desenvolvimento da sua personalidade.

Por isso que, contratos que versarem sobre direito à moradia - sob as mais diversas modalidades, quais sejam corretagem, agenciamento, mandato, locação, dentre outros - devem ser classificados como existenciais e a eles devem ser impostos regime jurídico especial e qualitativo, haja vista a essencialidade da moradia para o desenvolvimento da personalidade e concretização de um padrão mínimo de vida digno.

No entanto, a Carta Magna não delimita o objeto e o âmbito de proteção do direito à moradia, cabendo aos intérpretes e Tribunais operar hermenêutica adequada que possa suprir referida lacuna. Para tanto, assume lugar as disposições contidas em tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil, a partir do reconhecimento do bloco da constitucionalidade, que se ampara nas declarações de direitos humanos que por certo especificam tal conteúdo, até porque são elas as bases dos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

---

<sup>542</sup> Na verdade, o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade e nem com o direito à propriedade, conforme ressalta Sarlet: “muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, para, além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo – é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios”. Daí dizer que o direito à moradia pode referir-se tanto às situações de propriedade como às de posse (nesta última valendo-se da locação, comodato, a usucapião entre outras relações jurídicas previstas no ordenamento). SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n° 20 – dez-jan-fev. 2009/2010. Salvador, 2009, p. 17. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

<sup>543</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n° 20 – dez-jan-fev. 2009/2010. Salvador, 2009, p. 15. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

A Comissão da Organização das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por exemplo, identificou diversos elementos básicos indicativos do conteúdo e âmbito de proteção ao direito fundamental à moradia<sup>544</sup>:

- i. Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem;
- ii. Disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico etc.);
- iii. As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- iv. A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes;
- v. Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência;
- vi. Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;
- vii. A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Exposto este conteúdo e o âmbito de proteção mínimo do direito à moradia, reafirma-se sua íntima ligação com o princípio-valor da dignidade humana e, portanto, a necessidade de sua efetiva proteção. Na jurisprudência brasileira, por exemplo, o direito à moradia comparece como parâmetro interpretativo que amplia o conceito de família, pois, se “habitar é fundamental à dignidade de qualquer indivíduo, esteja ele integrado a uma família ou não”<sup>545</sup>, logo se permite que pessoa solteira possa se valer da tutela de impenhorabilidade do bem de família. Em outras palavras, esta impenhorabilidade do bem de família decorre do fato da moradia constituir direito fundamental e essencial para o livre desenvolvimento da pessoa humana, independente do seu estado civil.

Ademais, tal é a sua fundamentalidade que em contrato firmado pelos mutuários para aquisição da casa própria, o direito à moradia indubitavelmente deve prevalecer sobre interesses meramente patrimoniais, ainda mais quando o débito se encontrar em discussão, haja vista o dano lamentável a ser suportado por aquele que depende deste bem essencial<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n° 20 – dez-jan-fev. 2009/2010. Salvador, 2009, p. 19. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

<sup>545</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

<sup>546</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n° 70003299401; Relatora. Des. Mara Larsen Chechi; Data de Julgamento: 28/11/2001. Ementa: Agravo de Instrumento. Processual

É de se dizer que merece reforço as situações jurídicas que sejam instrumentais e essenciais à realização de uma vida livre e digna. Ora, “[...] a falta de disponibilidade de uma moradia insere-se na noção de obstáculo a ser removido. Do mesmo modo, a normativa pela qual República assegura a todos o acesso à propriedade privada e favorece o acesso da poupança popular à propriedade de habitação [...]”<sup>547</sup> assume fundamento diverso do meramente patrimonial.

Da mesma forma, esse liame existencial da moradia<sup>548</sup> também pode ser visto na proteção dos bens do fiador em contratos de locação quando do descumprimento do locatário da obrigação de pagar aluguel<sup>549</sup>. Apesar do atual entendimento pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador<sup>550</sup>, entende-se que o

---

Civil e Consumidor. Antecipação de tutela. Acesso a cadastros de inadimplentes. Riscos potenciais. Controle quanto a correção, forma e necessidade de sua utilização. Embora o acesso a cadastros de consumidores constitua, em tese, exercício regular de direito do fornecedor, impõe-se o controle rígido, seja administrativo, seja judicial, quanto a correção, a forma, e a necessidade da utilização desses registros, pelas consequências devastadoras que pode acarretar na esfera privada do consumidor. Sistema Financeiro Habitacional e Processual Civil. Execução extrajudicial. Sustação. Antecipação de tutela. Imóvel hipotecado. Litígio acerca do débito. Direito à moradia. Proteção. Dignidade humana. Interesse prevalente. A pendência de litígio acerca do débito de mútuo hipotecário torna controvertida a liquidez da dívida e a mora, conferindo verossimilhança ao alegado direito a sustação da execução extrajudicial, para proteção da moradia, indispensável à operacionalização da garantia constitucional à dignidade humana, que se sobrepõe a direitos meramente patrimoniais. Agravo provido”.

<sup>547</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. 3ª ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.

<sup>548</sup> De acordo com Perlingieri, o direito de moradia pode ser lido sob duas acepções distintas: econômica e sobre a liberdade pessoal como aspecto de um unitário valor normativo que é a tutela da pessoa. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 198.

<sup>549</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 5135895620108260000 SP 0513589-56.2010.8.26.0000, Relator: Amorim Cantuária. Data de Julgamento: 15/02/2011. Ementa: Agravo de Instrumento - contrato de locação residencial - inadimplemento - cumprimento de sentença - penhora que recaiu sobre bens da fiadora - móveis de pequeno valor que não ultrapassam as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida - impenhorabilidade absoluta (artigo 649, ii, do CPC - princípio da dignidade da pessoa humana - incidência. A insuportabilidade da vida dos executados, se não forem - preservados determinados bens, e a indispensabilidade dos mesmos, -para assegurar uma vida digna do obrigado, verdadeiras manifestações da cidadania, balizam a noção de impenhorabilidade dos bens móveis que guarnecem a moradia do devedor. Na hipótese dos autos, os móveis constrictos são essenciais e de pequeno valor, além do que não ultrapassam as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, motivo pelo qual são impenhoráveis, nos termos do artigo 649, II, do Código de Processo Civil, ainda que integrantes do patrimônio de fiadora em contrato de locação de imóvel. Recurso Provido.

<sup>550</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental AgRg no RMS: 24658 RJ 2007/0172387-7, Relator: Ministro Nefi Cordeiro; Data de Julgamento: 03/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2014. Ementa: Agravo Regimental no recurso em Mandado de Segurança. Locação de imóvel. Fiador. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990. Precedentes. STJ e STF. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em virtude da obrigação decorrente de contrato de locação, é possível a penhora do bem destinado à moradia do fiador, conforme prevê o inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, acrescentado pela Lei n. 8.245/1991. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 407.688, entendeu que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. 3. Agravo Regimental improvido.

direito à moradia “[...] integra parâmetros mínimos para uma vida saudável, tomando o lugar em um conjunto de direitos compõe o mínimo existencial”<sup>551</sup>, isto é, o direito à moradia remete-se à existência humana traduzida em condições mínimas de dignidade.

Exatamente por isso, o fiador deveria ter, pelo menos, os mesmos direitos do devedor principal<sup>552</sup>, haja vista que o direito à moradia integra um mínimo necessário para uma existência digna e livre desenvolvimento da sua personalidade.

Dito isso, pode-se dizer que obstaculizar o direito fundamental à moradia e à habitação é mitigar a existência e o direito à vida da pessoa, uma vez que a ausência de lugar adequado à proteção contra as intempéries, para a reserva da privacidade e intimidade, para a alocação de toda a família, donde vicejam saúde e bem estar, reflete diretamente no rebaixamento da qualidade de vida da pessoa humana, impedindo o livre desenvolvimento da personalidade.

#### 4.3.3 Contratos existenciais de fornecimento de serviços públicos

A classificação dos contratos em existenciais também pode ser empregada aos contratos celebrados com a Administração Pública para o fornecimento de serviços públicos, tais como o fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, dentre tantos outros. Inclusive, segundo Miragem<sup>553</sup>, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao fornecimento de serviços públicos, tais quais os aqui citados, embora não esteja razoavelmente assentado como este pode ser aplicado e quais as consequências.

Realmente, “uma das grandes novidades do sistema do CDC é incluir as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, no caso dos serviços públicos que a elas competem (art. 175 da CF)”<sup>554</sup>. Nesse sentido, consideram-se também fornecedores

---

<sup>551</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 133.

<sup>552</sup> Nessa linha, diante da posição desvantajosa do fiador-terceiro nos contratos de locação, haja vista a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador, a autora Marques defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor “[...] pelo menos em relação aos contratos envolvendo uma administradora de imóveis, aquele que assina o contrato de adesão de locação e o seu fiador”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 474.

<sup>553</sup> MIRAGEM, Bruno. **Regras do CDC valem também para os serviços públicos**. Consultor Jurídico – CONJUR- Disponível em: <http://brasilcon.org.br/noticias/Regras+do+CDC+valem+tamb%C3%A9m+para+os+servi%C3%A7os+p%C3%BAblicos>. Acesso em: 24 de março de 2016.

<sup>554</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7ª ed. rev. atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 623.

as empresas concessionárias ou permissionárias que fornecem o respectivo serviço e consumidores seus usuários ou equiparados.

Dito isso, os consumidores de serviços públicos são ainda mais protegidos pela legislação, especialmente quando os serviços são considerados como essenciais pela doutrina<sup>555</sup> e jurisprudência essenciais, razão pela qual devem ser fornecidos de modo contínuo, seguro e eficiente, conforme dispõe o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, bem como pelas regras do direito administrativo. Mesmo assim, são inúmeros os casos que o Código de Defesa do Consumidor não é chamado para atuar, conforme pesquisa realizada pelo autor Miragem<sup>556</sup>.

No entanto, dado a essencialidade dos objetos contratuais de prestação de serviços públicos à subsistência e à integridade física da pessoa humana, a aplicação de um regime especial e diverso ainda se faz necessário. Tanto é verdade, que em uma análise alguns julgados, verifica-se que a suspensão do fornecimento de tais serviços é considerada ilegal, porquanto extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula geral da dignidade humana, até mesmo quando o usuário utilizava-se do serviço de maneira supostamente criminosa<sup>557</sup>.

---

<sup>555</sup> O autor Benjamin entende que, embora o Código de Defesa do Consumidor não disponha sobre o que ver a ser os serviços essenciais, a essencialidade deve então ser “[...] interpretada em sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de correios) [...]”. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et. all. **Comentários ao Código de proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 111.

<sup>556</sup> MIRAGEM, Bruno. **Regras do CDC valem também para os serviços públicos**. Consultor Jurídico – CONJUR- Disponível em: <http://brasilcon.org.br/noticias/Regras+do+CDC+valem+tamb%C3%A9m+para+os+servi%C3%A7os+p%C3%BAblicos>. Acesso em: 24 de março de 2016.

<sup>557</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8915/MA; Min. Rel. Min. José Delgado; DJ. 17.08.98. Ementa: Administrativo. Mandado de Segurança. Energia Elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade. 1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

Atualmente, a jurisprudência tem entendido que a interrupção da prestação destes serviços essenciais é possível quando feita a notificação corretamente<sup>558</sup>. Apesar desta posição, entende-se que em situações em que há outros direitos implicados, como no fornecimento de serviços públicos em que há a vida, a segurança, saúde, dentre outros, estes sempre devem prevalecer<sup>559</sup>. Afinal, é preciso que os interesses existenciais tenham primazia frente aos interesses patrimoniais, sob pena do risco de dano àquele que depende do fornecimento de determinado serviço ser irreparável.

Inclusive, alguns julgados têm entendido que, no caso dos serviços públicos referentes a energia elétrica, há que se assegurar sua continuidade ainda que inadimplente o consumidor (art. 22, Código de Defesa do Consumidor), pois medida contrária é atentatório à dignidade da pessoa humana e ao princípio da razoabilidade.

De outra forma não poderia ser, pois é inaceitável admitir o corte desse fornecimento como meio coercitivo de cobrança, adotado pela concessionária para compelir o suposto devedor a saldar pendência, uma vez que esta pode se valer de outros meios para alcançar a satisfação dos créditos e que não seja tão danosa à pessoa humana. Ainda mais voltando ao que foi dito anteriormente por Kant, o credor tem direito à prestação, o que não quer dizer que o devedor deva pagar tal com sua própria pessoa.

O corte de energia elétrica submete à pessoa a uma condição abaixo do necessário à subsistência, pois, afinal, tudo depende desta energia. A sua falta, portanto, promove um rebaixamento na sua dignidade e, conseqüentemente no seu livre desenvolvimento da personalidade, razão pela qual, justifica uma intervenção judicial mais forte e protetiva, a fim de promover a pessoa humana no seio da sociedade.

---

<sup>558</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.270.130 - RJ (2010/0013485-2); Min. Rel. Benedito Gonçalves; D. J 16/11/2011. Ementa: Administrativo e Processual civil. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Suspensão no fornecimento de energia elétrica. Município do Rio de Janeiro. Precedentes. Dívida controvertida. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 1. A Lei de Concessões condiciona a suspensão no fornecimento de energia elétrica ao "interesse da coletividade", que impossibilita o corte na iluminação pública e nas unidades públicas essenciais, quando, então, a concessionária deve fazer uso da ação de cobrança. Precedentes. 2. Observada a restrição legal, é lícita a interrupção do fornecimento de energia elétrica se, após prévio aviso, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da dívida incontroversa. 3. No entanto, no presente caso, o acórdão recorrido assentou que a suspensão não se legitima ante a controvérsia sobre o valor da dívida, discutida em sede administrativa, bem como do pagamento da quantia incontroversa. 4. A revisão das premissas fáticas utilizadas pelo Tribunal de origem encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

<sup>559</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 50746114520144047000 PR. 24/06/2015. Ementa: Administrativo. Mandado De Segurança. Suspensão do serviço de energia elétrica. Fraude no medidor de consumo. Débito pretérito. Impossibilidade. 1. O corte de energia pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo. 2. Para débitos consolidados, seja por infração administrativa, seja por falta de quitação de débitos antigos, não pode a fornecedora suspender o fornecimento de energia elétrica, serviço público essencial, como forma de coerção para o seu pagamento, por ser meio ilegal de cobrança, sobretudo pelo que dispõem os artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis à espécie.

Nesta linha, segue o trecho da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: “admitir-se a utilização de corte do fornecimento de energia elétrica, como forma de coação ao pagamento pelo inadimplente, importa agressão aos princípios basilares do ordenamento constitucional e do Código de Defesa do Consumidor”<sup>560</sup>, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proteção do usuário.

Da mesma forma, são os contratos de prestação de serviço de água potável e esgoto, pois também são serviços essenciais e, portanto, imprescindíveis ao bem comum e ao pleno desenvolvimento da pessoa. Até mesmo porque, o não fornecimento de água oferece, diretamente, risco de danos incomensuráveis ao indivíduo, já que não pode obtê-la por outros meios senão através do serviço público criado e implementado para esse fim.

Sendo, portanto, a água um bem de consumo indispensável a uma vida digna, também não é razoável aceitar que o corte no seu abastecimento seja meio idôneo de ameaça ou coação para afastar inadimplemento, quando se tem outras vias para a devida satisfação<sup>561</sup>. Ademais, tal atitude seria contrária aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e dos princípios consagrados na Carta Magna.

A partir do exposto, tendo em vista a essencialidade dos objetos destes vínculos contratuais, bem como a vulnerabilidade daqueles que se encontram dependentes de tais serviços vitais, propõe-se a aplicação de um regime mais protetivo, a partir do reconhecimento da primazia dos interesses existenciais sobre os patrimoniais. Isso porque, embora existam julgados na jurisprudência nesta linha, a pessoa humana ainda encontra-se refém das soluções patrimonialistas.

#### 4.3.4 Contratos existenciais de Transporte

---

<sup>560</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0002009-62.2007.8.26.0624; Relator: Emanuel Oliveira; Data de Julgamento: 09/11/2005; 34ª Câmara do sétimo grupo. Ementa: Energia elétrica - serviço público essencial - consumidor inadimplente - corte de fornecimento impossibilidade. O corte de energia elétrica, utilizado pela concessionária, como forma de obrigar o usuário ao pagamento de tarifa arbitrada em razão de irregularidade, extrapola os limites da legalidade, por existir outros meios para alcançar a satisfação do débito. Recurso provido.

<sup>561</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Relator: Natanael Caetano; Data de Julgamento: 15/10/2009, 1ª Turma Cível. Ementa. Ação declaratória de inexistência de débito. Tutela Antecipada. Restabelecimento do fornecimento de água. Corte no abastecimento por falta de pagamento. Mitigação. Princípio da dignidade da pessoa humana. Materialização. A água e a luz são bens essenciais à vida digna de toda a população, restando inaceitável que o corte de seu abastecimento seja meio idôneo para ameaçar ou coagir consumidor inadimplente. Com isso, assegura-se aos indivíduos o direito de usufruir dos serviços considerados de natureza essencial à concretização dos preceitos básicos da dignidade da pessoa humana.

Enquadra-se ainda na classificação como contratos existenciais os contratos de transporte, que apesar de classificado pelo Antônio Junqueira, marco teórico desta classificação, como sendo contrato de lucro (dicotomia do século XXI), neste trabalho entende-se que os contratos de transporte de pessoas (art. 734, Código Civil Brasileiro), apesar de ser remunerado, permite entendimento divergente, porquanto o objeto fim deste contrato também é a vida<sup>562</sup>.

Nessa linha, Miragem defende que o contrato de transporte ostenta distintas qualificações, pois pode ser tanto espécie de contrato empresarial – quando se tratar “[...] do transporte de coisas, destinado a incrementar a atividade empresarial dos agentes econômicos – ou contrato de consumo, tanto no transporte de coisas no qual o consumidor seja remetente ou destinatário que contrate o serviço, ou como regra, no transporte de pessoas”<sup>563</sup>.

No que diz respeito ao transporte de pessoas, acrescenta o autor tratar-se ainda de um serviço público essencial, dado a sua imprescindibilidade para aquele que dele necessita. Ora, com o fenômeno da globalização, mesmo a liberdade fundamental de locomoção estar assentada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão desde 1789, atualmente, tem parte considerável na sua realização prática os meios de transporte, em especial o coletivo urbano.

O que significa dizer que o transporte em si é responsável por atender às possibilidades e necessidades da grande maioria da população brasileira. Na verdade, o transporte de passageiros “[...] envolve indiretamente (e podem violar) direitos fundamentais dos indivíduos, tais como o direito à liberdade e livre movimentação e o direito à vida e integridade”<sup>564</sup>, razão pela qual é evidente o caráter essencial e, portanto, contínuo que este serviço deve assumir<sup>565</sup>. Isto porque, devem-se assegurar,

---

<sup>562</sup> Segundo Miragem, “[...] pelo transporte se incrementou a circulação da riqueza e tornou-se possível uma maior divisão do trabalho, facilitando a produção e comercialização de bens, assim como a circulação de pessoas. Mais recentemente, o fenômeno da globalização, e seu desenvolvimento a partir do final do século passado, tem sua sede na facilitação do acesso à informação e dos transportes de pessoas e coisas, com maior velocidade e segurança, tendo como origem e destino praticamente todos os lugares do planeta”. MIRAGEM, Bruno. Transporte coletivo de passageiros: desafio do direito do consumidor no século XXI. *In. Revista do Direito do Consumidor*. Vol. 100 – ano 24, p. 61-89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015, p. 62.

<sup>563</sup> MIRAGEM, Bruno. Transporte coletivo de passageiros: desafio do direito do consumidor no século XXI. *In. Revista do Direito do Consumidor*. Vol. 100 – ano 24, p. 61-89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015, p. 68.

<sup>564</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 498.

<sup>565</sup> Art. 22. Código de Defesa do Consumidor: 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.

minimamente, condições para uma existência digna à pessoa humana e o transporte de passageiros encaixa-se neste rol.

Sendo assim, é possível qualificar este contrato (ou “contato social”) como existencial. Não há dúvidas de que o transporte seja elemento essencial e mínimo para o desenvolvimento da pessoa nesta sociedade informacional e globalizada, tampouco restam dúvidas a respeito da vulnerabilidade destes que entregam suas vidas em troca de uma prestação de serviços, nem sempre (quase nunca) de qualidade.

Nessa linha, as modificações estruturais e principiológicas adotadas pelo Código Civil de 2002 com relação aos contratos de transporte também salientam a importância da preservação da vida e a garantia do pleno desenvolvimento da pessoa humana: o transportador deve conduzir o passageiro, de um lugar ao outro, com vida. É dizer, deve conduzir a pessoa humana sã e salva ao seu destino. O transporte com vida é o que se verifica imprescindível e, não apenas o transporte. Tanto é verdade que, descumprido o dever do transportador levar o viajante incólume ao destino, surge o dever de indenizar do transportador independentemente de culpa<sup>566</sup>, inclusive de terceiros.

Dito isso, apesar da existência de lucratividade nestes contratos de transporte de pessoas, até mesmo porque a patrimonialidade é uma circunstância objetiva do contrato em si, a situação existencial aqui presente, que é a de transportar a pessoa humana com vida, ganha maior relevância, porquanto aceitar ser transportado sem a garantia da preservação de sua vida traduz na própria inutilidade do contrato. Isto é: razão não há para se falar em transporte de pessoas se não for para ser lhe garantido, ao menos, a vida até seu destino almejado<sup>567</sup>, conforme se verifica:

Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Acidente sofrido por passageiro. Vítima fatal. Código de Defesa do Consumidor. Dec. n. 2.681/12. Fato de terceiro. Fator de exclusão de responsabilidade. Inevitabilidade e Imprevisibilidade. Reexame de prova. Conflito aparente de normas. Dano moral. É dever da transportadora conduzir o passageiro incólume até o local de destino. Falecendo passageiro em razão de acidente em estrada há culpa presumida da empresa de transporte interestadual, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (art. 17 do Decreto 2.681/12). O Decreto 2.681/12 não se encontra revogado pelo

---

<sup>566</sup>Art. 734. Do Código Civil: O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

<sup>567</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº246294 RJ 2000/0007033-5, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 25/04/2000. Responsabilidade Civil. Transporte de passageiro. Ato de terceiro. Conteúdo da sentença condenatória. - A transportadora responde pela indenização do dano sofrido pelo passageiro que desce do ônibus avariado para auxiliar o motorista e é atropelado por outro veículo. Controvérsia a respeito da extensão da responsabilidade do transportador que não se estabelece no caso dos autos. - O acórdão que julga procedente a ação deve definir os danos indenizáveis e o critério de correção. - Recurso conhecido em parte e provido.

CDC no que tange a responsabilidade das estradas de ferro e, por analogia, das rodovias, e suas excludentes. Persiste assim, aplicável a Súmula 187/STF que determina que "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Inserindo-se o fato de terceiro nos riscos próprios do deslocamento e estabelecendo o acórdão a quo não ter sido imprevisível o sinistro não é este fator excludente da responsabilidade da transportadora<sup>568</sup>.

Outra decisão não seria possível, pois os interesses existenciais como a vida possuem papel de relevo, haja vista ocupar a dignidade da pessoa humana o epicentro do ordenamento jurídico, objeto de proteção prioritária. O que justifica a aplicação de um regime diverso e especial, advindo não pelo Código de Defesa do Consumidor, como por se tratar de um contrato cuja essencialidade adorna o objeto pactuado.

O Código de Defesa do Consumidor ao enquadrar como fornecedor de serviço o transportador de pessoas, impôs que o transportador responderá objetivamente pelos defeitos e vícios do serviço prestado ao consumidor, independentemente de culpa. O que se justifica, pois o defeito atinge a esfera dos direitos da personalidade do consumidor, como a vida, saúde e segurança, rebaixando sua existência, conforme dispõe o art. 14 do CDC<sup>569</sup>.

Ademais, a possibilidade de ser enquadrado na classificação aqui proposta em contratos existenciais, também garante a aplicação de um regime jurídico qualitativo com vistas à primazia dos interesses existenciais face os interesses patrimoniais, a partir da utilização dos princípios e cláusulas gerais próprios a seu favor. Verifica-se também a aplicação de uma hermenêutica satisfatória para os contratos existenciais que impõe dever de solidariedade entre o contratante que objetiva o lucro e o esforço proporcional, sem

---

<sup>568</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 293292 SP 2000/0134255-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/08/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.10.2001 p. 214<BR>RDR vol. 22 p. 288.

<sup>569</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: 00271990520138190206- RJ -0027199-05.2013.8.19.0206; Relator: Des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt; Data de Julgamento: 17/06/2015, Vigésima Sétima Câmara Cível/ Consumidor; Data de Publicação: 19/06/2015. Ementa: Agravo Interno em Apelação Cível. Ausência de elementos aptos a ensejar a alteração da decisão monocrática hostilizada, que negou provimento ao recurso, em decisão assim ementada: "Apelação Cível. Relação de consumo. Consumidor. Ação indenizatória. Transporte rodoviário. Cláusula de incolumidade. Contrato de transporte. Ônibus da ré que não cumpriu o itinerário até o ponto final, tendo o passageiro obrigado a caminhar de santa cruz a sua casa em nova Sepetiba por não ter dinheiro para outra passagem. Entre o transportador e passageiro vigora a cláusula de incolumidade, que possui característica implícita neste tipo de contrato. Esta cláusula determina que a obrigação do transportador é de resultado, e não simplesmente de meio, devendo transportar o passageiro incólume e seguro até o seu destino. Responsabilidade civil objetiva. Falha na prestação do serviço. Dano moral configurado. Verba indenizatória que observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção da sentença. Nega-se provimento ao recurso, na forma do caput do art. 557 do CPC". Desprovimento do Agravo Interno.

sacrifícios, do contratante vulnerável<sup>570</sup>. E porque não dizer emancipatória, já que não surda aos reclamos dos marginalizados, para os quais impõe, a partir de um regime diferenciado, a concretização da independência e autonomia essenciais à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade?

#### 4.4 Hermenêutica emancipatória dos contratos existenciais

De todo o exposto, importante destacar que a grande chave para entender a hermenêutica emancipatória é considerar a relevância dos direitos humanos consagrados na ordem mundial e, conseqüentemente na ordem jurídica interna, pois o redirecionamento da pessoa como ponto máximo do sistema reajustou a ciência jurídica como transformadora e promocional da pessoa perante a sociedade e o Estado.

Nesse contexto, a internalização dos direitos humanos demonstrou que mais importante do que saber qual estrutura normativa do direito é destacar sua função, sua instrumentalidade. E a função do direito é também promocional, de incentivo, de realização de atos socialmente desejáveis, de encorajamento<sup>571</sup>. Nessa linha, se o direito promove, conseqüentemente também emancipa<sup>572</sup>.

Dito isso, o Estado torna-se meio para a realização da pessoa, para promoção do seu livre desenvolvimento, modificando a concepção de que a pessoa é meio para a realização da sua vontade. Afinal, como já preconizado por Kant, a pessoa é fim em si mesmo e, portanto, a atividade estatal deve dirigir-se à sua realização, à sua emancipação.

O fundamento para tanto é a dignidade da pessoa humana que está intimamente ligada a autodeterminação da pessoa e com isso o desenvolvimento da sua personalidade. Desta feita, somente a partir do momento em que a pessoa é capaz de atuar como ser

---

<sup>570</sup> 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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011, p. 266-308.

<sup>571</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 15.

<sup>572</sup> “Anima o presente estudo, a partir de uma alavanca histórica e um determinado estímulo filosófico, sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro”. FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil-brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 187. Disponível em: [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28358/007\\_fachin.pdf?sequence=5](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28358/007_fachin.pdf?sequence=5). Acesso em: 28 de Janeiro de 2016.

autônomo e autoresponsável, sem submissão a qualquer outra pessoa é que a pessoa realiza-se e emancipa-se em todas as suas dimensões<sup>573</sup>.

Isto é, o direito ao modificar-se substancialmente com visos à igualdade substancial, segue a lógica de evitar o paternalismo e assistencialismo aos sujeitos desvantajados. Isto porque, ao funcionalizar seus institutos com vistas à dignidade humana propõe potencializar estes sujeitos ao invés de apenas distingui-los negativamente. Assim, é necessário compreender tanto os princípios da autonomia quanto da independência sob o viés da dignidade humana. Segundo Martins<sup>574</sup>:

A autonomia tem núcleo interno focado na liberdade, concretizando o exercício independente de direitos pela posse do estado de personalidade. Está a indicar que, normatizando a si próprio, pressupõe-se do indivíduo a capacidade de julgar, analisar, criticar, verificar o certo e o errado. Por sua vez, a independência confere a condição de existência, validade ou capacidade de determinando ente sem exigir a ação de outro.

Nessa linha, a autonomia e a independência conferida pelo ordenamento jurídico oferece condições para que as pessoas que estejam em situações de desvantagem perante a sociedade e o Estado sejam capazes de formar pensamento e se desenvolver livremente, de forma a exercerem tanto seus interesses existenciais quanto patrimoniais.

O que se justifica, pois na constatação de que o ambiente atual é marcado por choque entre mercado e direito, surpresas decorrentes do comércio eletrônico, rapidez nas transações, redes contratuais, publicidades enganosas e abusivas, “a possibilidade de rebaixamento da qualidade de vida da pessoa é uma constante: quer considerando a incolumidade existencial, quer a incolumidade econômica”<sup>575</sup>.

Portanto, o contrato existencial ao exigir o reconhecimento da vulnerabilidade dos sujeitos que contratam bens essenciais à sua subsistência está a preservar a autonomia e, consequentemente, a dignidade destes contratantes. Afinal, ao impor um regime jurídico diverso e qualitativo que possibilita que os contratantes que do bem essencial necessitam impedem que sejam colocados em situação de rebaixamento de sua qualidade de vida.

Ora, o reconhecimento da vulnerabilidade se apresenta mesmo como alternativa para a emancipação destas pessoas cujo ordenamento jurídico não foi capaz de proteger.

---

<sup>573</sup>DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.248.

<sup>574</sup>MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio**. Artigo cedido pelo autor.

<sup>575</sup>MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio**. Artigo cedido pelo autor.

Ao princípio da vulnerabilidade, portanto, é dada a função de colmatar lacunas, mas também dever-ser exigente de maior tutela dos direitos fundamentais.

Como pode ser verificado na Lei 13.146/2015 (Estatuto do Deficiente Físico) que, ao considerar as pessoas portadoras de necessidades especiais capazes, promoveu sua emancipação, mas de forma insuficiente, deixando estas pessoas expostas às práticas comerciais e abusivas do mercado, por exemplo. No entanto, a vulnerabilidade e também o instituto da interdição do Código Civil, são chamados para atuarem em favor destas pessoas nestes casos de falhas emancipatórias deste novo Estatuto<sup>576</sup>.

O Estatuto das Pessoas com Deficiência tem por objetivo assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos da personalidade e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”<sup>577</sup>.

Tal é a importância desta Lei, pois, é sabido que, apesar das grandes mudanças do Código Civil de 2002 e sua opção personalista<sup>578</sup>, o tema incapacidade<sup>579</sup> é bastante criticado por ainda permanecer atrelado aos aspectos patrimoniais. Em outras palavras, é dizer que para o exercício dos atos ligados a interesses patrimoniais, o incapaz era assistido ou representado, a depender da sua incapacidade e, quanto aos interesses existenciais, como a vida sexual, personalidade, dentre outros, tal tutela ficava em aberto, sem nenhuma regulamentação ou proteção por parte do Estado.

Isto decorria, pois tais pessoas são classificadas no Código Civil como pessoas sem absoluta capacidade (art. 3º), razão pela qual deveriam ser representados nos atos da sua vida civil, especialmente quando em jogo o acervo patrimonial.

Percebido tal incongruência, o novo Estatuto das Pessoas com Deficiência os retiraram “[...]do rol de incapacidade absoluta (CC, art. 3º) e apenas, em casos específicos e comprovados satisfatoriamente de deficiência severa ou qualificada podem dar causa à

---

<sup>576</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Anclagem e o Desafio.** Artigo cedido pelo autor.

<sup>577</sup> Art. 1º, *caput*, Lei 13.146/2015: “É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

<sup>578</sup> Perlingieri explica bem sobre este personalismo: “A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu próprio e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para sua realização”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

<sup>579</sup> Além do critério etário, a falta de discernimento e a impossibilidade de manifestação plena da vontade são condições para a limitação do exercício dos atos jurídicos. Nesse sentido, ver art. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002.

curatela. Caso contrário, o transtorno mental será simples do qual não decorrerá incapacidade alguma”<sup>580</sup>. Da mesma forma, altera-se o art. 4º do Código Civil, em que os relativamente incapazes passam a ser apenas ébrios e toxicômanos habituais.

Nessa linha, a regra geral para as pessoas com déficit funcional passa a ser a capacidade plena, sendo a curatela apenas medida extraordinária e delimitada apenas no âmbito patrimonial. Isto pois, o Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta a possibilidade do exercício dos direitos da personalidade destes sujeitos, tais como o direito de casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos, dentre vários outros exemplificados no art. 6º da Lei. Isto revela que, apesar de sua condição, as pessoas com deficiência também são pessoas humanas, portadoras de vontades e necessidades existenciais.

Daí realmente a maior e melhor contradição de todas: se antes os portadores de deficiência eram excluídos e temidos pelo ordenamento, hoje são os protagonistas de uma hermenêutica emancipatória do sistema.

Percebe-se então, que a nova Lei tem como propósito atribuir à pessoa com limitações a sua proteção integral, em todos os aspectos e, principalmente, promover seu livre desenvolvimento, por considerá-la igualmente sujeito de direito. Nesse sentido, a autonomia existencial ganha força e destaque. A valorização da pessoa humana frente às situações patrimoniais demonstra mais uma vez um cenário, cujos atores principais são a existência da pessoa humana e o seu livre desenvolvimento. E não poderia ser diferente. Somente promovendo a pessoa, é possível falarmos na sua emancipação.

Afinal, o Estatuto das Pessoas com Deficiência ultrapassou o conceito de pessoa passiva, isto é, receptora de assistência, para potencializar este sujeito como uma pessoa formadora de pensamento e inclusa no âmbito social. No entanto, segundo Martins, esta emancipação promovida pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência é falha, pois não traz as mesmas ‘salvaguardas’ que a Convenção que lhe deu causa em relação à vedação de qualquer medida arbitrária que solape o acervo deste titular de direitos<sup>581</sup>.

Dado as falhas apontadas pelo autor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e dado o contexto plural em que se inserem, deve-se utilizar, de maneira dialógica, as normas do ordenamento jurídico que melhor tutelem e promovam esta pessoa quando esta encontrar-

---

<sup>580</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio.** Artigo cedido pelo autor.

<sup>581</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio.** Artigo cedido pelo autor.

se sem proteção. Nestas situações de falha, a vulnerabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor mostra-se suficiente para colmatar tais lacunas e ainda exigir maior tutela aos direitos fundamentais. Afinal, a vulnerabilidade é mesmo instrumento de uma hermenêutica favorável aos direitos humanos, sobretudo à pessoa humana.

Dito isso, a classificação em contratos existenciais também se mostra uma alternativa para o desenvolvimento desta hermenêutica emancipatória. Afinal, engloba e protege todas aquelas pessoas que se encontram em posição de desigualdade em uma relação contratual, à margem ou não da proteção do Código de Defesa do Consumidor, dado à essencialidade do objeto pactuado para a subsistência do contratante.

Para tanto, impõe um tratamento privilegiado e promocional, principalmente a partir do reconhecimento da vulnerabilidade destas pessoas no caso concreto. Nessa linha, o reconhecimento da vulnerabilidade do Código de Defesa do Consumidor para além de seu âmbito quando vislumbrado falha do ordenamento jurídico para proteção e promoção da pessoa que se encontra em situação de desigualdade auxilia no desenvolvimento de uma hermenêutica efetivamente emancipatória. Portanto, o contrato existencial, ao chamar a vulnerabilidade para atuar, tem mesmo objetivo de tutelar, promover e emancipar tais sujeitos.

Afinal, não há como terem autonomia se ausentes tais objetos e, se não tem autonomia, não há que se falar sequer em dignidade, quiçá em seu livre desenvolvimento. Ora, emancipar é ultrapassar a ficção jurídica e reconhecer a pessoa e suas necessidades concretas, é reduzir as desigualdades, promover todas as pessoas, concretizar independência e autonomia essenciais ao livre desenvolvimento. E somente reconhecendo a pessoa e suas necessidades, bem como aplicando tratamento diverso e qualitativo é possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O que significa dizer que, neste ambiente pós-moderno, cujo o contexto é mesmo de coordenação entre as fontes, entre os sistemas, a classificação em existencial também propõe um esforço entre os dois regimes, fornecendo elementos para proteção do acervo patrimonial e, ao mesmo tempo, ofertando concretude e ampliação dos interesses existenciais.

Assim, no âmbito contratual, especialmente no contexto da sociedade globalizada e consumerista, faz-se imprescindível uma nova classificação contratual que invoque como critério hermenêutico os direitos humanos. Somente estes direitos, aliada aos demais princípios e valores do ordenamento jurídico, são capazes de promover e emancipar a pessoa humana.

Longe de esgotar o tema, mas apenas com intuito em apontar uma direção para que os aplicadores do direito melhor possam alcançar a justiça do caso concreto e promover a efetiva proteção da pessoa humana, em casos tais quando o objeto for essencial à sua subsistência, verifica-se que a caminhada para chegar até aqui não é tranquila e, para muitos pode ser considerada utópica. Utopia ou não, é preciso dizer que todas as ciências começaram por seres amadores, isto é, por aqueles que encontram o que buscam e o entendimento os encontram porque o amor busca. Nessa linha, os contratos existenciais é esta nova inspiração, este novo suspiro de entusiasmo.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade atual vive um período de transformações que afetaram os mais diversos setores do ambiente social, inclusive o pensamento jurídico. Vive-se um momento de transição de valores, simpáticos à valorização da pessoa humana, ao *alter*, ao diferente, ao vulnerável, isto é, de grande aporte humanitário.

Nesta linha, o presente trabalho optou por analisar esta mudança de ambiente e de valores, especialmente, no âmbito da teoria do contrato, pois sendo o direito fruto de cada momento histórico, os contratos também não são outra coisa senão uma figura jurídica extremamente sensível à realidade social.

De um contrato marcado pelo império da autonomia da vontade e, conseqüentemente, de uma interpretação lógica-dedutiva de suas cláusulas contratuais, haja vista a mínima interferência do Estado e seus poderes na vontade das partes chega-se a um contrato social exigente de uma visão sincronizada entre a relação interna das partes, o contexto do mercado e a realização de valores sociais.

Este é o contrato caracterizado como pós-moderno, que apesar da expressão representa um ambiente de convergência entre estes níveis contratuais, bem como entre as diversas fontes legislativas e não-legais, com objetivo de salvaguardar a solidariedade entre os contratantes para emancipação da pessoa humana, valor máximo do ordenamento jurídico. E a classificação proposta em contratos existenciais se verificou uma ferramenta operacional para coordenar tais sistemas, pois exigente de um esforço conjunto entre os interesses existenciais e patrimoniais para proteção da pessoa humana.

Tal é a importância desta assertiva, pois dado todas as transformações sociais verificou-se a necessidade de se constatar se os instrumentos do direito privado são aptos para enfrentarem os desafios típicos desta sociedade pós-moderna, realizando a pessoa humana e equilibrando as relações jurídicas. E o princípio da vulnerabilidade, somado a outros institutos do Código de Defesa do Consumidor tem se mostrado eficazes para tanto.

Nesta linha, defendeu-se aqui a ampliação do princípio da vulnerabilidade expresso no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor para além das relações de consumo. Observou-se que a maioria dos contratos classificados em existenciais são contratos de consumo e, portanto, a sua vulnerabilidade já é presumida. No entanto, nem todas as partes contratantes podem ser enquadradas na figura de consumidor, embora boa parte da doutrina assim já os reconheçam. Para estas pessoas que não são dadas como

consumidores, mas encontram-se em situações de desigualdade análoga, entendeu-se pela aplicação de tal princípio a estas relações, sob diversos argumentos.

O primeiro argumento lembrou que a vulnerabilidade é princípio decorrente do princípio da igualdade. Mas, considerando que neste momento pós-moderno o direito à diferença se instalou, tratar igualmente os iguais e tratar desigualmente os desiguais representa, atualmente, promover uma igualdade com 'equilíbrio e calma', que vai além do princípio da igualdade, porquanto se mostra como equidade, uma solução justa para o caso concreto.

Nesta perspectiva, defendeu-se que a vulnerabilidade pode ser reconhecida a *posteriori*, isto é, no caso concreto. Na verdade, tal entendimento já é verificado quando destaca-se os diversos tipos de vulnerabilidade, como a vulnerabilidade fática que permite ser verificada na situação. Mas, ao propor a vulnerabilidade como instrumento de equidade pretende-se atingir as situações que se situam à margem do Código de Defesa do Consumidor, logo desenvolve-se a possibilidade da essencialidade ser critério objetivo para o reconhecimento da vulnerabilidade no caso concreto. Afinal, nada mais desigual e desequilibrado do que se encontrar na dependência daquele que detém o poder negocial do bem necessário para sua subsistência.

O que significa dizer que, verificado no caso concreto a essencialidade do objeto contratual e, portanto, a desigualdade da relação jurídica, é decisivo a aplicação de regime de proteção especial e qualitativo da vulnerabilidade pelo julgador.

Ademais, outro fator relevante que explica esta ampliação da vulnerabilidade a outras relações jurídicas repousa no reconhecimento de que a igualdade preconizada por este princípio é um dos substratos que compõem a dignidade da pessoa humana. E como é sabido, a dignidade da pessoa humana é dotada de elasticidade e vagueza semântica, o que implica em sua incidência a um sem número determinado de situações jurídicas subjetivas conferindo uma ampla proteção a pessoa humana, em qualquer relação que implique sua mitigação.

Nesta esteira, amplia-se a proteção dos agentes vulneráveis, pois não há um rol fixo e fechado contemplando somente os consumidores. Sendo o princípio da vulnerabilidade decorrente também da dignidade humana seu conteúdo pode ser preenchido posteriormente. Ainda mais quando o objeto contratual for bem ou serviço ligado à subsistência e, portanto, com conteúdo vinculado à dignidade humana.

Por fim, a extensão do princípio da vulnerabilidade a outros sujeitos em situação de desigualdade decorrente da essencialidade do objeto contratado ainda pode ser

explicada tomando por base a sua própria estrutura principiológica. Tal estrutura aberta e flexível possibilita que os princípios atuem em situações que o ordenamento jurídico não foi capaz de prever, dado a dinamicidade das relações sociais ou, mesmo prevendo, os princípios ampliem as possibilidades de soluções a serem dadas no caso concreto.

Como não há regras que tutele a pessoa humana não consumidora em situações de plena desigualdade decorrente do objeto essencial, o princípio da vulnerabilidade deve ser chamado a socorrer e ampliar o leque de soluções para o caso concreto, ainda mais quando a hermenêutica atual coaduna com a interpretação favorável aos vulneráveis.

Não obstante, outro fator que potencializa a amplitude de incidência dos princípios da vulnerabilidade é o simples fato de que sendo decorrente do princípio da igualdade seu âmbito de aplicação não se restringe somente ao direito do consumidor, pois tendo arrimo constitucional possibilita iluminar todo ordenamento jurídico.

Dito isso, não bastasse a vulnerabilidade como fundamento para existência de normas protetivas, ainda irradia outros efeitos relevantes para a tutela dos vulneráveis ao permitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e exigir a construção de deveres de proteção perante o Estado e a outros particulares.

Nesta linha, a classificação em contratos existenciais mostrou-se novamente eficaz instrumento de proteção dos sujeitos vulneráveis nas relações contratuais, pois tendo origem na dignidade da pessoa humana e, portanto, forte influência com os direitos fundamentais, a ampla incidência destes impõe a atuação do princípio da vulnerabilidade a estas situações que estiverem à margem do sistema de proteção do consumidor.

E não poderia ser diferente, pois tomado o contexto a que estes contratos existenciais estão inseridos, deve-se mesmo buscar, dentro de todo sistema jurídico, a norma que melhor proteja o vulnerável. E neste caso, o princípio da vulnerabilidade exerce eficazmente tal função.

Todo este capítulo se justificou, portanto, pois a classificação em contratos existenciais tonifica dois elementos contratuais, quais sejam, a pessoa natural e vulnerável e o objeto essencial à subsistência humana. O que não significa que os demais elementos e pressupostos contratuais não estejam presentes, pelo contrário, o último capítulo comprovou que os contratos existenciais existem, possuem validade e produzem efeitos jurídicos, conforme a teoria geral do negócio jurídico.

De uma forma geral, constatou-se que o elemento subjetivo é composto por pessoa natural ou pessoa jurídica sem lucratividade que se encontra em situação de vulnerabilidade e, de outro, fornecedor, pessoa jurídica, empresário de grade poder

negocial. Ademais, verificou-se a possibilidade de profissional ter reconhecido a essencialidade do objeto contratual quando imprescindível para a subsistência humana ou da própria família. Assim, conclui-se que os contratos existenciais não se restringem aos contratos consumeristas, pois é dado o reconhecimento da vulnerabilidade a depender da essencialidade do objeto e a ausência de *animus* lucrativo das partes contratantes.

Com relação ao objeto, destacou o paradigma da essencialidade como parâmetro a ser utilizado no caso concreto, a partir do qual destacou-se o critério da utilidade existencial do bem ou do serviço contratado para a subsistência e livre desenvolvimento da pessoa humana. O que equivale a dizer que a essencialidade associa-se à ideia de conservação da dignidade da pessoa humana.

Ademais, para preenchimento do que vem a ser essencial, imprescindível a racionalidade, razoabilidade e a ponderação dos juízos no caso concreto, bem como os princípios conformadores do ordenamento jurídico.

Isto se justifica pois, não está a impor a prevalência absoluta dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais, de forma irracional e não holística. Já se defendeu que o mercado e seu intuito lucrativo também é essencial para preservação da dignidade humana e livre desenvolvimento da pessoa na sociedade. Daí porque fixar a essencialidade om base neste método argumentativo e coordenação com as demais normas do sistema.

No plano da validade, as normas favoráveis à pessoa humana, aos fracos, aos vulneráveis, bem como o mínimo existencial são aqui consideradas como normas imperativas a serem observadas e obedecidas pelos contratantes nas relações jurídicas de natureza contratual, sob pena de nulidade do negócio jurídico que não esteja de acordo. Isto se justifica, pois sendo estas normas limites abaixo dos quais ninguém deveria estar, o desprezo pela autonomia de uma das partes, sobretudo pela sua dignidade é ordem suficiente para este negócio jurídico não valer.

Na tentativa de facilitar a compreensão deste tópico, abordou-se métodos hermenêuticos que confirmam a importância da fixação destas normas imperativas à observação do critério de validade do negócio jurídico. Afinal, é a pessoa humana o que se visa proteger.

Nesta linha, destacou-se a hermenêutica *pro homine*, porquanto condizente com a consagração do homem como sujeitos de direito tanto no plano internacional quanto no plano interno e, portanto, de acordo com os direitos fundamentais e dignidade humana. Inclusive, para sua maior amplitude, tal hermenêutica deve vir acompanhada do modelo

dialógico, haja vista ser este um método que amplia a lógica de tutela e proteção especial do sujeito vulnerável e também coincide no propósito básico e último na proteção do ser humano.

Por fim, constatou-se que tal classificação tem aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico e, inclusive já produz, embora não com a denominação aqui proposta de contratos existenciais. Para melhor concretude desta classificação destacou-se os contratos de transporte, contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais, bem como de moradia, cujos objetos são imprescindíveis para manutenção de uma qualidade de vida digna.

Percebeu-se que a verificação da essencialidade do objeto contratual implicou, na maioria das decisões, em uma interpretação em favor da pessoa humana contratante de bens ou serviços essenciais e, conseqüentemente, na aplicação de um regime jurídico especial em favor dos interesses existenciais conforme verificado nos julgados, a fim de impedir o rebaixamento da dignidade dos contratantes vulneráveis no seio social.

Tal hermenêutica e aplicação de um regime qualitativo já é visualizado na classificação em contratos relacionais e contratos cativos, os quais, inclusive, são essenciais para auxiliar na percepção e concretização dos contratos existenciais. Mas como os contratos existenciais se diferem destas outras classificações dado a essencialidade do objeto contratado à subsistência do contratante, logo sua categorização se faz importante para a imposição de um efetivo e especial regime jurídico com vistas à proteção e emancipação da pessoa humana.

Dito isso e desnudado os planos do negócio jurídico, portanto, os elementos e pressupostos dos contratos existenciais, importante frisar que não se pretendeu esgotar o tema, tampouco fixar conceitos, apenas traçou-se alguns parâmetros capazes de caracterizar e individualizar os contratos existenciais, de forma que estes possam auxiliar na atividade criativa do juiz quando diante de objetos contratuais essenciais à dignidade da pessoa humana.

O que se justifica pois, conforme constatou-se no desenvolvimento deste trabalho, os contratos existenciais mostraram-se efetivos instrumentos para tutela e promoção da pessoa humana. Mas mais do que isso, demonstrou ser uma alternativa para consolidação de uma função emancipatória da pessoa humana não tutelada pelo ordenamento privado.

Isto pois, os contratos existenciais ao impor limites ao poder negocial de uma das partes, pois exigente de uma análise conjunta dos níveis contratuais proporciona condições para que os sujeitos que estejam em situações de desvantagem sejam capazes

de formar pensamento e se desenvolver livremente perante a sociedade e o Estado, isto é, possibilita que estes sujeitos preservem sua autonomia e tutelem sua dignidade, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade.

Portanto, o reconhecimento da vulnerabilidade é mesmo fonte e alternativa para a emancipação destas pessoas cujo ordenamento jurídico não foi capaz de proteger. Afinal, ao princípio da vulnerabilidade é dada a função de colmatar lacunas, mas também de dever-ser exigente de maior tutela dos direitos fundamentais e meio para consolidação da autonomia e independência necessários para o desenvolvimento da dignidade e personalidade humana no ambiente social.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12. Vol. 45. Jan./mar 2011. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producaointelectual/141.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/141.pdf). Acessado em: 15 de julho de 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12. Vol. 45. Jan./mar 2011.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. In.: **RFD/USP**, v. 87. São Paulo, 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, abr. 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant**.

AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas**: Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo jurídico**. Ano I. Vol. I – nº. 6 – setembro de 2001, Salvador, p. 4. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf). Acesso em 10 de agosto de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em 19 de outubro de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional- ponderação. Direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é possível no mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011,
- BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intérpretes**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. GUIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BETTI, Emilio. **Teoria general de las obligaciones**. Tomo 1. Trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. Bianca. **Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2ª ed. rev.mod. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2006.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, dez. 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccacia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10ª ed. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos**. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 27 de janeiro de 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. 2ª ed. atual e rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Datilografado por João Abrantes. Coimbra: 1971-72.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Escola da Exegese. *In: Digesta: escritos acerca da história do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DANTAS, Aldemiro. A plenitude do Ordenamento Jurídico – o Problema da Lacuna – Analogia – Princípios Gerais do Direito. *In: LOTUFO, Renan (Coord.)*. **Lacunas do Ordenamento jurídico**. Barueri, SP: Manole, 2005.

DAVID, Harvey. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 20ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. Vol. 1. 5ª ed. rev., ampl. e atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática.** São Paulo: 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.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2014

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil-brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

Disponível em:

[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28358/007\\_fachin.pdf?sequence=5](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28358/007_fachin.pdf?sequence=5). Acesso em: 28 de Janeiro de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica ao Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro.** 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados.** Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, -.

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** - vol.79. Ano 20 - julho-setembro 2011.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico: parte geral del derecho civil.** Trad. José María Miquel González. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito.** 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**: les obligations: le contrat. Paris, 1980, p. 23.  
GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais. vol. 747, Jan / 1998.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**: os novos princípios contratuais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. **O poder legislativo da empresa**. *In*: Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo, Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos?** Disponível em: [academico.direito-rio.fgv.br](http://academico.direito-rio.fgv.br). Acessado em 30 de junho de 2015.

GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker, 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp. 1991.

GULLÓN, Antonio; DÍEZ-PICASSO, Luis. **Sistema de Derecho Civil**. Madri: Tecnos, 1989, v. II.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gimar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HONÓRIO, Cláudia. Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros. **Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: 2009. . Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf;jsessionid=53098DE578185E7D63A2B8E7AE10AF93?sequence=1>. Acesso em: 25 de janeiro de 2016.

HYRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado**, p. 137. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537/70147>. Acessado em 04 de maio de 2015.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Cómo contratar en una economía de mercado**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **La interpretación económica de los contratos**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

JAIME, Erick. **Identité Culturelle et integration:Le droi international privé postmoderne – Cours general de droit international prive**, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KANT, Immanuel. **Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. MORRIS, Clarence (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamentos social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. 3 V. 2 N.1 || JAN-JUN 2006, P. 58. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_03\\_p055\\_064.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p055_064.pdf). Acesso em 04 de Janeiro de 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil imobiliário, agrário e empresarial**. Ano 14. V.52. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. De 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**. 2 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría general del contrato y de los servicios: una teoría sistémica del contrato**. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.) **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**, Atlas, 2012.

LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. **Revista da AJURIS** – v. 41 – n. 135 – Setembro 2014, p. 412. Disponível em: [file:///C:/Users/Caroline/Downloads/342-533-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Caroline/Downloads/342-533-1-SM%20(1).pdf). Acesso em 10 de janeiro de 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 22/1997 | p. 105 - 116 | Abr - Jun / 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. A presunção no direito, especialmente no direito civil. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Orgs.). **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011(Doutrinas Essenciais).

MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela específica do consumidor**. Academia Brasileira de Direito Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle da insuficiência da tutela normativa. *In.*: CLÉVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.) **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **A proteção dos consumidores num mundo globalizado: studium generale** sobre o consumidor como homo novus. Revista de direito do consumidor. v. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MARQUES, Cláudia Lima (Coord). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 35. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato- estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da informação e promoção da pessoa: empoderamento humano na concretude novos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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**/ vol. 94/2014 p. 215/ Jul/2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2ª ed. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, Paradigma de Ancoragem e o Desafio**. Artigo cedido pelo autor.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária**: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. Texto cedido pelo autor.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo**. In: Carta Forense: Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>. Acesso em: 07 de dezembro de 2015.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Denúncia vazia pode caracterizar abuso do direito de romper plano de saúde. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/garantias-consumo-denuncia-vazia-caracterizar-abuso-romper-plano-saude>. Acesso em 30 de março de 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri, SP: Manole, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Diogo L. Machado. Premissas para interpretação dos contratos de adesão em relações de não-consumo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 17/ n°34/ Julho – Dezembro 2014, p. 250. Disponível em: [http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34\\_web.pdf](http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34_web.pdf). Acesso em 26 de Janeiro de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENESES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Regras do CDC valem também para os serviços públicos**. Consultor Jurídico – CONJUR- Disponível em: <http://brasilcon.org.br/noticias/Regras+do+CDC+valem+tamb%C3%A9m+para+os+servi%C3%A7os+p%C3%BAblicos>. Acesso em: 24 de março de 2016.

MIRAGEM, Bruno. Transporte coletivo de passageiros: desafio do direito do consumidor no século XXI. In. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 100 – ano 24, p. 61-89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. RDC 56/22. out. – dez. /2005. (Doutrinas Essenciais, vol. 1).

MIRAGEM, Bruno. Consumidor como Direito Fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 43, p. 111-132.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, I. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo, IV. Rio de Janeiro: Editor Boroi, 1954.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil – RDCiv.** 65/21 – jul-set. 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar: 2006.
- MORAES, Maria Celina Bondin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.
- MORIN, Edgar. **O método 6: ética.** Porto Alegre: Sulina, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito constitucional.** Trad. Perter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional.** 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Perter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 86, São Paulo: Ed. RT, março-abril, 2013.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.
- NALIM, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil -constitucional). 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMFmartinsfontes, 2014.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. **Direito, Sociedade e Método jurídico.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15487/14036> . Acessado em: 04 de julho de 2015.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Coimbra, 1987.

PALHARES, Cinare. Sistema normativo das cláusulas abusivas. **Revista de Direito Mackenzie**. v.6, n.1.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica** – Reimp. – (O saber da filosofia; 15). Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea** (tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman). São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. **Direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Tradução María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo- Perrot, 1962, p. 8.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **O direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto do Código Civil. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em 22 de dezembro de 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: BookSeller, 2002.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. Vol. 3, 26 edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **A locação residencial enquanto relação de consumo: o direito fundamental à moradia enquanto objeto da locação residencial e fator de configuração de relação de consumo**. 122 f. Tese (Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos) – Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as ciências**. 7ª ed. Porto: Afrontamento, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 20 – dez-jan-fev. 2009/2010. Salvador, 2009, p. 19. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

SARLET, Ingo, Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-Fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, 2014. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/5\\_Direito\\_dos\\_Contratos\\_Relacoes\\_Contratuais.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/5_Direito_dos_Contratos_Relacoes_Contratuais.pdf). Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

SOARES, Ardyllis Alves. O contrato de time-sharing e o direito do consumidor: um necessário diálogo das fontes. *In.*: Revista de Direito do Consumidor. v. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010, p. 37. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>. Acessado em: 20d de julho de 2015.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In.: **Revista Ajuris** - v. 32, nº 100, dez /2005, Porto Alegre.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo .II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo I. 4ª ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro: 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, nº 23, 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição).

TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 1, 2011

TEUBNER. Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução de Dorothee Susanne Rüdiger [et al.]. Piracicaba, São Paulo: Unimep, 2005.

TEUBNER. Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TORRES, Ricardo Lôbo Torres. **A Jurisprudência dos Valores**. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/artigo-ricardo-lobo-torres-filosofia-constitucional.html>. Acessado em 07 de agosto de 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: Valores e princípios constitucionais tributários, 2005.

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VICENZI, Marcel. **Intrepretação do Contrato: ponderação de Interesses e Solução dos Conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, ano.

WOLKMER, Antônio Carlos. Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante. **Revista Sequência**, nº 50, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.