



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS” - FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RAFAEL FERREIRA BIZELLI

**OS GRANDES MODELOS DE CONTRATO: DO CONTRATO LIBERAL AO
CONTRATO EXISTENCIAL**

UBERLÂNDIA

2017

RAFAEL FERREIRA BIZELLI
rafaelferreirabizelli@hotmail.com

OS GRANDES MODELOS DE CONTRATO: DO CONTRATO LIBERAL AO
CONTRATO EXISTENCIAL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Direito,
no Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Uberlândia, na Linha
de Pesquisa “Sociedade, Sustentabilidade e
Direitos Fundamentais”, sob orientação da
Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira.

Banca examinadora:

Prof.^a Dr.^a Keila Pacheco Ferreira
Orientadora

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Prof.^a Dr.^a Fernanda Nunes Barbosa

Aprovado em 24 / 02 / 2017

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

B625g Bizelli, Rafael Ferreira, 1992-
2017 Os grandes modelos de contrato : do contrato liberal ao contrato
existencial / Rafael Ferreira Bizelli. - 2017.
328 f.

Orientadora: Keila Pacheco Ferreira.
Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Contratos - Teses. 3. Direitos fundamentais -
Teses. I. Ferreira, Keila Pacheco. II. Universidade Federal de
Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

AGRADECIMENTOS

Não é possível, nessas poucas linhas, demonstrar toda a minha gratidão. Tentarei, contudo, em poucas palavras, indicar sua amplitude. Agradeço, inicialmente, à Deus, por ter me proporcionado uma vida maravilhosa e, principalmente, pela oportunidade de prosseguir com os seguintes agradecimentos.

Agradeço à minha família, esteio de sempre, fonte de amor, amizade, alegrias e ensinamentos constantes. Aos meus pais, Leny e Waldomiro Bizelli, pelo incansável apoio em todos os aspectos de minha vida. Pela orientação e pelo respeito. Pelo incentivo, desde cedo, ao estudo, fazendo-me compreender que a verdadeira riqueza, aquela que não é possível de nos ser subtraída, é aquela que se encontra em nossos corações e intelecto. O amor com que sempre se referiram ao diploma foi, com certeza, fonte de inspiração. Agradeço, enfim, por serem os melhores pais do mundo! Ao meu melhor amigo, meu irmão, Vinícius Ferreira Bizelli, pelo companheirismo, pelo amor, pelas brincadeiras, aventuras e alegrias que me proporciona. Pelo ensinamento de que a simplicidade e a calma são as melhores soluções para os problemas.

Aos meus amados e saudosos avós paternos, Vó Dirce e Vô Miro, *in memoriam*, pela inexplicável fé e confiança que sempre depositaram em mim. Pelo carinho com que sempre me receberam, pelo amor oferecido e pela saudade deixada. Aos meus amados avós maternos, Vó Dy e Vô Imbo, pelo exemplo de vida, de casamento, de amor, de retidão. Por ensinarem, como poucos, o significado de família. Pela biblioteca! Aos padrinhos e madrinhas, tios e tias, primos e primas, meu agradecimento pelos inesquecíveis momentos felizes por que passamos juntos.

Agradeço também aos amigos de infância, aos amigos de faculdade, a todos os amigos que a vida trouxe para perto de mim. Sem eles, a vida não teria tido tanta graça e, com certeza, eu não teria chegado até aqui sendo a pessoa que sou. A todos aqueles que me fizeram sorrir, meu muito obrigado. Agradeço, na pessoa do Samir, aos amigos que especialmente me ajudaram nessa jornada acadêmica, desde aqueles que simplesmente me emprestaram alguns livros, àqueles que estudaram comigo, que se dispuseram a revisar esse texto, comentando, criticando e melhorando-o.

Agradeço à Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira, que me acolheu como orientando de Iniciação Científica em 2011 e, desde então, vem me guiando pelos caminhos da pesquisa. Ao Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, pelo exemplo acadêmico e profissional, sem dúvida fonte de inspiração e modelo a ser seguido. À Professora Doutora Fernanda Nunes Barbosa, pela gentileza em aceitar o convite para participar desta Banca.

Agradeço, imensamente, à Sarita de Oliveira Pacheco, minha namorada, minha companheira, amiga de todas as horas. Pelo incansável apoio e incentivo, pela essencial revisão final deste texto. Pelo amor dedicado, que tornaram mais leves os dias de estudo. Pelos momentos juntos, que me fizeram não pensar em contrato.

Por fim, ao amigo Matheus Amorim, o famoso “Tião”, que há poucos dias me perguntou quais seriam meus planos após o Mestrado e que, numa dessas trapaças da vida, nos deixou no dia de ontem, fazendo-me perceber o quanto importante é viver o presente, o quanto existencial é o contrato de amizade.

Agradeço, enfim, por poder manifestar todos esses agradecimentos, sem prejuízo daqueles que não mencionei e daqueles que ainda virão.

“Jamais considere seus estudos como uma obrigação, mas como uma oportunidade invejável para aprender a conhecer a influência libertadora da beleza do reino do espírito, para seu próprio prazer pessoal e para proveito da comunidade à qual seu futuro trabalho pertencer.” (Albert Einstein)

“Age de modo que consideres a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, e sempre como objetivo, nunca como simples meio.” (Immanuel Kant)

RESUMO

O trabalho tem como objetivo principal propor um modelo contratual pós-moderno, que possibilite soluções normativas adequadas para distintas situações. Partimos da premissa de que, atualmente, o contrato deve servir como instrumento de proteção e promoção dos direitos fundamentais. A análise da evolução da teoria dos direitos fundamentais, portanto, mostra-se indispensável. Procura-se um modelo contratual que harmonize liberdade individual e solidariedade social. Esse modelo consistirá, em suma, na dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro. Para tanto, analisaremos os modelos contratuais anteriores (liberal e social) e seus respectivos princípios. O estudo do contrato será permeado pela compreensão da sociedade que o envolve. Essa compreensão exigirá o estudo dos paradigmas de Estado Liberal, Social e Pós-Social, quando se analisará, entre outras questões, o desenvolvimento da teoria do estado, as distintas técnicas legislativas e a evolução da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência das valorações. Adotamos a teoria dos modelos jurídicos, de Miguel Reale, para apresentarmos os três grandes modelos de contrato. Utilizou-se de pesquisa técnico-bibliográfica, com predominância do método dedutivo e argumentativo. Entre os três capítulos do texto, utiliza-se, também, da comparação.

PALAVRAS-CHAVE: Modelos de contrato. Contrato liberal. Contrato social. Contrato existencial. Contrato de lucro. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The main objective of this work is to propose a postmodern contractual model, which allows for adequate normative solutions for different situations. We start from the premise that, currently, the contract should serve as an instrument of protection and promotion of fundamental rights. The analysis of the evolution of the theory of fundamental rights, therefore, is indispensable. We are looking for a contractual model that harmonizes individual freedom and social solidarity. This model will consist, in short, in the dichotomy between existential contracts and profit contracts. To do so, we will analyze the previous contractual models (liberal and social) and their respective principles. The study of the contract will be permeated by the understanding of the society that surrounds it. This will require the study of the paradigms of Liberal, Social and Post-Social State, when we will analyze, among other issues, the development of state theory, the different legislative techniques and the evolution of jurisprudence of concepts to the jurisprudence of valuations. We adopted the theory of legal models, by Miguel Reale, to present the three great models of contract. We used technical-bibliographic research, with predominance of the deductive and argumentative method. Among the three chapters of the text, we also used the comparison.

KEY-WORDS: Contract models. Liberal contract. Social contract. Existential contract. Profit contract. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ ESTADO LIBERAL	18
1.1 O Estado Liberal	18
1.2 Direitos fundamentais: função de defesa e dimensão subjetiva.	24
1.3 A codificação: do direito natural ao direito positivo. Positivismo legalista. Positivismo conceitual	27
1.4 Princípios contratuais fundamentais no paradigma liberal	41
1.4.1 Autonomia da vontade: liberdade contratual e liberdade de contratar	44
1.4.2 Consensualismo	49
1.4.3 Relatividade dos efeitos contratuais	50
1.4.4 Obrigatoriedade dos contratos	52
1.4.5 Modelo de contrato no paradigma liberal	54
2 ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ ESTADO SOCIAL	59
2.1 O Estado Social	59
2.2 Direitos fundamentais: os direitos sociais e as normas constitucionais programáticas	68
2.3 A descodificação: funcionalismo jurídico e jurisprudência dos interesses	77
2.4 Princípios contratuais fundamentais no paradigma social	95
2.4.1 Autonomia privada e o dirigismo contratual	98
2.4.2 Função social do contrato	107
2.4.3 Justiça contratual	124
2.4.4 Boa-fé objetiva	133
2.4.5 Modelo de contrato no paradigma social	142
3 ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ ESTADO PÓS-SOCIAL	151
3.1 O Estado Pós-Social: neoliberalismo, globalização e desregulamentação estatal	151
3.1.1 Pós-modernidade jurídica	169
3.2 Direitos fundamentais: neoconstitucionalismo e dimensão objetiva	185
3.2.1 Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares	196

3.3 A recodificação, as cláusulas gerais e a jurisprudência das valorações	218
3.4 O contrato na pós-modernidade	243
3.4.1 Contratos existenciais e contratos de lucro: uma dicotomia pós-moderna	252
3.4.2 Distinções conceituais pertinentes	266
3.4.3 Princípios contratuais aplicados aos contratos existenciais e de lucro ...	274
3.4.4 A concretude dos contratos existenciais nos exemplos jurisprudenciais	283
3.4.5 Modelos de contrato no paradigma pós-social	296
 CONCLUSÃO	 303
 REFERÊNCIAS	 309

INTRODUÇÃO

O Direito é uma antítese: é a luta e a paz. É o meio e o fim. O meio, por mais variado que possa ser, reduz-se à luta contra a injustiça. O fim, caracterizado pela paz, é o alcance da justiça, é o estado ideal de coisas que faz com que nós, juristas, tenhamos sempre em frente novos desafios que, por sua vez, conduzem-nos a novas lutas.¹ Nesse trabalho, o *fim* é a busca da plena realização da pessoa humana, através da proteção e promoção dos seus interesses existenciais na órbita privada; o *meio* é o estudo e aperfeiçoamento do contrato, instituto milenar de direito privado, que deverá ser utilizado como ferramenta, interpretado de forma funcionalizada² à proteção e promoção da pessoa humana, à realização de sua dignidade (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 88) e personalidade (art. 2º e 11 do Código Civil), enfim, à realização de seus interesses existenciais.

Em tempos de globalização³, neoliberalismo⁴ e pós-modernidade⁵, o Direito, compreendido como sistema complexo de segunda ordem e relativamente autônomo⁶, possui, agora, a importante missão de *lutar* pela garantia dos direitos fundamentais⁷ (fim), seja qual for o campo de atuação: cível ou penal, público ou privado, etc.

¹ JHERING, Rudolf von. **A lucta pelo direito**. Trad. José Tavares Bastos. Porto: Rio de Janeiro: Chardron; Francisco Alves, 1909, p. 1-2.

² No decorrer do texto, abordaremos o conceito de “funcionalização do direito”. Por todos: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

³ O conceito será oportunamente desenvolvido. Por enquanto, vide, por todos: SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

⁴ HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

⁵ Acerca da pós-modernidade em si, vide ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 20-27. Quanto ao direito pós-moderno, vide AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016. De acordo com o Junqueira de Azevedo, o direito pós-moderno tem como pilares a *centralidade do caso* e a *intuição do justo*, em contraposição ao direito dos paradigmas anteriores, como se demonstrará no decorrer do trabalho.

⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 17/05/2016. De acordo com o autor, “o direito é um *sistema complexo*; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variados. O elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores; doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. [...] Além de complexo, o sistema jurídico é um *sistema de 2ª ordem*, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente *autônomo* (tem autonomia operacional).”

⁷ Nesse sentido, vide JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015.

Da segunda metade ao fim do “Breve século XX”⁸, após os horrores das Grandes Guerras e do movimento nazifascista, numa onda crescente, vivemos a época do chamado pós-positivismo⁹, onde se percebe uma reaproximação entre o Direito e a Ética, com a infiltração de valores no ordenamento jurídico, e do neoconstitucionalismo¹⁰, baseado, principalmente, na teoria da força normativa da constituição¹¹ e da consagração material dos direitos fundamentais. Busca-se, de forma perene, pela “melhor decisão”¹², com o objetivo maior de proteção e promoção da pessoa e de sua dignidade, que fora elevada ao centro da preocupação jurídico-política internacional, através da Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948¹³, e consagrada em diversas constituições.¹⁴

Presenciamos, também, o fenômeno da “constitucionalização do direito”, visto sob dois enfoques principais: em termos de teoria geral do direito, a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, passando a desfrutar não somente a supremacia formal, mas também a supremacia material, deslocando, do centro do nosso sistema jurídico, o “velho”

⁸ HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos:** O breve século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 7 e ss.

⁹ “Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 385.

¹⁰ “O neoconstitucionalismo [...] afirma-se como um movimento jurídico de reassentamento das bases constitucionais nos sistemas jurídicos que seguiram o modelo de Estado legislativo e do *civil law*. Buscava a atribuição de limites perenes ao direito, com o estabelecimento de balizas mínimas das quais o direito não poderia afastar-se, ainda que por disposição das maiorias de ocasião. Entendia que o direito pode buscar mecanismos para oferecer soluções mais justas e adequadas aos casos concretos, afastando-se das soluções padrão e predefinidas quando estas mostrarem-se inadequadas. [...] Em suma, entendemos que o termo *neoconstitucionalismo*, em seus vários significados, marca de forma mais acentuada a diferenciação da prática constitucional contemporânea – que privilegia o caráter normativo da constituição, assim como a vinculação material aos direitos fundamentais -, em relação ao modelo liberal de constitucionalismo, o qual reservava uma condição de supremacia meramente formal aos ordenamentos constitucionais.” MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 282-283.

¹¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹² Acerca da necessidade de se buscar a “melhor solução” ao caso concreto, Lorenzetti, em sua obra, elege como pretensão investigar “[...] sobre a necessidade de observação dos problemas segundo diferentes pontos de vista, de consideração da complexidade que eles representam, de fomento do diálogo baseado na busca de consenso e de respeito ao direito dos cidadãos de que as decisões tenham um fundamento razoável.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹³ Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deve agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Disponível em <http://www.dudh.org.br/declaracao/> Data de acesso 25/05/2016.

¹⁴ São exemplos a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição de 1976, a Constituição espanhola de 1979 e a Constituição brasileira de 1988.

Código Civil; em termos de dogmática, a presença de inúmeras normas de direito infraconstitucional no texto da Constituição, que passou a regular – ao menos parcialmente –, com princípios gerais e regras específicas, todos os ramos do direito.¹⁵

António Manuel Hespanha, acerca do discurso jurídico-constitucional brasileiro, observou algumas peculiaridades, ressaltando o papel do Direito, no Brasil, de agente de transformação social e comprometido com os direitos humanos fundamentais:

A especificidade do discurso brasileiro de hoje pode sintetizar-se – algo simplificadamente – salientando o peso que nele tem uma concepção crítica e socialmente comprometida do direito. [...] Na origem dessa nova perspectiva crítica do direito está a ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social; [...] Com o fim do regime militar e com a entrada em vigor da nova Constituição, muitos experimentaram como que uma refundação do papel social e político do direito e dos juristas, no serviço às políticas sociais humanistas (direitos humanos) emancipadoras (direitos e políticas sociais). [...] No Brasil, em contrapartida a percepção das desigualdades sociais e de cidadania tornou-se tão forte e cotidiana que o senso comum deixou de achar suportável a neutralidade perante a tarefa de mudar as coisas. O ativismo político que caracteriza fortemente o Brasil criou um panativismo social. Porque se tornou claro que o livre jogo das forças sociais estabelecidas não conseguirá corresponder à demanda social de justiça, de cidadanias de bem-estar. Foi sobretudo isso que atingiu a teoria jurídica, a dogmática jurídica, o ensino do direito e a ética dos que trabalham com o direito.¹⁶

Assim, sendo o direito uma grandeza de segunda ordem, entendemos que, dentre as possíveis funções para com a grandeza de primeira ordem, o social, a mais importante seja a proteção e promoção da dignidade humana, através da garantia e da efetivação dos direitos fundamentais, dos direitos da personalidade e dos interesses existenciais da pessoa. Como não poderia deixar de ser, o direito privado não permaneceu alheio a esses movimentos, assumindo uma função social, ao reconhecer a fraqueza de certos grupos da sociedade, o que provocou mudanças significativas na concepção civilista tradicional, as quais serão necessariamente observadas nesse trabalho. O direito privado caminha de sua função individual à sua função social, afirmando um direito privado solidário a partir da Constituição¹⁷. Por esse motivo, reputa-se como necessária uma análise do desenvolvimento do direito civil e de alguns de seus institutos à luz da teoria dos direitos fundamentais.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. N°9, 2007, p, 24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Data de acesso 24/05/2016.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 7-8.

Nesse trabalho, estudaremos o contrato como *meio* de se efetivar os direitos fundamentais no campo privado. Nessa perspectiva, procuramos construir um modelo de contrato que forneça soluções satisfatórias para o momento atual, em que se privilegie os interesses existenciais em face dos patrimoniais.

Para tanto, será necessário compreendermos o desenvolvimento e mudanças de paradigmas¹⁸ por que passou o direito privado (com ênfase no direito civil), com enfoque no instituto ora estudado. Essa análise será permeada pela constante observação da influência da evolução da teoria dos direitos fundamentais no direito civil, posto que, aqui, compreendemos o contrato como *meio* através do qual se busca garantir e efetivar os direitos fundamentais e interesses existenciais da pessoa no campo privado. Havendo, portanto, uma relação de *meio* e *fim* entre o direito civil e os direitos fundamentais, a análise da teoria dos direitos fundamentais se mostra indispensável.¹⁹

Estuda-se, assim, em três capítulos, os paradigmas liberal, social e pós-social, com a seguinte metodologia, a ser empregada para cada bloco: compreender, sinteticamente, a teoria dos direitos fundamentais de cada período, como forma de situar a pesquisa no tempo e espaço; analisar o movimento legislativo de cada período, com suas características e tendências; estudar as escolas jurisprudenciais de cada paradigma, para captarmos o “espírito” dos juristas da época; desenhar o modelo dos contratos de cada fase, situando o objeto de estudo nos diferentes contextos de seus desenvolvimentos.

Pretende-se realizar uma análise estrutural e histórico-paradigmática do contrato. A grande importância desse tipo de estudo está em poder fornecer os três grandes modelos²⁰ de

¹⁸ Utiliza-se, aqui, o conceito de paradigma de Thomas Kuhn. Para o autor, as comunidades científicas se sustentam a partir da aceitação daquilo que ele chama de paradigma. Para fins didáticos, podemos afirmar que os paradigmas representam um conjunto de conceitos fundamentais que determinam o caráter da descoberta ou da prática científica. A ideia de paradigma permite a compreensão do fato de que a ciência depende do momento histórico em que está inserida. Assim, mudam-se os tempos, mudam-se as ciências. As revoluções e transformações históricas provocam a passagem de um paradigma para outro, momento em que a comunidade científica reajusta as informações anteriormente paradigmáticas à nova realidade e novas necessidades. Nas palavras do autor, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” Cf. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 20.

¹⁹ Tratando sobre a “constitucionalização do direito”, Sarlet pontua que “Tal fenômeno, embora possa ser observado como sendo mais ou menos relevante em praticamente todos os sistemas jurídico-constitucionais contemporâneos, assume particular relevância no campo da incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do Direito, resultando em farta produção doutrinária e jurisprudencial, além de constituir, sem receio de algum exagero, de um dos temas centrais da discussão constitucional atual”. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Data de acesso 24/05/2016.

²⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42. “No campo da experiência jurídica”, escreveu Miguel Reale, ‘as estruturas sociais apresentam-se sob a forma de estruturas normativas ou

compreensão dos contratos referentes a cada um dos três paradigmas, demonstrando, em cada período, suas relações com a teoria dos direitos fundamentais. Segundo Judith Martins-Costa, os modelos dogmáticos

[...] constituem criações/qualificações de ordem teórica que, estruturando fato e valor, fornecem, com maior liberdade de ação, esquemas de solução para os casos não regulados (lacunas) ou mal regulados (insuficiência, deficiência, inadequação valorativa) pelos modelos jurídicos, possibilitando uma ordenada atividade de integração hermenêutica. [...] Os modelos dogmáticos constituem esquemas de apreensão e solução que resultam da combinação estruturada de diversos elementos, provindos das quatro fontes ou mesmos (no caso das cláusulas gerais) de elementos extrassistemáticos.²¹

A vantagem de analisar os grandes modelos está em podermos compreender, a partir de uma visão teórica²², o desenvolvimento do direito – ou de algum ramo ou instituto jurídico – sob uma perspectiva global, o que propicia ao pesquisador e leitor a análise do objeto de estudo, hoje, com a sua correta contextualização. Compreender o desenvolvimento, a história, o passado de um instituto jurídico é compreender seu significado presente e sua importância para o futuro. O estudo dos contratos existenciais, tema tão atual, não poderia ser completo sem essa preliminar investigação, como se demonstrará.²³

sistemas de modelos, sendo cada modelo dotado de uma especial estrutura de natureza tridimensional'. Modelos são estruturas normativas dinâmicas, que integram fatos e valores em normas jurídicas. Correspondem às fontes, mas dela se desprendem por se apresentarem no devir da mutável experiência jurídico-social: há modelos legislativos, jurisprudenciais, costumeiros e negociais, os quatro consubstanciando a categoria dos *modelos jurídicos*. E há, por igual, *modelos dogmáticos* – também ditos hermenêuticos, ou doutrinários – ‘estruturas teóricas referidas aos modelos jurídicos, cujo valor eles procuram captar e atualizar em sua plenitude’. A elaboração e o desenvolvimento dos modelos dogmáticos é a tarefa primeira da doutrina jurídica. É “objeto primordial” da dogmática jurídica, escreveu Reale, “a análise das significações” dos modelos jurídicos, “de sua linguagem específica, bem como do papel e das funções que os mesmos desempenham como elementos componentes das estruturas normativas fundamentais, integradas, por sua vez, no macromodelo do ordenamento jurídico”. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 10.

²¹ “Dentre os *aspectos metodológicos* suscitados pela atividade doutrinária situa-se a questão da fidelidade ao modelo jurídico que está a ser interpretado, o que remete, justamente, à dificultosa questão da liberdade da doutrina. Sendo um modelo uma estrutura ‘que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros’, a sua configuração não está de uma vez por todas pronta e acabada: ao contrário, os modelos legislativos, jurisprudenciais, costumeiros e negociais são tecidos em um processo que interliga experiência social e os esquemas teóricos pelos quais é aquela captada e objetivada em estruturas cognoscitivas. A interpretação opera sobre estruturas objetivadas de modo que, havendo embora criação no ato de interpretar, não há ou não pode haver criação ou recriação *livre*. O intérprete, diz Reale, ‘não tem diante de si algo indefinidamente ‘objetivável’, mas sim algo que só pode ser re-criado ou re-presentado dentro dos limites daquilo que se tornou objetivo por ato de outrem’. Há vinculação textual e contextual.” MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27-29.

²² “TEORIA. [...] Opondo-se à *prática*, a teoria resulta no *conhecimento especulativo e puramente racional* de uma ciência ou de uma arte, independentemente de aplicação. [...] No Direito, como em qualquer outra ciência, as teorias têm o propósito de fixar princípios que servem de fundamento ao Direito Positivo, ou que bem esclarecem as razões científicas que devem dominar a elaboração das leis, tendo predominância quando de sua utilização.” Cf. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 712.

²³ “Do ponto de vista jurídico-metodológico, investigar a origem de um instituto jurídico é a ponte ou a chave para compreender a sua própria história, cujo sentido é a obtenção de informações quanto às tradições que foram

Como dito, o direito é um sistema de segunda ordem²⁴, que existe em função de um sistema de primeira ordem, o social. É dizer que o direito não existe por si, mas sim por outro. O direito, portanto, não pode ser compreendido isoladamente, sem que se analise o universo em que está inserido.²⁵ Nas palavras de Perlingieri, “O direito é antes de tudo a cultura de uma determinada sociedade, síntese dos problemas e de suas soluções, pacíficas ou contestadas que sejam.”²⁶ Compreender a sociedade, portanto, é passo essencial para compreender o direito. Compreender o direito, por sua vez, é necessário para que se compreenda a sociedade²⁷. A análise dos sistemas não pode ser estanque, mas sim interseccionada, de modo que os sistemas se contextualizem reciprocamente.

Quando dissemos que a análise dos institutos do contrato será realizada tendo-se em vista as mudanças ocorridas na teoria do estado, a evolução da teoria dos direitos fundamentais, das diferentes técnicas legislativas e da evolução da jurisprudência, há uma compreensão implícita de que o contrato configura um subsistema jurídico incluído no sistema jurídico global – e portanto dele sofre as influências – que, por sua vez, também é um subsistema social dentro

recebidas ou recusadas, verificando-se a presença de continuidade ou de descontinuidade.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2^a ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 17/05/2016.

²⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo tece observação quanto à historicidade dos contratos. Em suas palavras: “O contrato, no entanto, não é e nem pode ser de categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Em verdade, seu significado e conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade.” Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 2, p. 1311-1320, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 1. Jorge Bustamante Alsina tem a mesma compreensão para a responsabilidade civil. Segundo o autor: “La noción de responsabilidad es netamente jurídica y depende de las circunstancias del medio social que inspiran la política legislativa de cada país en una determinada época. Esas circunstancias proveerán el fundamento de la responsabilidad civil, y la noción que se adopte como tal constituirá el eje en torno de cuall há de girar el sistema.” Cf. ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. 9^a ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Abedeloperrot, 1997, p. 323.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5-6. Ainda, com o autor, “A norma não pode ser compreendida fora da sociedade, historicamente determinada, e a relevância da sociedade civil não pode ser valorada separadamente da norma. Esta tem um sentido somente enquanto o indivíduo não se puser em contraposição a ela: a coexistência dos indivíduos na sociedade representa a razão de ser do direito e da norma. Os quatro termos indicados (sujeito, indivíduo, norma e sociedade) configuram uma problemática unitária, a razão mesma do direito.” Op. cit., p. 7.

²⁷ Fernando Noronha ensina que o direito é espelho da sociedade na qual se insere, tendo em vista que as normas jurídicas são formuladas a partir de questões econômicas, sociais e políticas dessa sociedade. O direito pode refletir, assim, a ideologia dominante da sociedade. Cf. NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais - a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988.

do sistema social global – e, também, sofre dele suas influências. Trata-se, aqui, da adoção da perspectiva funcionalista do direito.²⁸

Na divisão proposta por Ana Lucia Sabadell, entre a sociologia *no* direito e a sociologia *do* direito²⁹, este trabalho adota ora uma, ora outra posição. Quando analisamos a *importância social* de um instituto particular, o contrato, referimo-nos à sua função social, à sua missão.

²⁸ Este trabalho comprehende o direito como subsistema de um sistema social global, uma vez que reconhece a aptidão do sistema jurídico a sofrer influências dos demais sistemas sociais (econômico, político, cultural, etc.). Não é nossa intenção, contudo, proceder à uma análise crítica desse fenômeno, para o que se remete a autores nacionais e estrangeiros que já se debruçaram sobre essa questão. Vide, entre outros: NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais**: A Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988; FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1^a ed., 4^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. Sobre esse último autor, em razão da magnitude que seus ensinamentos alcançaram a nível mundial, cabe, aqui, algumas palavras. Em sua “Teoria dos Sistemas”, onde o sistema é representado pela Sociedade, Luhmann trabalha com a noção de hipercomplexidade, que advém da grande quantidade de comunicação entre os subsistemas sociais: jurídico, político e econômico. Cada subsistema tem seu código binário. Assim, por exemplo, o subsistema jurídico trabalha com o código lícito/ilícito, legal/illegal; o político, com situação/oposição, maioria/minoria; o econômico, com lucro/prejuízo, concentração/distribuição, etc. Para que qualquer informação adentre num subsistema, deve adentrá-lo pelo seu código binário, pois cada subsistema resolve os seus problemas com suas próprias “ferramentas”. Entende-se, assim, que os subsistemas são “cognitivamente abertos (permitem a entrada de informações/problemas de outros subsistemas), mas são operacionalmente fechados (resolvem os problemas sozinhos, com seus próprios meios). A sociedade, portanto, é um sistema comunicacional, pois permite que as informações, após processadas por um subsistema, adentrem aos demais. Por resolverem os problemas com suas próprias ferramentas, sem a interferência dos demais, os subsistemas se fortalecem paulatinamente. São considerados, portanto, autopoieticos. Quando, entretanto, um subsistema interfere em outro, ou começa a utilizar-se das ferramentas do outro, ocorre o que Luhmann denomina de “corrupção sistêmica”. Seria o caso, por exemplo, do subsistema jurídico resolver uma questão à luz do código binário lucro/prejuízo, que é próprio do subsistema econômico. O que permite a comunicação entre os subsistemas é o “acoplamento estrutural”, que é específico para cada tipo de comunicação. Assim, por exemplo, o acoplamento entre os subsistemas jurídico e político é a Constituição, ao passo que, entre o jurídico e o econômico, é o contrato. A teoria de Luhmann é, portanto, uma teoria funcionalista, uma vez que cada subsistema social tem a sua função específica dentro do sistema social global – a Sociedade, e dessa função não pode se desviar. Esta brevíssima explicação acerca da Teoria dos Sistemas de Luhmann não poderia ter sido feita sem os ensinamentos do Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, em aula do dia 08/06/2015, pela disciplina “Epistemologia dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos”, no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

²⁹ Segundo a autora, a sociologia *do* direito opta por fazer um estudo sociológico, a partir de uma perspectiva externa ao sistema jurídico, constituindo um ramo da própria sociologia. Dentre seus adeptos, estão autores como Niklas Luhmann, na Alemanha, Renato Treves, na Itália, e Ramón Soriano, na Espanha. Sabadell chega a afirmar que Kelsen, na busca da “pureza” da ciência jurídica, ao não permitir influência de outras áreas do conhecimento, também compreendia esse modo de ser da sociologia jurídica. A sociologia *do* direito, portanto, metodologicamente, observa o direito com neutralidade, estudando-o e criticando-o, mas não o integrando. Por outro lado, a sociologia *no* direito adota uma perspectiva interna com relação ao sistema jurídico, operando uma ruptura do conceito kelseniano de que o direito é a norma e suas inter-relações, compreendendo que é papel da sociologia jurídica influenciar no processo de elaboração, interpretação e aplicação das normas. A sociologia *no* direito contesta a pretensa neutralidade valorativa do sistema jurídico. Dentre seus autores estão Winfried Hassemer, na Alemanha, Giovanni Tarello, na Itália, e André-Jean Arnaud, na França. Sabadell, contudo, indica que vários outros autores comprehendem ora esses termos como sinônimos, ora tentaram unificá-los numa mesma metodologia, ora afirmaram, por fim, que a sociologia jurídica possui sempre esses dois aspectos, de modo que não seria possível um estudo sociológico do direito completo sem que se abordasse os dois modelos. Em vista da dificuldade de tomada de posição, a autora conclui, ao final, que “[...] sensibilizar e influenciar o processo de elaboração das leis e participar ativamente do debate dogmático é um *dever* da sociologia jurídica, pelo menos até quando exista direito.” Cf. SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 5^a ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-61.

Trata-se, aqui, do solidarismo jurídico conformando as funções dos institutos de direito privado. Adotamos, portanto, a sociologia *no* direito. Essa perspectiva será adotada quando da análise do paradigma do Estado Social, no segundo capítulo. Por sua vez, quando apontamos, em cada capítulo, as principais características do *todo normativo*, desde a teoria do estado, passando pelos direitos fundamentais, até os princípios e peculiaridades de cada instituto de direito privado, fazemo-nos conscientes de que o direito, enquanto sistema complexo de 2^a ordem, insere-se num sistema maior – o sistema social global – e, portanto, está a ele vinculado, transformando-se conforme as exigências dos demais sistemas: o econômico, o político, o cultural, etc. Adotamos, então, a sociologia *do* direito. É a perspectiva geral – pressuposto - a ser adotada em cada um dos três capítulos.³⁰

Optamos, nessa pesquisa, por um corte temporal na história jurídica, de modo que concentraremos nossos esforços na análise do contrato a partir das revoluções liberais do século XVIII³¹. Cientes da suma importância que a compreensão desse instituto desde a Antiguidade, passando por Grécia, Roma e adentrando à Idade Média com o direito canônico, representa para a atualidade, a esses períodos nos remeteremos vez ou outra, a título de complementação³². O corte na história se fez necessário por dois simples motivos: (i) a um porque o presente trabalho não se qualifica como uma pesquisa essencialmente histórica, de modo que uma densa análise dos paradigmas liberal, social e pós-social, com as referências eventuais aos períodos

³⁰ Parece-nos que Bobbio trata dessa divisão de perspectivas quando, ao questionar “Função em relação a quê?”, responde que sempre há dois polos distintos como pontos de partida. O primeiro, que considera a sociedade em sua totalidade, assemelhando-se à perspectiva organicista ou sistêmica; o segundo, que parte da consideração do indivíduo como parte integrante da sociedade. Essas perspectivas, para Bobbio, “[...] representam duas diferentes concepções globais da sociedade, a universalista, para a qual o que conta é a floresta, e não as árvores, e a individualista, para a qual contam as árvores, e não a floresta. E podem, ainda, representar dois modos diversos de observar os problemas sociais, aquele *ex parte principis* e aquele *ex parte populi*: a função social do direito é relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo; a função individual do direito é relevante para os governados, isto é, para quem vê nele um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc. de cada um dos membros da sociedade.” Cf. BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 103-105.

³¹ Amparamo-nos na lição de R. C. van Caenegem para iniciarmos o estudo do direito privado já no paradigma do Estado Liberal. Nas palavras do autor: “Este direito é constituído tanto por elementos muito antigos quanto muito modernos e, durante seu desenvolvimento, atravessou períodos de estagnação e também de rápida mudança. O mais importante deles foi o das grandes codificações napoleônicas, em particular o *Code civil des Français*, promulgado em 1804. O *Code civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito francês; boa parte, ele é o direito antigo, remontando às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos. Não obstante, o *Code civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito”. CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

³² Para uma pesquisa completa, vide, entre outros: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 73-100 e 133-159.

anteriores, mostra-se suficiente para os objetivos aqui propostos³³; (ii) a dois, porque essa investigação do contrato será permeada pela constante referência à teoria dos direitos fundamentais, a qual ganha força e destaque, notadamente, com as revoluções liberais³⁴.

O objetivo desse trabalho não é esgotar a discussão acerca dos três paradigmas – liberal, social e pós-social -, mas tão somente contextualizar os problemas e hipóteses dessa pesquisa acerca dos contratos, que não estão hermeticamente fechados em relação às questões do Estado³⁵.

Ao final de cada paradigma será oferecido o modelo contratual pertinente. Procuraremos demonstrar que o terceiro modelo, o modelo contratual pós-moderno, consistirá na harmonização dos dois modelos anteriores, liberal e solidarista, como exigência metodológica aos problemas e características deste momento. A harmonização será buscada pela dicotomia “contratos existenciais e contratos de lucro”.

³³ “Embora se trate do ramo mais antigo do Direito, o auge do desenvolvimento teórico do direito civil conforme é concebido atualmente encontra-se nos séculos XVIII e XIX. Naquela altura, foram formulados os seus conceitos e criados os seus institutos mais importantes - ou, ao menos, conferiu-se a eles o molde pelo qual os identificamos até hoje”. MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 03. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

³⁴ Segundo Duque, “Independentemente de aprofundamento, verifica-se que as raízes da atual compreensão dominante de um “direito fundamental”, ao menos em sua faceta de liberdade individual, estão nos antigos. Mesmo nos contratos de domínio de terras na Idade Média deixam-se identificar raízes de direitos com conteúdo de liberdade, ainda que sem a fundamentação de direitos subjetivos. Em um momento posterior, destaca-se a contribuição da filosofia do Estado e do direito racional do iluminismo. *De maneira simplificada, a formulação preponderante deixa-se identificar a partir de uma linha básica, cujo início pode dar-se nas declarações de direito das revoluções inglesa e francesa*, seguindo-se por outros movimentos, entre os quais se destacam o constitucionalismo alemão [...].” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36. Grifos nossos.

³⁵ “[...] o Direito não está recluso em si mesmo, e que, por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes alterações nos institutos jurídicos. Com efeito, é hoje incontestável o fato de que o direito civil se mostrou tão suscetível às transformações econômicas, sociais e filosóficas quanto os demais ramos do Direito.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

1. ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ DO ESTADO LIBERAL

Iniciamos nosso estudo, como apontado na Introdução, pela análise do paradigma do Estado Liberal. Abordaremos, inicialmente, a concepção do Estado Liberal, seu surgimento e princípios, para, em seguida, compreendermos a teoria liberal dos direitos fundamentais, cuja função estabelecida fora (quase) unicamente de defesa. Compreendido o cenário político-jurídico do Liberalismo, analisaremos o processo de codificação engendrado na época, bem como os embates teóricos proporcionados pelas diferentes escolas jurídicas, como o jusracionalismo e os diferentes positivismos. Adiante, adentraremos ao estudo específico dos princípios contratuais.

1.1 O ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal tem origem com as revoluções do século XVIII, as revoluções americanas e francesas, sob os enfoques do movimento iluminista. Assim, quando na França, em 1789, explode a revolução sob os ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, tem início o Estado Liberal, em contraposição ao seu antecessor, o Estado Absoluto, visando estabelecer e consagrar os direitos fundamentais do cidadão.³⁶

Necessário que se explique, em brevíssima análise, o processo da derrocada do Estado Absoluto e sua sucessão pelo Estado Liberal, para que se compreenda a teoria dos direitos fundamentais da época.

Segundo Maurice Hauriou, o regime do Estado apresentou consideráveis vantagens em relação ao regime anterior, do feudalismo, dentre elas: (i) “Um aumento de poder”, aquisição preciosa do ponto de vista da defesa militar e da expansão territorial, tanto em quantidade como em qualidade; (ii) “Uma paz interior mais perfeita obtida por uma justiça superior”, através da supressão das disputas entre os poderes locais, com a submissão de todos ao poder do rei; (iii) “Um aumento de liberdade”, seja pelo fato do poder estatal equilibrar os antigos poderes locais, separando o poderes políticos e econômicos, com a submissão deste último àquele, rompendo-se os antigos laços de vassalagem, seja porque desnudaram-se novas fontes de liberdade, a exemplo da liberdade de consciência, inexistente nos Estados antigos.³⁷ Continua o juspublicista,

Pero llega un día en que el Estado, habiendo hecho tabla rasa de las instituciones y de las creencias primitivas, se yergue orgullosamente sobre su joven soberanía y se

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-34.

³⁷ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 45-47.

considera el centro del mundo. Entonces es cuando se exteriorizan los inconvenientes. La tendencia propia del Estado, organización coercitiva perfeccionada, le conduce a pensar que la fuerza material, racionalmente dispuesta y judiciosamente empleada, es suficiente para mantener el orden en la sociedad. [...] Esta actitud del Estado, que consiste en poner el orden material por encima del orden moral, y el poder material por encima de los poderes morales, es, en sí, revolucionaria y no tarda en llegar a ser peligrosa para la libertad y la sociedad.³⁸

De fato, o chamado Estado Absolutista, representado pela célebre frase "*L'État s'est moi*", do monarca francês Luís XIV, mostrou-se um verdadeiro instrumento de opressão ilimitado das liberdades dos indivíduos, posto absoluta a arbitrariedade do governante. A necessidade de proteção do cidadão, através da garantia de um espaço de liberdade intransigível, tornou-se a principal preocupação da época.³⁹

Maurice Hauriou explica que, nesse momento, tem início a Idade Constitucional, na qual as nações – lideradas pelo terceiro estado, a burguesia -, assustadas com a postura do Estado Absoluto e com os perigos que seus caprichos representavam à liberdade, esforçaram-se em reagir e impor, dentro dos quadros do próprio Estado, uma ordem de coisas essencial que representasse a base das crenças morais e que não poderia ser derrogada pela prática do poder ordinário. São os traços principais do constitucionalismo – consagração de direitos fundamentais e organização dos poderes -, cujo caráter essencial se manifestou no século XVIII, principalmente nas revoluções americana e francesa. Seriam, segundo o autor, dois os traços principais desse movimento; (i) Constituições escritas, expressão da crença em uma ordem constitucional do Estado, distinto da atividade governamental e a esta superior; (ii) Declarações de direitos, expressão da crença em uma ordem social profundamente individualista e de que o Estado tem o dever de respeitar essa ordem social.⁴⁰

Esse processo de renovação do direito deve ser compreendido sob o enfoque do Iluminismo, movimento europeu que criticou o Antigo Regime em 04 (quatro) pontos principais: a) desigualdade diante da lei, que era aplicada segundo os diferentes “estados”, que conferia diferentes privilégios a diferentes classes de pessoas (nobreza, clero e burguesia); b) limitações às pessoas e à propriedade em decorrência dos regimes de servidão e vassalagem; c) intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa e a exclusão da participação popular na

³⁸ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 47-48.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

⁴⁰ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 49-50.

formação da vontade política; e d) relação de intimidade entre Igreja e Estado e as consequências daí provenientes.⁴¹

Os elementos “constituição escrita” como ordem superior ao governo e “declarações de direitos” representam, respectivamente, a necessidade de se estabelecer a separação dos poderes institucionais e a preservação dos direitos fundamentais. Essa concepção constitucionalista é evidente no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde se lê que “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Em razão da experiência absolutista, constatou-se, nesse período, que a preservação dos direitos não seria possível sem a contenção do poder. São as duas faces da moeda liberal. Paulo Bonavides, em “Do Estado Liberal ao Estado Social”, assim se refere à técnica de separação dos poderes:

Com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania. A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias.⁴²

A técnica da separação dos poderes do Estado, visto como o grande inimigo da Sociedade, tornou-se o elemento central do liberalismo. Alcançou-se, teoricamente, a preservação dos direitos do homem. Pergunta-se, preservação de quais direitos? Seguramente, dos direitos de liberdade.⁴³ O liberalismo tornou-se expressão de uma ética individualista voltada à liberdade total em todos os aspectos da realidade.

Inicialmente, a burguesia, apoiada pelos camponeses e pelas demais camadas sociais exploradas, utilizou a bandeira do Liberalismo como a arma revolucionária contra o Antigo

⁴¹ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 161-162.

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁴³ Segundo Bonavides, “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. Com o advento do Estado [...] importava, primeiro que tudo, organizar a liberdade no campo social. O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado [...] A sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos. A cláusula kantista, do respeito mútuo da liberdade de cada um, converte-se em domínio onde as aptidões individuais se concretizam, à margem de todo esboço de coação estatal. [...] Esse primeiro *Estado de Direito*, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substancialidade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40-41.

Regime, sob os ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”⁴⁴. Entretanto, depois de consolidado o novo regime, tendo a burguesia assumido o controle do poder político e econômico, a bandeira do Liberalismo reduziu-se somente ao ideal de liberdade, relegando a segundo plano as ideias de igualdade e fraternidade.⁴⁵

Antonio Carlos Wolkmer, apoiado em Roy Magridis, identifica os três núcleos caracterizadores do Liberalismo: moral, político e econômico. O núcleo moral apresenta uma afirmação de direitos básicos do homem, entendido como ser racional, dentre os quais se destaca a liberdade individual; o núcleo político refere-se basicamente aos direitos políticos, como o direito de voto e o princípio representativo; por fim, o núcleo econômico “relaciona-se, sobretudo, aos direitos econômicos, à propriedade privada, ao sistema da livre empresa e à economia de mercado livre do controle estatal.”⁴⁶

O direito de propriedade, assim, foi erigido, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à categoria dos direitos naturais ao lado da liberdade e da segurança (Art. 2º), bem como considerado direito inviolável e sagrado (Art. 17). A liberdade de adquirir, manter e usufruir de sua propriedade privada passou a ser a principal vertente dentre as demais liberdades, o que influenciou decisivamente na configuração do Direito Privado da época, como se demonstrará no decorrer desse estudo. Contratos e responsabilidade civil foram institutos de direito civil voltados exclusivamente para o direito de propriedade, sua aquisição, alienação e proteção. Sua única e exclusiva preocupação era de ordem patrimonial, posto que atendia aos interesses burgueses.⁴⁷

A concepção do Estado como inimigo da Sociedade e dos direitos de liberdade projetou efeitos no ordenamento jurídico da época, que se dividiu em dois grandes blocos, cada qual

⁴⁴ Interessante notar que, no caso brasileiro, o Liberalismo apresentou diversas especificidades. “O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial [...] Enfim, a tradição das idéias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um ‘liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular’, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilisórias.” WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94-98.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122-123.

⁴⁷ “Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial. [...] A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade [...].” NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15.

com limites estritos de atuação e com centros gravitacionais específicos: constituição e código civil. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes,

A característica mais marcante daquele período era a separação do ordenamento a partir de uma *summa divisio*: a dicotomia entre direito público e direito privado. Esta divisão tradicional, que vem acompanhada de outras a ela ligadas, tais como Estado e sociedade, autoridade e liberdade, política e economia, Direito e moral, entre outras, justifica-se do ponto de vista de um Estado liberal, não interventor, que serve apenas à proteção do livre jogo econômico.⁴⁸

Estado e Sociedade eram dois universos distintos, regidos por leis próprias. O direito público, regido pela Constituição, valia nas relações entre Estado e indivíduo, onde era limitado o poder dos governantes em prol da liberdade individual dos cidadãos, garantindo-se os direitos fundamentais. No direito privado, o Código Civil fazia as vezes de constituição da sociedade civil, fundamentado na ideia de autonomia privada.⁴⁹

Esse reconhecimento da autonomia e da dignidade como consectários lógicos da racionalidade humana – dedução jusnaturalista⁵⁰ – norteia a construção dos dois grandes sistemas jurídicos mencionados: sistema de direito público, pautado na Constituição, e sistema de direito privado, sedimentado no Código Civil. A cada um desses sistemas é conferida uma tarefa que, em comum, caracteriza-se por substituir uma antiga ordem jurídica posta, o Antigo Regime. R. C. van Caenegem afirma que,

Para alcançar esse objetivo, era preciso preencher duas condições. A primeira era material: a criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes; a segunda era formal: uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática do novo direito. A primeira condição foi preenchida pelo direito natural, a segunda pela legislação, em particular pelos códigos nacionais introduzidos em todo o continente europeu.⁵¹

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*. vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 04. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12-13.

⁵⁰ Bobbio, ao conceituar o que vem a ser o direito natural, o faz por dois caminhos principais: quanto à fonte, diferencia-se do direito positivo por ser derivado da própria natureza do homem, ao passo que o direito positivo é aquele posto pela autoridade competente; quanto à forma pelo qual é conhecido, enquanto o direito positivo chega aos destinatários através da promulgação (declaração de vontade alheia), o direito natural é conhecido através de nossa razão, vez que deriva da natureza das coisas. Vide BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20-23.

⁵¹ CAENEDEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 163-164. Essa passagem, embora inserida numa obra sobre a história do direito privado, aplica-se, em verdade, aos dois regimes mencionados. Tanto as constituições e declarações de direitos como os códigos civis da época são frutos das Revoluções Liberais do século XVIII e assumiram, em conjunto, a missão de acabar de uma vez por todas com a antiga ordem. Nesse sentido, Jonh Gilissen, para quem “Sob a influência das ideias políticas e jurídicas dos pensadores dos séculos XVII e XVIII, os sistemas jurídicos existentes sofrem transformações capitais. As Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) concretizam as ideias novas nos textos de constituições e de leis. Os últimos vestígios de feudalismo desaparecem [...]”. GILISSEN, Jonh. *Introdução histórica ao direito*. 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 131.

Inspirados pelos ideais iluministas, os pensadores da época construíram um arcabouço teórico cujo objetivo fora a consagração da ideia de que o Indivíduo é anterior ao Estado, o que significaria dizer que o Estado seria fruto da vontade dos indivíduos (contrato social)⁵² e que, portanto, não poderia ser absoluto. O Estado teria a função de proteger o Indivíduo, respeitando seu direito de liberdade e de propriedade. Para a fundamentação dessas ideias, seus defensores socorreram-se ao direito natural, fruto da razão insita aos homens e exposto em regras universais⁵³. O direito natural racional, compreendido como “aquele que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas”⁵⁴, exerceu o papel de legitimação da nova ordem em contraposição ao Antigo Regime. Essa legitimação operou-se em duas vias: no direito público, através da consagração dos direitos fundamentais nas constituições; e no direito privado, através da regulamentação da autonomia privada dos indivíduos – seres racionais e iguais.⁵⁵

A Constituição, com a previsão dos direitos fundamentais, passa a exercer a importante função de defesa do indivíduo perante os abusos do poder estatal; o Código Civil, regulando a autonomia da vontade, passa a reger todo o direito privado, num espaço imune às intervenções do Estado.

⁵² São expressivas as concepções de Rousseau e Locke, embora haja, entre elas, diferenças substanciais. O primeiro fundamentava sua teoria a partir do conceito de “vontade geral”, enfatizando a importância da democracia e da vontade da maioria. O segundo, por sua vez, preocupou-se mais com a proteção dos interesses individuais inatos do homem, dentre os quais a liberdade e a propriedade, compreendendo que esses direitos não foram alienados ao Estado pelo contrato social e que, portanto, o Estado estava a eles vinculado. Pode-se dizer que Rousseau defendia a “liberdade dos antigos” e que Locke, assim como Montesquieu, defendia a “liberdade dos modernos”, nas expressões imortalizadas por Benjamin Constant. Para um estudo mais completo, vide BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 101 e seguintes; CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Trad. Loura Silveira. Disponível em: [Http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf) Data de acesso: 14/01/2015. O importante, para esse estudo, é perceber que, apesar das diferenças, os clássicos buscaram uma forma de legitimar o “novo” poder estatal e, para tanto, utilizaram-se das ideias do direito natural como direitos inatos ao homem e, portanto, anteriores ao Estado.

⁵³ HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 293-306.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22.

⁵⁵ “Com o passar do tempo, o ideário jusnaturalista conseguiu se impor nos ordenamentos jurídicos, seja nos textos constitucionais escritos, que limitavam o poder do Estado em benefício da liberdade individual, seja nas codificações privadas, que disciplinavam, de forma geral e abstrata e com pretensões de exaustividade, as relações travadas entre os indivíduos na sociedade.” SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNÇÃO DE DEFESA E DIMENSÃO SUBJETIVA

Em razão da rígida separação entre direito público e direito privado, bem como da concepção do Estado como inimigo da Sociedade, foi necessário construir um sistema de direitos e garantias dos indivíduos frente ao Estado, a fim de que a vida privada fosse preservada das ingerências estatais. Como mencionado acima, esse sistema foi composto, basicamente, pela técnica de separação dos poderes e pela previsão de direitos fundamentais em constituições rígidas. As relações entre Estado e Indivíduo eram reguladas pela Constituição, vista como Carta Política; as relações entre os indivíduos era regulada pelo Código Civil. O Estado Liberal foi a fase dos “mundos apartados”.⁵⁶

No Estado Liberal, assim, os direitos fundamentais assumiram a típica função de defesa, institutos específicos das relações Estado/Indivíduo que limitavam o poder público. Isso se justifica porque, nesse contexto histórico, ainda assombrado pela experiência absolutista, as ameaças aos direitos fundamentais que preocupavam eram somente as oriundas do Estado. Como as relações entre os particulares eram vistas como relações travadas entre iguais, não havia a necessidade da ingerência dos direitos fundamentais nessas relações. Somente nas relações Estado/Indivíduo, portanto, é que havia a incidência dos direitos fundamentais.⁵⁷

Marcelo Duque, analisando a função de defesa com fulcro na teoria dos *status* de Jellinek⁵⁸, aponta que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém, majoritariamente, os direitos-liberdade, que possuem uma natureza negativa, exigindo uma omissão estatal. Ao Estado é vedado violar essa esfera de liberdade protegida do particular, típica do *status* negativo. A função de defesa seria a função proeminente dos direitos de liberdade. Essa função clássica dos direitos fundamentais – função de defesa – confunde-se,

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** N°9, 2007, p, 23-24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

⁵⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-38.

⁵⁸ Segundo Marcelo Duque, “[...] comum a quase totalidade das obras jurídicas que se ocupam do estudo dos direitos fundamentais é uma referência à clássica obra de Jellinek, intitulada ‘Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos’, onde foi construída a famosa ‘Teoria dos *Status*’ (*Status-Lehre*). [...] Jellinek descreveu quatro posições distintas de *status*: passivo, negativo, positivo e ativo. O *status* passivo (*status subiectionis*) aponta para a sujeição do indivíduo ao Estado, no âmbito da esfera de suas obrigações individuais. [...] O *status* negativo (*status libertatis*) descreve um âmbito no qual é vedada aos poderes estatais a prática de intervenções na esfera de liberdade do particular, ou seja, descreve um âmbito de liberdade do cidadão perante o Estado. [...] O *status* positivo (*status civitatis*) descreve um âmbito no qual o particular pode exigir do Estado a prática de prestações positivas, o que impõe ao Estado a obrigação jurídica de se tornar ativo no interesse do particular. [...] Por fim, o *status* ativo [...] descreve o direito do cidadão à participação política na vida estatal.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 70-71.

em última análise, com a função histórica original da própria constituição, que foi concebida como ferramenta para se limitar o poder estatal em prol da proteção das liberdades individuais.⁵⁹

Robert Alexy divide os direitos de defesa (ou direitos a ações negativas) em três grandes grupos, a saber: (i) Direitos ao não-embaraço de ações, que se dividem em direitos a que o Estado não impeça ou direitos a que o Estado não dificulte determinadas ações do titular do direito, sendo que ainda há diversas espécies de impedimentos e graus de intensidade distintos de dificultações. São exemplos de direitos que podem ser impedidos ou dificultados o direito à locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a escolha de uma profissão e, principalmente, o direito de contratar, entre outros; (ii) Direitos à não-afetação de características e situações, a exemplo do direito a viver e ser saudável (não-afetação da característica “saudável” do ser e do viver) e do direito à inviolabilidade do domicílio (não-afetação da situação “inviolável” do domicílio); (iii) Direitos à não-eliminação de posições jurídicas, como, principalmente, o direito de não ser expurgado de sua propriedade.⁶⁰

Os direitos fundamentais de defesa, como os direitos às liberdades, o direito de propriedade e o direito à segurança, portanto, foram concebidos, inicialmente, para atuarem exclusivamente na relação Estado/Indivíduo, e não na relação entre os próprios particulares. São direitos fundamentais que conferem uma posição jurídica ao indivíduo de exigir, por parte do Estado, uma abstenção, um não fazer, uma ação negativa.⁶¹

Os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, diziam respeito apenas ao indivíduo isoladamente considerado em sua relação com o poder público.⁶² Criavam obrigações de não fazer dirigidas ao Estado que, caso descumpridas, geravam, aos indivíduos lesados, a

⁵⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.74-75.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 196-201.

⁶¹ “A ideia fundamental do conceito liberal da liberdade é que (em especial) o poder do Estado não deve intervir numa determinada esfera da liberdade individual, incumbindo-lhe garantir a maior liberdade possível de actuação individual. O individualismo liberal e a ideia de intangibilidade de determinados direitos estão subjacentes à proteção dos direitos fundamentais contra intervenções na esfera individual, e, em especial, aos direitos fundamentais à vida, à integridade física, à liberdade da pessoa, à liberdade de residência, à inviolabilidade do domicílio, da propriedade e do direito das sucessões. Jellinek designou esta posição jurídica da pessoa, que é determinada por direitos de defesa, como *status negativus*.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 446.

⁶² “Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.” Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 242.

pretensão para fazer valer o cumprimento do dever existente. Apresentavam, assim, somente uma dimensão subjetiva, entendida como a “circunstância de criarem obrigação jurídica para os órgãos estatais, a quem normalmente apenas se reconhecia o poder de obrigar juridicamente”.⁶³ Essa “relação obrigacional” entre Estado e Indivíduo, devedor e credor, respectivamente, de uma obrigação de não fazer, é o principal campo de atuação dos direitos fundamentais no Estado Liberal. Diz-se subjetiva, portanto, porque diz respeito a partes determinadas: Indivíduo e Estado em uma determinada relação. Como veremos abaixo, com o progresso social, a teoria dos direitos fundamentais se desenvolve e passa a ser verificada, também, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O objetivo desses direitos fundamentais de defesa foram, à época, propiciar a segurança necessária para que a burguesia, após a consolidação do Estado Liberal, pudesse realizar seus negócios – compra e venda, produção, acumulação de capital, etc. – sem que houvesse o perigo da intervenção estatal. Os direitos fundamentais de defesa serviram para que, no seio da sociedade civil, regulada pelo Código Civil, o sistema capitalista se desenvolvesse com toda a sua força, posto que desvinculado de qualquer regulação por parte do Estado. Foi o quadro ideal para que a *Mão Invisível* do mercado, na expressão de Adam Smith⁶⁴, operasse com todo o seu furor, consagrando a política econômica liberal, imortalizada no aforismo *laissez faire laissez passer, le monde va de lui-même*.

Estando o Estado obrigado a garantir e não violar a liberdade e propriedade dos indivíduos, a burguesia pôde, enfim, construir seu sistema de organização social com base nos dois principais postulados que a interessava: direito de propriedade e liberdade de contratar, ambos em caráter absoluto. Sobre esses direitos foi construído todo o direito privado da era moderna, como veremos abaixo.

Podemos dizer, portanto, que a relação entre direitos fundamentais e o direito privado, no Estado Liberal, era de submissão. Tratava-se de uma relação de submissão porque foram concebidos em decorrência da necessidade da nova classe emergente, a burguesia, assegurar-se contra o poder do Estado, na medida em que almejava estabelecer uma nova ordem política-econômica-social que a favorecesse: o liberalismo. Direitos fundamentais de liberdade,

⁶³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

⁶⁴ Smith foi o principal expoente do liberalismo econômico, tendo desenvolvido o conceito de “mão invisível do mercado”, referente ao fato de que o próprio mercado seria o agente regulador das trocas, através da lei da oferta e da procura. Smith acreditava que, em razão do egoísmo, o homem, ao procurar o maior benefício para si próprio, acabaria por gerar maiores benefícios para o interesse da sociedade. Vide SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações.** 2^a ed. Trad. e notas de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 2, 1989, p. 95 e 759.

igualdade e propriedade eram direitos fundamentais interessantes à burguesia e por ela e para ela foram concebidos. Foram esses direitos fundamentais, cuja função era de defesa, essenciais para a instalação e desenvolvimento do sistema capitalista, sistema que favorecia única e exclusivamente a classe burguesa de então. Enquanto o direito de liberdade de iniciativa privada propiciou a proliferação dos contratos, o direito à igualdade fez com que esses contratos tivessem força obrigatória e, por fim, o direito de propriedade garantiu a inviolabilidade dos bens adquiridos.

Restando resolvida a questão do controle do poder público e sua ingerência na vida privada – ao menos em tese –, pela técnica da separação dos poderes e pela consagração dos direitos fundamentais de defesa, foi necessário, num próximo passo, regulamentar a sociedade civil⁶⁵, o que ocorreu com a proliferação dos códigos civis, dentre os quais se destacou o *Code de 1804*. Passamos, então, à análise das codificações.

1.3 A CODIFICAÇÃO: DO DIREITO NATURAL AO DIREITO POSITIVO. POSITIVISMO LEGALISTA E POSITIVISMO CONCEITUAL.

Segundo John Gilissen, “A ideia de código corresponde a uma compilação de normas jurídicas de origem legislativa ou, por vezes, doutrinal, tendentes a um melhor conhecimento do direito e a uma maior segurança jurídica.”⁶⁶ Apesar de terem ganhado enorme destaque a partir do século XIX, quando Napoleão, na França, elaborou uma série de códigos (Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Código Penal e Código de Instrução Criminal), a ideia de codificação não é novidade da época da Revolução Francesa, tendo suas origens no direito romano (códigos de Teodósio de 438 d.C. e de Justiniano, de 529 e 534 d.C.), sendo que algumas compilações de direito ainda mais antigas correspondem à ideia de código, a exemplo do Código de Hamurabi e das Leis das XII Tábuas.⁶⁷

O processo de codificação foi fruto de dois regimes políticos diferentes e impulsionados por diversos fatores sociais. Quanto aos regimes políticos, sob a influência do Iluminismo, os

⁶⁵ “Toma forma a configuração dicotômica que desmembrou o ordenamento jurídico moderno nos ramos público e privado do direito. Pode-se asseverar que as codificações correspondem, no campo do direito privado, ao que representaram as declarações de direitos e as constituições no âmbito do direito público. Assim como estas procuravam garantir a liberdade política dos cidadãos nas suas relações com o Estado, pretendiam aquelas propiciar a liberdade civil dos indivíduos na condução de sua vida privada (significando liberdade do ‘agir econômico’) contra intromissões indevidas dos poderes públicos.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 300-301.

⁶⁶ GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito.** 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 448.

⁶⁷ GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito.** 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 448-449.

códigos modernos foram promulgados ora pelos governos dos déspotas esclarecidos, ora pelas consequências da Revolução Francesa. Assim, os códigos, ou foram impostos à população por meio de uma política deliberada dos governantes, a exemplo das políticas de modernização conduzidas na Alemanha, Áustria, Nápoles e Portugal, ou foram “criados” pela sustentação popular, a vontade geral revolucionária que exigia a imposição das modernas ideias, a exemplo do Código Civil Francês de 1804.⁶⁸

Os fatores sociais do processo de codificação foram políticos, econômicos e intelectuais. Politicamente, os códigos representaram importante componente no processo das políticas de unificação nacional, segundo o princípio “um Estado, um código”. Importaria em proporcionar maior controle sobre o desenvolvimento jurídico, em contraposição ao quadro anterior, de proliferação de diversas fontes de direito e de distintas jurisdições. Economicamente, os códigos modernos representavam as aspirações da classe burguesa, uma classe empreendedora, que exigia segurança jurídica para o desenvolvimento dos negócios. Os códigos forneceram, assim, a base jurídica para o desenvolvimento da burguesia, como a liberdade e responsabilidade individual, bem como a abolição das barreiras e discriminações feudais. Por fim, o fator intelectual refere-se às influências do pensamento Iluminista, que rejeitou os velhos dogmas e, inspirado pela ideia de racionalização, colocou o homem no centro das preocupações – antropocentrismo.⁶⁹

A codificação identificou-se com a intenção de inserir, nos ordenamentos jurídicos da época, os novos ideias de caráter político, econômico e social. O Código, assim, tornou-se veículo de transmissão da ideologia liberal da época. Foram inseridas no Código as aspirações e ideias do tipo de vida liberal-burguês.⁷⁰

Especificamente sobre o *Code Civil* de 1804, Díez-Picazo e Antonio Gullón ressaltam que

El Código francés es una obra capital, de enorme influencia en el mundo, sobre todo en el siglo XIX. Fue el vehículo de las ideas de la Revolución Francesa, y responde a una ideología típica del liberalismo burgués, pues no en balde es la burguesía que inicia la Revolución y la que, a la postre, sale vencedora. Es um Código que afirma el

⁶⁸ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 170-171.

⁶⁹ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 175-178.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil.** Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 35. Nesse sentido, John Gilissen, referindo-se ao *Code de 1804*, “O Código Civil traduz o Estado social e político do seu tempo. Redigido e discutido no momento em que Bonaparte consolida o seu poder pessoal, o Código reflecte a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade económica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar, etc.” GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito.** 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 454.

primado del individuo, de su igualdad ante la ley fuera de las circunstancias de su condición social, y de su libertad, y de ahí que sus pilares básicos sean la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa.⁷¹

Os códigos oficializaram, portanto, uma nova ideologia, um novo conteúdo valorativo para as regras sociais. A classe burguesa, através do discurso codificador, legitimou uma nova ordem.⁷²

Díez-Picazo e Gullón destacam 03 (três) características da codificação, além de terem sido veículos de transmissão de ideologias, quais sejam: (i) por significarem uma renovação dos ideais, os Códigos deveriam constituir obras unitárias, revogando-se todo o direito anterior, na medida em que o Código se bastaria a si mesmo; (ii) os Códigos tiveram a intenção de apresentar a técnica e a racionalidade jurídica, que se traduz numa simplificação, numa redução do material normativo e a formulação do mesmo em linguagem clara e inequívoca; (iii) os Códigos, como racionalização do mundo jurídico, pretendiam a construção de um sistema que se funda na própria lógica jurídica e que se desenvolve a partir de si mesma, o que demonstra a ideia progressista de supor que o ordenamento jurídico segue uma linha evolutiva de melhora.⁷³

São características decorrentes do princípio iluminista da racionalidade⁷⁴. Procurando alcançar ou demonstrar uma racionalidade jurídica, os códigos pretendiam ser completos, autônomos e autossuficientes. Através do ideal de completude, os códigos almejaram oferecer uma regra para cada caso, na vã intensão de abranger todo o complexo social. Acerca da completude, Bobbio afirma que

Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso [...] Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito [...] Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano... Uma expressão

⁷¹ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 36.

⁷² Segundo Mario G. Losano, “Com a Revolução Francesa, a iniciativa burguesa liberta-se dos vínculos da economia feudal e torna-se empreendedora num sistema económico inspirado em teorias livre-cambistas, segundo as quais cada indivíduo compete com todos os outros na produção de bens e serviços. O código civil garante juridicamente a liberdade do indivíduo relativamente ao Estado, protege a utilização autónoma da sua propriedade e não interfere nas suas relações com os outros indivíduos, intervindo apenas se uma das partes pede a assistência do Estado contra a outra parte que não respeitou os acordos.” LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, LDA, 1979, p. 44.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 35-36.

⁷⁴ “A ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas. [...] eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.” WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 365-366.

macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações [...] A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso.⁷⁵

O legislador iluminista, inspirado pelo ideal de racionalidade, pensou ser capaz de projetar, no código, todo um complexo de normas suficientes para a regulação da sociedade. Esse complexo de normas, inicialmente, foi fruto do jusracionalismo.

Interessante notar o papel do direito natural racional – jusracionalismo - nesse processo de codificação. Durante a Revolução, foi o jusracionalismo um instrumento constantemente invocado para justificar as novas formas e os novos sistemas.⁷⁶ Foi o discurso utilizado pela massa revolucionária para legitimar as ideias liberais em oposição ao Antigo Regime. Os códigos, assim, foram o repositório não de um direito “voluntário”, que poderia ser modificado pela vontade humana, mas sim do direito “natural”, fruto da razão, imutável, perpétuo e universal.⁷⁷

Entretanto, após a instituição da nova ordem, da promulgação do *Code*, isto é, a partir do momento em que o discurso revolucionário do liberalismo deixou de ser necessário em virtude de ter se tornado o discurso dominante e positivado, o direito natural foi abandonado, pois passou a ser visto como perigo, posto que “[...] fonte perpétua de inspiração para os que se opunham ao *status quo* [...] Para os adeptos do novo *Code*, o papel do direito natural tinha acabado.”⁷⁸ Surge como metodologia dominante, por conseguinte, o positivismo jurídico, uma vez que as ideias do liberalismo já se encontravam positivados e, portanto, necessitavam de uma ciência jurídica que os favorecessem.⁷⁹

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 115-121.

⁷⁶ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12-13.

⁷⁷ HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 330.

⁷⁸ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13.

⁷⁹ “A função ideológica da teoria jusnaturalista, enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal, nada mais fez do que esconder seu real objetivo, ou seja, possibilitar a transposição para um outro tipo de relação política, social e econômica, sem revelar os verdadeiros atores beneficiados. [...] Como pondera Michel Mialle, o ‘direito racional da Revolução Francesa é o direito do homem egoísta, da sociedade burguesa fechada sobre seus interesses. Esquecendo os homens concretos, ele (o direito) limita-se a proclamar princípios que não tem, exceto para a burguesia, qualquer espécie de realidade’. [...] a burguesia, ao chegar ao poder, se adona do aparelho legislativo do Estado, não sendo mais necessário invocar a bandeira do jusnaturalismo libertário; nesse instante, constrói e solidifica o patamar de um ordenamento positivista que irá oficializar seus novos interesses imperantes. [...] Também aqui sublinha uma vez mais o insigne Roberto Lyra Filho que [...] ‘Aliás, o exame histórico das revoluções, e até dos golpes de Estado, mostra bem a curiosa, mas significativa, alternância: antes de assenhorear-se do Poder, a classe ou grupo aspirante põe a ênfase em Direitos que não estão nas leis e nos códigos; porém, logo que toma as rédeas ambicionadas, contempla as normas que impõe a todos, e assume a postura do Senhor [...]’ a ideologia do jusnaturalismo é a forma específica da legitimidade de uma ordem criada por via revolucionária. A invocação de direito natural foi sempre a fora através da qual as classes se revoltaram contra a ordem estabelecida (e) conferiram legitimidade à sua reivindicação de direito

Aliado a esse fator prático-político, outro fator importante para a derrocada do direito natural foi a evolução das ciências naturais no século XVIII, com o modelo epistemológico de que o saber válido é o saber baseado na observação empírica, destituído da metafísica, isto é, o saber “positivo”. Esse “espírito positivista” atingiu a ciência jurídica a partir das primeiras décadas do século XIX. Almejando o *status* de ciência autônoma, o direito destituiu-se das especulações de direito natural – tão importantes outrora –, desvinculando-se de uma vez por todas da religião e da moral. A ciência jurídica, agora, passa a ser também uma ciência positiva.⁸⁰ Como ciência positiva, o direito passou a ostentar um caráter de autonomia. Karl Larenz explica que:

Como movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha ‘Escola História’, o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a ‘metafísica’ do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos ‘factos’ e às leis desses factos, considerados empiricamente.⁸¹

Ainda quanto à autonomia da ciência jurídica positiva, Mario G. Losano, ao tratar sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, embora se trate de um estágio já mais avançado do positivismo jurídico, oferece, com precisão, explicação acerca do fato da ciência jurídica ter seu objeto específico de análise, desvinculado de outros fatores. Em suas palavras,

A ciência do direito descreve um objeto colocado no mundo do *dever ser*: portanto, o estudo do direito deve, programaticamente, excluir qualquer elemento proveniente do mundo do ser, ou seja, deve ser ‘puro’. A ciência do direito descreve, portanto, de modo unitário exclusivamente um objeto colocado no mundo do *Sollen*, do dever ser. A teoria pura se apresenta, por isso, como uma construção unitária que dá conta de *tudo* o mundo do direito, mas *somente* do mundo do direito.⁸²

A influência do pensamento positivista no direito é, portanto, patente, o que fez com que o direito passasse a ser considerado autêntica ciência, a ciência jurídica, com objeto específico de análise e dotado de metodologia própria⁸³. Dentre as diversas escolas

[...]. WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-160.

⁸⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 373-374.

⁸¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 45-46.

⁸² LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Volume 2. O século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 53-54.

⁸³ “A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter abstrato, genérico e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da organização sociopolítica, bem como disciplinar e manter as diversas funções do aparelho estatal. Este caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma ‘reconhecido’, mas ‘ocultado’ pelo dogmatismo jurídico oficializado. Não será inoportuno lembrar que o formalismo jurídico enquanto ideologia do positivismo posto é ‘o fruto da sociedade burguesa já formada, ou, pelo menos, da sociedade em que a burguesia já reforçou suficientemente

juspositivistas⁸⁴, concentraremos nossa análise em apenas duas principais vertentes: positivismo legalista (Escola da Exegese) e positivismo conceitual (Escola Histórica).⁸⁵

Castanheira Neves, acerca do objetivo do pensamento jurídico positivo, assim dispõe:

Pode-se dizer que o problema com que, no fundo, este pensamento sempre aí se debateu – problema imposto então por particulares circunstâncias sociológicas e políticas, presentes em todo o decurso desse século – foi o de conciliar um conteúdo sociológico culturalmente liberal, que ia presente nas aspirações e realizações comunitárias, com uma estrutura política ideologicamente estatista, que o momento democrático revolucionário tinha feito triunfar. Ou se quisermos – para usar expressões mais do uso dos juristas -, o problema da conciliação dos “direitos naturais” com o primado da legislação (do poder legislativo), da “autonomia privada” com a “lei”, da autonomia dos direitos subjectivos com o autónomo direito objetivo. Numa palavra, o problema da ordenação jurídica das aspirações sociais liberais a concorrerem com as imposições políticas democráticas do Estado-de-Direito. E a solução proposta ou a conciliação obtida veio a traduzir-se no “positivismo científico” [...].⁸⁶

A compreensão da Escola da Exegese passa pela prévia compreensão do ambiente político dos primeiros anos após a Revolução Francesa. A promulgação do *Code Civil* de 1804 representou a concretização legislativa da vontade geral. O Poder Legislativo, legítimo representante da vontade geral, havia elaborado um monumento jurídico que representava todos os anseios da classe revolucionária – em especial a burguesia -, com a consagração da ideologia liberal no direito civil, expurgando de uma vez por todas os privilégios feudais. O Código Civil Francês de 1804 representou, no Direito, a Revolução Francesa. Como representante do fim do Antigo Regime, do início da nova era, o *Code* não poderia conviver com outras fontes de direito. Aboliram-se – ou tentaram abolir -, como fontes jurídicas, os usos e costumes, a jurisprudência e a doutrina. O Direito, portanto, confundiu-se com a Lei codificada⁸⁷. Como dito

as suas posições econômicas e políticas.” Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 160-161.

⁸⁴ Hespanha, após construir o panorama da ciência jurídica positiva, alerta para o surgimento de diversas escolas positivas, como o positivismo legalista, o positivismo culturalista, positivismo sociológico/naturalismo e o positivismo conceitual. HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 374-375.

⁸⁵ “As duas grandes escolas de pensamento que se desenvolveram a partir do direito natural no começo do século XIX foram a Escola Exegética e a Escola Histórica.” CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 198.

⁸⁶ NEVES, António Castanheira. **Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O problema metodológico da juridicidade**: Ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, p. 870-871.

⁸⁷ “Também no direito a presença latente do estadualismo se fez de fundamental importância na compreensão das principais escolas jurídicas do século XIX, e cuja expressão mais perfeita é a do chamado *legalismo*. Siamesas dessa tendência a suposta neutralidade, abstração e a virtualidade na compreensão dos sujeitos, das coisas e das relações jurídicas, direito e lei, o posto e o positivado, se equilibram na mesma balança. [...] A criação do direito, segundo essa acepção, só poderia se dar pela via legislativa, e respeitar a essa vontade significava colocá-la acima de qualquer outra orientação normativa existente e aplicável a um caso concreto qualquer.” Cf. BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55-56.

anteriormente, um dos pilares do Estado Liberal fora o princípio da separação dos poderes, aplicado, à época, de forma rígida e estrita. Caberia ao Legislativo, nessa tripartição dos poderes, como representante da vontade geral, elaborar o Direito. Ao Judiciário, por conseguinte, em razão da estrita separação dos poderes, não seria legítimo “dizer” ou “criar” o Direito, o que reduziu a atuação dos juízes à mera “boca que pronuncia as palavras da lei”.⁸⁸

Essa redução da ciência jurídica à Lei, em especial ao Código, denominou-se legalismo ou positivismo legalista⁸⁹. A doutrina teria o único papel de realizar uma interpretação submissa da lei, preocupando-se ao máximo em atender à vontade histórica do legislador. À doutrina restou, unicamente, a exegese dos textos legais, a interpretação literal e gramatical da lei, posto que os seguidores da Escola Exegética acreditavam que o direito se resumia aos Códigos. A ciência jurídica tornou-se a ciência da interpretação literal dos Códigos.⁹⁰

O papel primordial do jurista passou a ser a aplicação da lei em conformidade com a intenção do legislador. Determinar a vontade original do legislador tornou-se um imperativo para não se violar o princípio da separação dos poderes. Inicialmente, essa visão estrita da ciência jurídica logrou êxito, posto que a vontade do legislador coincidia com a vontade da classe dominante, a burguesia, de modo que a aplicação da regra em função de seus estritos valores gramaticais e lógicos não trazia grandes problemas ao juiz. O ambiente político e social desse momento, portanto, ofereceu guarda para que o positivismo legalista se desenvolvesse.

⁸⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 376-383.

⁸⁹ “Foi com a Escola da Exegese, entretanto, marcada pelo estudo interpretativo do *Code civil* em si, que a lei foi revestida do mais alto grau de primazia do ordenamento jurídico nacional. A perspectiva dessa escola fundamentava-se na idéia de que todo o direito está na lei, incrustado no Código Civil, expressão da vontade soberana da nação. O direito seria, pois, um sistema de normas. Escola esta que tem como fundamento filosófico o positivismo legalista.” Cf. BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

⁹⁰ Norberto Bobbio oferece interessante explicação para o que se convencionou denominar “fetichismo da lei” em referência à Escola da Exegese. O autor ensina que o objetivo inicial dos redatores do *Code* era deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito pelo juiz. Isso se daria pela conjugação dos artigos 4º e 9º do Código Civil de 1804. O art. 4º estabelecia que o juiz deveria, em cada caso, resolver a controvérsia que lhe era submetida, sendo vedado a possibilidade de abster-se de decidir (princípio do *non liquet*). O art. 9º, por sua vez, determinava que, nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, deveria utilizar-se da equidade, como retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei. A intenção dos autores do código, através desses dois artigos, foi “evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinha de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito”. Ocorre, entretanto, que o art. 9º foi excluído do texto final pelo Conselho de Estado. A interpretação do art. 4º, assim, restou prejudicada e, alijado do art. 9º, passou a ser isoladamente interpretado, passando a ser compreendido de modo completamente diverso pelos primeiros intérpretes do Código, no sentido de que o legislador do *Code* previu, ou quis prever, uma regra para cada caso, de modo que ao juiz seria impossível deixar de decidir. “É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como ‘escola da exegese’, acusada de fetichismo da lei”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73-78.

Ao jurista não caberia se preocupar com os fatores sociais, desigualdades e injustiças. Essa era a tarefa do legislador, representante máximo da vontade geral. Essa concepção apresentará grandes problemas somente quando, em decorrência de maiores mudanças nas estruturas sociais, o direito positivado se afastar da “efetiva vontade geral”.⁹¹

Sendo, portanto, produto do legislador – e da vontade geral –, o direito passou a ostentar uma imagem ideal, um estado de perfeição imune a críticas. Isso fez com que os juristas não pudessem invocar princípios gerais de direito, de equidade, mesmo diante de casos óbvios de injustiças. A ciência jurídica, através do positivismo legalista, alcançou elevadíssimo caráter de neutralidade valorativa. Em apertada síntese, R. C. van Caenegem, citando Demolombe e Laurent, expoentes da Escola da Exegese, ensina que

Do ponto de vista jurídico, foi também um século de esterilidade. [...] As teses essenciais da Escola da Exegese afirmavam que o estatuto e o direito eram idênticos, e as outras fontes de direito – costume, erudição, jurisprudência, direito natural – tinham apenas importância secundária. [...] Essa abordagem, muito bem descrita como um “feticismo do estatuto escrito”, também eliminava qualquer recurso ao direito natural ou aos “princípios gerais do direito”. Demolombe afirmava que o “direito claro” não requeria comentário e que a lei “devia ser aplicada mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade. [...] Laurent não hesitou em levar sua tese a pontos extremos: “O estatuto”, ele afirmava, “mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal.”⁹²

Esse apego excessivo à letra da lei, aliado à extrema restrição à crítica e à criatividade dos juristas, operou intensos efeitos no direito privado, em especial no direito dos contratos e na responsabilidade civil⁹³. Dentre as críticas ao Código Civil Francês de 1804, destacam-se o individualismo excessivo, o respeito exagerado à liberdade de contrato e direitos absolutos de propriedade.⁹⁴ Não podemos nos esquecer que o *Code* representou a consagração do ideal burguês do liberalismo. Natural, portanto, que seus institutos bases fossem a liberdade contratual, que fazia lei entre as partes, e a propriedade absoluta, ambas calcadas no individualismo e liberalismo.

A autonomia da vontade e a neutralidade representaram o cerne principiológico do *Code*. O homem passou a ser considerado como indivíduo isolado, como sujeito de direitos

⁹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277-280.

⁹² CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 207-213.

⁹³ “Criou-se, portanto, um princípio da legalidade altamente formalista (normativista) e não substancial, em que não se observa a justiça da lei. Ao contrário a lei, boa ou ruim, é a própria manifestação da justiça, importando sempre no esvaziamento da equidade. Nesse aspecto, as noções de justiça e direito confundiram-se com o conceito de lei, que estabeleceu dogmas intransponíveis aos operadores do direito.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

⁹⁴ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 211.

abstrato, desvinculado do meio social, dotado de vontade própria, de autonomia. Essa consideração da autonomia da vontade, aliada à igualdade formal, ambas consagradas pelo Código, fez com que se falasse, num primeiro momento, também, num “positivismo voluntarista”, posto que todo o complexo normativo foi criado tendo a vontade como protagonista.⁹⁵ Decorre daí, como veremos mais detalhadamente adiante, o entendimento de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e de que o regime de responsabilidade civil deveria ser totalmente baseado na constatação da culpa, isto é, a presença do elemento volitivo era indispensável para a imputação de responsabilidades (responsabilidade subjetiva).

Enquanto o positivismo legalista se desenvolvia na França, país já unificado e passível, portanto, de ter um código civil, outra foi a situação da Alemanha. Como ainda não havia ocorrido a unificação territorial, a ideia de codificação não logrou êxito até o final do século XIX, quando, somente em 1900, entrou em vigor o Código Civil Alemão (BGB). Entretanto, assim como ocorria em todos os ramos da ciência, o positivismo também influenciou a ciência jurídica alemã da época, porém de uma forma distinta do positivismo exegético francês.⁹⁶

Os juristas da época buscaram as bases do direito civil alemão na história da nação, com o surgimento da então chamada Escola Histórica Alemã, cujo expoente fora Friedrich Carl v. Savigny (1799-1861). Para essa escola, a sensibilidade cultural e político-jurídica do Estado estava na própria sociedade, entendida como um todo orgânico histórico, de modo que no presente é possível se identificar os traços do passado. Trabalha-se, portanto, com as fontes não estaduais e não legislativas do direito. Busca-se o “espírito do povo” (*Volksgeist*), que seria a verdadeira origem do direito nacional. Esse “espírito do povo” se manifestaria, principalmente, na “alta cultura”, pois essas seriam a que melhor revelariam a alma nacional, em decorrência da qualidade intelectual dos seus autores.⁹⁷

A Escola Histórica do Direito produziu, basicamente, 04 (quatro) grandes consequências. A primeira é a refutação do legalismo e, consequentemente, ao movimento da codificação. A lei, para essa escola, não era a legítima representante do direito, posto que esse

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado.** vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 04. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

⁹⁶ “Outros desdobramentos tiveram lugar na Escola da Exegese. Na Alemanha oitocentista, por exemplo, onde a formação estatal ainda não havia se consolidado, semelhante escola se constituiu, sob a denominação *Pandektenwissenschaft* (Pandectística).” Cf. BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

⁹⁷ HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 384-385.

se encontrava no “espírito do povo”. A lei seria, no máximo, exteriorização desse espírito, de forma que seria inadmissível a redução da ciência jurídica à letra da lei. Para a Escola Histórica, a lei, por apresentar tendência de perpetuidade, representaria um congelamento do direito, que era, em verdade, uma realidade viva e orgânica. A segunda grande consequência desse movimento intelectual foi a valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito, haja vista ser o costume a manifestação por excelência do *Volksgeist* e ser a doutrina a parcela da sociedade representante da “alta cultura”, responsável pela revelação, aperfeiçoamento e sistematização da ciência jurídica. A terceira consequência da Escola Histórica, por sua vez, como decorrência lógica da sua metodologia, fora a revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, de onde surgiram duas vertentes: a romanística, que entendia ser o direito romano medieval o direito a ser recebido pela Alemanha, e a germanística, que fora buscar no antigo direito alemão a reconstrução do direito moderno. Por fim, a quarta e última grande consequência foi uma intensa sistematicidade e organicidade da jurisprudência, revelando uma preocupação aguda com a pureza dos conceitos jurídicos, vistos como institutos vivos e orgânicos, presentes através da história.⁹⁸ Essa última consequência dará origem, como veremos em seguida, à chamada jurisprudência dos conceitos.

As condições políticas necessárias para a introdução de um código nacional só se concretizaram a partir de 1871, quando a Alemanha foi unificada. Travou-se, então, uma luta ideológica entre os defensores da codificação, a exemplo de Thibaut, e seus adversários da Escola Histórica, a exemplo de Savigny⁹⁹. Embora a ideia da codificação tenha prevalecido, na discussão acerca do conteúdo dessa codificação acabou prevalecendo os ideias da Escola Histórica: os códigos não deviam ser inovadores nem revolucionários, mas sim tradicionais. A nova discussão centrou-se acerca de qual tradição deveria prevalecer: a romanística, proveniente do direito erudito “recebido” na Alemanha a partir de 1500 e sistematizada pela

⁹⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 385-387.

⁹⁹ Bobbio explica esse debate entre Thibaut e Savigny. Inicialmente, Bobbio cita diretamente o primeiro autor. Em suas palavras: “Sou de opinião que o nosso direito civil [...] necessita de uma transformação rápida e completa e que os alemães não poderão se tornar felizes nas suas relações civis a não ser que todos os príncipes alemães, reunindo suas forças, procurem redigir um código válido para toda a Alemanha e que escape da arbitrariedade dos Estados independentes”. Enquanto para a Escola Histórica a codificação é algo artificial e arbitrário, para Thibaut, sob forte influência iluminista, ao contrário, “as diversidades locais não têm nada de natural, sendo unicamente devidas ao arbítrio dos vários príncipes que impõem tais diversidades [...] Para Savigny, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislativo. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo das sociedades mais maduras; o terceiro das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha.” Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 57-62.

Escola Pandectista, sob a liderança de Windscheid, ou a germanística, cuja base era o antigo direito alemão. Embora essa última tenha tido grande apoio popular, em decorrência do sentimento de nacionalismo, a primeira já se encontrava em estágio mais avançado de estudos e sistematização e, por isso, acabou prevalecendo.¹⁰⁰

O BGB foi o resultado, portanto, do moderno movimento de codificação aliado à tradição jurídica histórica, estudada e sistematizada por juristas acadêmicos, preocupados com a pureza do sistema e dos conceitos jurídicos. É um código sistemático e teoricamente coerente, como pretendiam os pandectistas. Foi um código fruto do exercício acadêmico de elaboração e aperfeiçoamento de conceitos jurídicos. Essa preocupação com a sistematização e aperfeiçoamento de conceitos jurídicos foi chamada de pandectística ou jurisprudência dos conceitos. Trata-se de uma vertente da Escola Histórica Alemã.

O conceitualismo jurídico é oriundo, dentre outros fatores, do ideal do formalismo kantiano, que confere importância à função estruturante das categorias e princípios gerais do conhecimento científico. O formalismo kantiano preza pela coerência interna das categorias do sistema de saber, relegando a segundo plano – ou desprezando – a realidade externa. Aplicada à ciência jurídica, esta concepção científica resultou na desvalorização tanto da lei como dos fatos sociais, de modo que o trabalho intelectual do jurista seria apenas construir um sistema de conceitos jurídicos. Ao se elaborar os conceitos puros e superiores, que teriam um “poder genético”, caberia ao jurista, no próximo passo, proceder à combinação desses conceitos-princípios que, por seu turno, produziriam outros conceitos – mais conhecimento – sobre a realidade.¹⁰¹

A grande diferença de elaboração dos conceitos ou princípios entre a jurisprudência dos conceitos e o jusnaturalismo é que, ao contrário dos juristas deste último, os juristas daquela não estava a criá-los arbitrariamente ou a deduzi-los da filosofia ou da moral, mas sim a identificá-los e descrevê-los a partir da realidade empírica, de forma neutra. Deduziram-se, assim, princípios como o da autonomia da vontade no domínio dos negócios jurídicos e o princípio da elasticidade no domínio da propriedade. À ciência jurídica não caberia discutir ou refletir acerca da justiça desses princípios: sua função era unicamente reconhecê-los e descrevê-los. A preocupação jurídica era estritamente conceitual.¹⁰²

¹⁰⁰ CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 218-221.

¹⁰¹ HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 391-394.

¹⁰² HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 395.

Assim como no positivismo legalista, que reduziu o objeto de estudo à lei, o positivismo histórico também procurou identificar um objeto específico da ciência jurídica, e o encontrou nos conceitos jurídicos, entendidos como entidades autônomas e orgânicas, perceptíveis através da observação da sociedade, dotados de neutralidade. Nesse sentido, Franz Wieacker leciona que

Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do direito do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas. “Considerações de caráter ético, político ou económico não são assunto dos juristas, enquanto tais”, dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid (com o que ele não queria, no entanto, proibir ao legislador [...] considerações deste tipo). A fundamentação ética desta convicção foi extraída por Savigny e pelos seus contemporâneos da teoria jurídica de Kant, segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo portanto, uma “existência independente”.¹⁰³

Para o direito privado, aqui se encontram as consequências das duas escolas analisadas: ambas desconsideram o exterior, a realidade social na qual o direito está envolto e analisam seus institutos objetivamente, de forma neutra, abstraída dos conflitos sociais e questões de justiça. Assim, tanto o contrato como a responsabilidade civil são estudados e sistematizados como categorias jurídicas existentes de per si. Tendo sido a vontade do homem considerada protagonista do sistema jurídico, seja como determinação legal, seja como conceito jurídico reconhecido na “ordem natural”, os institutos do contrato e da responsabilidade civil foram concebidos à luz do voluntarismo. Sem vontade (autonomia), não há contrato; sem vontade (culpa), não há responsabilidade civil.¹⁰⁴

Arthur Kaufmann, acerca da concepção da estrita obediência do Judiciário à lei e de que ao jurista não caberia se preocupar com as questões sociais e justiça do caso concreto, assim se refere à jurisprudência dos conceitos:

¹⁰³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 492.

¹⁰⁴ Hespanha tece a seguinte crítica em relação a essa neutralidade: “Do ponto de vista sócio-político, tem-se realçado de que maneira o formalismo da pandectística possibilitou a neutralidade do direito face aos projectos políticos contraditórios da burguesia alemã. Na verdade, os quadros político-ideológicos da pandectística eram muito largos, podendo identificar-se com aquilo que se poderia classificar de liberalismo: defesa da liberdade e igualdade formais do indivíduo e defesa da propriedade, como extensão da liberdade, com os seus corolários dogmáticos [...] Dentro destas margens, a pandectística erigia o seu formalismo e científicidade como valores supremos, em face dos quais as soluções político-sociais contraditórias podiam ser neutral e objectivamente julgadas. [...] Independentemente de tudo o que possa haver de formalista e de conservador (e muito havia) nesta ideia de neutralidade e independência do direito e do Estado, o certo é que este legado da pandectística – em que o rigorismo formal do processo de decisão garante, por si só, a justeza material dos resultados – marcou decisivamente a cultura política e jurídica dos nossos dias.” Cf. HESPAÑHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 396-398.

A proibição de criação de direito pelos juízes cedo se mostrou impraticável, não só devido à existência de lacunas nas leis, mas também porque cada interpretação implica, desde logo, que se disponha da lei, tornando-se o intérprete sujeito desse acto. No entanto, não se tinha ainda atingido a maturidade suficiente para se reconhecerem abertamente estes condicionamentos. Pelo contrário, procurava-se manter de pé o esquema sujeito-objecto, recorrendo a diversos tipos de argumentação. Uma destas tentativas foi a *jurisprudência dos conceitos*, que teve muitos adeptos no século XIX, mas de cujo método, ainda hoje, muitos juristas, consciente ou inconscientemente, se servem.¹⁰⁵

Kaufmann ensina que o traço “característico da jurisprudência dos conceitos [...] é a dedução de princípios jurídicos a partir de meros conceitos. [...] Os conceitos servem de fonte de conhecimento.”¹⁰⁶ Após o reconhecimento e sistematização dos institutos e conceitos jurídicos pela doutrina, extraídos da observação dos costumes nos quais se manifesta o *Volksgeist*, o Direito seria produzido a partir de si mesmo, naquilo que Puchta denominou “genealogia dos conceitos”, vislumbrando-se o ordenamento jurídico na forma de uma “pirâmide conceitual”, em cujo topo se encontra o conceito supremo e do qual se desdobram todos os demais conceitos. Cada conceito jurídico deveria ser reconduzido, assim, a um conceito jurídico anterior que lhe desse origem e, este, por sua vez, a outro anterior, e assim sucessivamente.¹⁰⁷

Os conceitos jurídicos emanavam do “espírito do povo” e caberia ao jurista compreendê-los e sistematizá-los na forma de uma pirâmide, de modo que os conceitos inferiores decorressem logicamente dos conceitos superiores. A “genealogia dos conceitos”, assim, faria com que, por abstração lógica, o jurista conseguisse aplicar os conceitos e institutos jurídicos nos casos que se apresentassem, sem que tivesse a necessidade de recorrer a elementos extrajurídicos. Embora discordasse da ideia que Puchta considerava como sendo o “conceito supremo”, por incluir aí conteúdo ético-jurídico, Rudolf v. Jhering, em sua primeira fase, na qual defendeu a jurisprudência dos conceitos a partir do raciocínio puramente indutivo, método conhecido como histórico-natural, proferiu a seguinte frase, que muito bem explica essa concepção da ciência jurídica como sendo formada por conceitos jurídicos que se desdobram em outros conceitos e princípios jurídicos: “Os conceitos são produtivos, eles acasalam e geram

¹⁰⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 167-168.

¹⁰⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 168.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-29; KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 168-169.

outros novos”. Jhering, na primeira fase de sua obra, orientou a racionalidade jurídica de acordo com a racionalidade das ciências naturais, o naturalismo.¹⁰⁸

Dentre os grandes expoentes da jurisprudência dos conceitos, destaca-se, por fim, Windscheid, que compreendia o Direito de forma simultaneamente histórica e racional. Para este autor, entretanto, a razão não seria puramente objetiva, como fora para Savigny e Puchta, como algo imanente dos institutos jurídicos. Windscheid compreendia a razão jurídica também de forma subjetiva, como a vontade racional do legislador. É o que Karl Larenz denominou “positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador”.¹⁰⁹

Franz Wieacker elenca as duas grandes consequências da jurisprudência dos conceitos, cuja concepção traduz-se na dedução do direito exclusivamente a partir do sistema, conceitos e princípios reconhecidos. A primeira é que a ordem jurídica constitui um sistema fechado (autônomo e coerente) de instituições e normas, independente da realidade social, de forma que “é em princípio possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático.”¹¹⁰ Essa concepção de autonomia e coerência do sistema jurídico está presente, como se viu, também no positivismo legalista da Escola da Exegese. Enquanto uma confia na autonomia e coerência da legislação, a outra confia essas características à sistematicidade de conceitos. Ambas as escolas acreditam que as decisões jurídicas que atenderem ao rigor metodológico – legalista ou conceitual – levarão, inevitavelmente, à justeza da decisão.

A segunda grande consequência da jurisprudência dos conceitos enunciada por Wieacker é a exigência de plenitude do sistema jurídico, em decorrência de ser um sistema fechado. Com o exercício da “jurisprudência construtiva”, que opera um raciocínio lógico-dedutivo a partir dos conceitos e princípios jurídicos já existentes na “pirâmide conceitual”, as lacunas legais poderiam ser preenchidas sem que se necessitasse de elementos extrajurídicos, bem como se evitaria a criação jurídica pelos juízes, posto que estes realizariam somente uma tarefa subsuntiva.¹¹¹ O conteúdo da lacuna legal já estaria na “pirâmide conceitual”: cliente da

¹⁰⁸ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 169; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 29-33.

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 34-35.

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 494-497.

¹¹¹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 497-499.

“genealogia conceitual”, da coerência e da autonomia do sistema jurídico, bastaria ao jurista o exercício intelectual de colmatar a lacuna através dos próprios elementos desse sistema.

Essa concepção da ciência jurídica mostra como o direito privado da época foi estritamente formal, preocupando-se apenas com a categorização e com requisitos de validade meramente intrínsecos aos institutos jurídicos. O contrato não poderia ser anulado por ser injusto para uma das partes, mas somente em casos pontuais de vícios da vontade e de incapacidades. A responsabilidade civil não poderia incidir por questões de justiça social, mas somente se o indivíduo causador do dano tivesse agido conscientemente (exigência indispensável do elemento volitivo). Essas questões “estranhas” aos institutos jurídicos – justiça inter partes ou justiça social – não eram levadas em consideração pelos juristas na aplicação dos conceitos jurídicos, haja vista não comporem os seus próprios conceitos, neutros por natureza. A racionalidade jurídica não admitia a presença de elementos não jurídicos e, na época – lembremos do ideal dominante do liberalismo –, questões de justiça, função social, equilíbrio, etc., não compunham o vocabulário jurídico privado.¹¹²

Passamo-nos, agora, à análise dos institutos do contrato à luz do Estado Liberal, dos direitos fundamentais somente como direitos de defesa e das escolas jurídicas analisadas, Escola da Exegese, com seu positivismo legalista, e Escola Histórica, com seu positivismo conceitual.

1.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS FUNDAMENTAIS NO PARADIGMA LIBERAL

Como exposto acima, o direito é um sistema de segunda ordem e, portanto, tem por fundamento servir a um sistema de primeira ordem. O direito dos contratos, por conseguinte, é um ramo da ciência jurídica que tem seu fundamento em uma grandeza de primeira ordem, a economia. Como tal, reflete a ideologia predominante e serve de instrumento adequado para a

¹¹² Castanheira Neves constrói a seguinte reflexão, acerca da “feliz coincidência” entre os ideias de neutralidade e objetividade da ciência jurídica positiva – tanto legalista como conceitual – e os ideias do liberalismo e estatismo: “Neutralidade e objectividade que eram, sem dúvida, nos termos em que se ofereciam e no conteúdo que exprimiam, instrumentos para a realização de uma certa intenção político-social e com ela directamente comprometidos. [...] Pois para o séc. XIX a objectividade era sinónimo de ciência, só sendo autêntica a objectividade como objectividade teorético-científica. Pelo que, coincidindo assim as pretensões ideológicas-políticas com as exigências culturais, com o ‘espírito do século’ que era o cientismo fácil nos é por isso compreender que o problema que ao pensamento jurídico metodologicamente então se pôs, o problema que ele como um específico pensamento a si mesmo se punha, fosse apenas o problema da sua própria científicidade. Problema que ele passaria a assumir com carácter absoluto e exclusivo, pois que ao emergir de uma situação cultural que sobrevalorizava a intenção científica, e em que esta se encontrava em feliz coincidência com a intenção política, natural era que fossem omitidas as intenções ideológicas-jurídicas que codeterminavam o próprio apelo à científicidade, para se ver unicamente no acesso à ‘ciência’ a condição chamada a justificar a dignidade espiritual do pensamento jurídico, enquanto pensamento objectivo sobre o direito.” Cf. NEVES, António Castanheira. **Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O problema metodológico da juridicidade:** Ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, p. 872.

circulação de riquezas. No paradigma do Estado Liberal, assim, foi construído um modelo de contrato liberal, pautado em princípios liberais.¹¹³

O Direito da Modernidade é marcado pela absolutização da vontade individual em contraposição à vontade absoluta do Estado do Antigo Regime. O Indivíduo passa a ser visto como um ser titular de direitos inatos, anterior ao Estado¹¹⁴. O Código Civil teve a função de regular as relações jurídicas de um ser abstratamente considerado, do indivíduo “atomizado”¹¹⁵. O Indivíduo é titular de direitos; o Estado, de deveres. Trata-se da instituição da ideologia do individualismo. A posição do Indivíduo frente ao Estado e à sociedade era, respectivamente, de resistência e indiferença. A codificação civil, assim, tem como fundamento axiológico a absolutização da vontade desse Indivíduo, titular de direitos abstratamente considerado, para garantir-lhe a proteção patrimonial, visto que a propriedade era, ao mesmo tempo, símbolo e fundamento da liberdade¹¹⁶, consagrada no campo do direito público, através da função de defesa dos direitos fundamentais.

A principiologia contratual do paradigma liberal centra-se na autonomia da vontade do indivíduo contratante. A vontade passa a ser o fundamento e limite do contrato. Compreendido como autolimitação voluntária da liberdade, o contrato justifica-se na medida em que formulado através do livre consentimento. O livre consentimento do homem racional, aliado à igualdade formal dos contratantes (todos eram considerados iguais perante a lei, em oposição ao regime

¹¹³ “As grandes codificações civis modernas, como o código de Napoleão de 1804 e o Código Civil alemão de 1896 (o célebre BGB), perspectivaram os institutos do contrato e da propriedade na idéia básica de liberdade da celebração fundada no pressuposto da autonomia formal dos contraentes e, com estas características, os positivaram. Toda a construção do *Code Napoléon* se estrutura sobre três pilares: (i) a liberação da propriedade individual, (ii) a plenitude da liberdade dos contratos e (iii) a força da responsabilidade pessoal. Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 302.

¹¹⁴ “Em Locke, os direitos que constituem a natureza humana (vida, liberdade, bens) são inalienáveis. O indivíduo e a propriedade são anteriores ao Estado, portanto, não podem ser por ele violados. Surgem os parâmetros do contratualismo originário que enxerga no contrato (consentimento) a base do governo e da fixação dos seus limites. Nos termos do ‘contrato social’, os indivíduos renunciam ao direito de defesa e ao direito de fazer justiça privada para, em troca, conseguir do Estado que os seus direitos inalienáveis lhes possam ser melhor garantidos. Se o Estado violasse esses direitos inalienáveis, os indivíduos teriam o direito e o dever de a ele resistir e de se revoltarem contra o poder usurpador. A doutrina política de Locke, contida no seu Tratado sobre o Governo Civil (1689), é a expressão teórica do constitucionalismo liberal inglês, em contraste com a doutrina do absolutismo naturalista de Hobbes.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 151.

¹¹⁵ “[...] o direito civil caracteriza-se pela absolutização do indivíduo como um ‘eu’ metafísico sem vínculos históricos, daí que, reduzidos ao ‘ser’, todos somos iguais. Considerada em si mesma, esta lógica é coerente: o indivíduo – em oposição ao trabalhador, ao comerciante, ao criminoso, ao contribuinte, ao administrado, ao consumidor... – define-se por sua irredutibilidade essencial. O ‘ser’ é a sua única e suficiente qualidade”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4-5.

¹¹⁶ “O Código Civil é a ‘autobiografia’ do indivíduo burguês. Afirma-se, sem exagero, que não apenas o direito civil, mas todo o Direito da modernidade tem como ponto de partida o individualismo e o liberalismo.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12-16.

de privilégios dos paradigmas anteriores), conferia ao contrato o *status* de norma, dotada de força vinculante, a ser obrigatoriamente observada pelas partes. Ao Poder Judiciário não caberia intervir no que fora livremente pactuado pelas partes¹¹⁷, reservando-se à constatação dos aspectos formais do contrato e à verificação da presença ou não de vícios do consentimento¹¹⁸. Essa concepção, positivada nas codificações francesa e alemã do século XIX, é a origem dos princípios contratuais fundamentais do paradigma liberal¹¹⁹, analisados a seguir.

Fernando Noronha, na obra “O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais”, ao tratar da concepção clássica do contrato, herdada do século XIX – período das grandes codificações -, informa que os princípios contratuais fundamentais derivam, em maior ou menor medida, do princípio da autonomia da vontade. Seriam eles: princípio da liberdade contratual, princípio do consensualismo, princípio da relatividade dos efeitos contratuais e princípio da obrigatoriedade do contrato. Com menos destaque, servindo como limites aos princípios anteriores, havia ainda o princípio da supremacia da ordem pública e o da boa-fé.¹²⁰

¹¹⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24-27.

¹¹⁸ “Enquanto durou o ‘império do individualismo, e consequentemente a aplicação do princípio da autonomia da vontade como vértice do Direito Contratual, a preocupação da validade dos atos negociais se restringia a correta e consciente manifestação de vontade das partes. Assim, a única interpretação, ou interferência pública, na esfera da liberdade privada das partes em negociação, era aquela que pudesse corrigir os vícios decorrentes dos equívocos e defeitos da manifestação subjetiva.” Cf. SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250-251.

¹¹⁹ “A teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas, que hoje estão em crise: a irredutível oposição entre o indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.); o princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se curar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades). [...] Efetivamente, esse era o tempo em que Kant, o grande filósofo da nova era, insistia sobre a vocação fundamental do direito no sentido de permitir a coexistência das liberdades individuais, enunciava o seu ‘princípio universal do direito’, de acordo com o qual ‘é justa toda ação que permite ou cuja máxima permite que a liberdade do arbítrio de cada um coexista com a liberdade de cada um dos outros segundo uma lei universal’, e afirma que ‘quando alguém decide alguma coisa em relação a outro, é possível que faça a este alguma injustiça, mas nenhuma injustiça é possível naquilo que se decide para si próprio.’” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64-65.

¹²⁰ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41-62. A pesquisa do autor mostrou-se interessante na medida em que procurou a identificação dos princípios contratuais fundamentais em três diferentes tipos de fonte bibliográficas: compêndios e manuais acadêmicos, obras gerais e monografias específicas, fato que possibilitou alcançar elevado grau de certeza quanto à exemplificação dos princípios. Ainda, quanto ao princípio da supremacia da ordem pública e da boa-fé, por não apresentarem grande importância para a época, analisaremos os dois “princípios limites” no paradigma social.

1.4.1 AUTONOMIA DA VONTADE: LIBERDADE CONTRATUAL E LIBERDADE DE CONTRATAR

A “autonomia da vontade” representava, sob nítida inspiração kantiana, o poder do indivíduo de gerir sua própria existência, assumindo tão somente as obrigações que por vontade própria quisesse assumir. Trata-se de ideia proveniente do racionalismo iluminista, de ideal antropocêntrico que elevava o Homem ao centro do Universo, em oposição ao papel submisso até então predominante, seja frente ao Estado, à Igreja, entre outros. Henri de Page, civilista belga, assim conceituava o princípio da autonomia da vontade:

Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regularem elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (*engagements*), de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados.¹²¹

A absolutização da vontade levava à compreensão de que os contratantes eram absolutamente livres para criarem o contrato, determinarem seu conteúdo e regulamentarem seus efeitos jurídicos. Todo o contrato era regulado pela vontade das partes. O princípio da autonomia da vontade, portanto, estava em perfeita sintonia com o liberalismo político (lembremos da concepção de contrato social, de Rousseau) e com o liberalismo econômico (lembremos do liberalismo de Locke), próprio da burguesia.¹²²

Darcy Bessone menciona que, para a doutrina clássica, o contrato seria sempre justo, posto que fruto da livre apreciação dos interesses dos próprios contratantes. O equilíbrio das prestações, portanto, é presumido, afinal, se não lhe aprouvesse, o contratante teria a liberdade de não contratar. Sendo presumidamente justo, o contrato poderia assumir qualquer conteúdo querido pelas partes, cujos únicos limites seriam a ordem pública e os bons costumes. Em eventuais dissídios, a missão do juiz seria unicamente apurar a vontade dos contratantes, numa tarefa puramente reconstrutiva.¹²³ Sob o enfoque do Estado mínimo, o direito não se preocupava com a justiça material dos acordos: a “[...] justiça passa a ser entendida essencialmente como o

¹²¹ PAGE, Henri de. **Traité élémentaire de droit civil belge**. 2^a ed. Bruxelles: Émile Bruylants, 1950, v. 2, p. 437. *Apud* NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 114.

¹²² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112-113.

¹²³ BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 39-41.

respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios de mínima intervenção estatal.”¹²⁴

Pietro Perlingieri, ao tratar do conceito de autonomia privada¹²⁵, ressalta que há uma tendência parcial, como consequência do liberalismo econômico, de considerar somente a “[...] liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.”¹²⁶ O autor demonstra, no decorrer da obra, outros aspectos e diversos fundamentos constitucionais da autonomia privada. Entendemos, assim, que essa “tendência parcial” que considera somente o poder de auto-regulamentação é justamente a concepção do princípio da “autonomia da vontade”, dominante no paradigma liberal, tradicionalmente compreendida como a liberdade contratual: liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato, etc.

Díez-Picazo e Gullón fazem interessante crítica ao termo “autonomia da vontade”. Para os autores, o termo incorre num equívoco, na medida em que a autonomia, entendida como o poder de ordenação da esfera privada, tem como sujeito a pessoa, e não a vontade. A autonomia não seria da vontade, mas da pessoa. A vontade seria um requisito da autonomia, mas não seu sujeito.¹²⁷ Em nossa opinião, em que pese o acerto da observação, essa análise gramatical serve para nos dar uma melhor compreensão da tamanha importância conferida à “vontade” no paradigma liberal. Com efeito, o direito civil liberal, através do positivismo legalista e do positivismo conceitual, elaborou toda a sua dogmática baseada num homem abstrato, metafísico, um ser ideal titular de direitos, e não com base na pessoa real, concreta, sujeita às vicissitudes da vida em sociedade. Daí que a “vontade”, posto que oriunda desse ser ideal, foi elevada ao patamar máximo do ordenamento jurídico, passando a ser o “próprio sujeito da autonomia”.

¹²⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 45.

¹²⁵ O conceito de “autonomia privada”, entendido aqui como “evolução” ou “desenvolvimento” do conceito de “autonomia da vontade”, será analisado no momento oportuno, quando tratarmos do paradigma social. Por enquanto, vide o conceito de Perlingieri: “[...] pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹²⁷ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 373.

Todo esse foco na autonomia da vontade, compreendida como poder absoluto derivado da liberdade individual no âmbito privado, levou a uma discussão doutrinária acerca de qual vontade deveria ser efetivamente levada em conta na formação do contrato. Nesse embate, duas teorias clássicas travaram intensa disputa: a teoria da vontade e a teoria da declaração¹²⁸. A primeira, que remonta a Savigny, confere maior importância à essência do contrato, que estaria na real vontade criadora das partes, de modo que essa deveria prevalecer quando houvesse divergência entre a vontade interna e a vontade declarada. A segunda, por sua vez, entendia que a essência do negócio jurídico repousava na vontade declarada, externada, sendo que, somente de forma excepcional o direito deveria conferir relevância à vontade interna. As duas teorias deram origem, respectivamente, à teoria da responsabilidade e à teoria da confiança, que são formas mitigadas das duas teorias predecessoras, elaboradas com a intenção de “amenizar” a rigidez das concepções anteriores.¹²⁹

¹²⁸ Darcy Bessone afirma que, em regra, as legislações adotam um critério eclético. Cita o Código Civil francês, que, embora tradicionalmente adote a teoria da vontade, já abriu brechas para a teoria da declaração, quando determina que os efeitos “[...] simulação da vontade interna não poderiam afetar direitos de terceiros, constituídos por confiança na declaração.” Em seguida, cita o BGB (código civil alemão) que, apesar de ter dedicado “[...] um título todo à ‘declaração de vontade’ e o abriu com a regra de que a reserva mental da *vontade real* não prejudicará a *vontade declarada* (art. 116) [...] logo esposou o tradicional princípio de que, para a interpretação da declaração, se deve procurar a vontade real, de preferência ao sentido literal da expressão (art. 133), consagrando, por essa forma, um dos principais corolários da clássica teoria da vontade.” Por fim, cita o Código Civil Brasileiro de 1916 que “[...] consagrou o princípio de que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção do declarante que ao sentido literal da linguagem (art. 85). Abriga as referidas teorias do êrro e do dolo. Mas, por outro lado, faz prevalecer a declaração sobre a vontade, quando dispõe, por exemplo, que ‘tendo havido intuito de prejudicar terceiros, ou infringir preceitos de lei, nada poderão alegar, ou requerer, os contraentes em Juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros’ (art. 104).” Cf. BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 46.

¹²⁹ A menção a esse embate doutrinário entre a “teoria da vontade” e a “teoria da declaração” teve como único objetivo ressaltar o quão importante era, no paradigma liberal dos contratos, a questão da autonomia da vontade. Esse princípio foi, de fato, o centro do ordenamento jurídico da época e motivo de embates doutrinários e jurisprudenciais intensos. Não é objetivo desse trabalho, entretanto, analisar a fundo tais teorias, para o qual se remete o leitor às seguintes obras, dentre outras: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4^a ed. São Paulo: 2002, p. 73 e ss. Segundo Junqueira de Azevedo: “Dados esses aspectos gerais das duas teorias, passamos a apresentar nossa visão sobre elas. Cremos que tanto uma quanto a outra apresenta um erro na sua formulação inicial: *ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração*, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro. Ora, não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade. [...] A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como *iter* do querer, ela não faz parte, *existencialmente*, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. [...] Em resumo, analisado o negócio jurídico no plano da existência, vê-se logo que a vontade não faz parte dele; o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos (planos da validade e da eficácia). Com esta visão, o problema muda completamente de figura. Será, apenas, uma questão de grau saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele de *lege ferenda* admitir as influências da vontade sobre declaração.” Sobre o tema, ainda, o Capítulo 5 da obra de Fernando Noronha, cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São

O “dogma da vontade” foi o auge do voluntarismo que, no contexto do positivismo jurídico e do liberalismo econômico, através da escola pandectista na Alemanha e com a escola da exegese na França, levou a um “voluntarismo radical”, na medida em que não se procurava nenhuma outra justificativa para o vínculo contratual além do simples consenso, isto é, do encontro de vontades. Os civilistas do século XIX, imbebidos nessa concepção positivista-voluntarista-liberal, preocuparam-se somente com a gênese do contrato (garantia da vontade livre) e com sua força obrigatória (necessidade de se conferir segurança jurídica ao tráfego comercial). A apreciação judicial reservava-se à verificação de nulidades absolutas, vícios sociais ou de consentimento, numa completa ignorância quanto às questões de ordem ética (seja no campo econômico, político ou social), em nome da neutralidade do sistema e da ciência jurídica.¹³⁰

Ronaldo Porto Macedo Jr. explica que, em decorrência dos princípios da autonomia da vontade, da supremacia do acordo firmado a partir do mútuo consentimento e da liberdade, duas grandes consequências foram constatadas: i) grande relutância em impor obrigações a quem não as tivesse assumido voluntariamente (dogma da vontade, concepção voluntarista), o que fez, por exemplo, com que o direito da responsabilidade civil permanecesse bastante incipiente; ii) tendência para se admitir que todas as obrigações deveriam ter origem contratual.¹³¹ O mesmo autor, ainda, mencionando que a “concepção liberal clássica do direito contratual está assentada na idéia de liberdade contratual”, erigida à “bandeira ideológica em defesa dos princípios fundamentais do liberalismo, jurídico e político”, distingue os conceitos “liberdade contratual” e “liberdade de contratar”. O primeiro relaciona-se à liberdade do indivíduo de determinar os termos do contrato, isto é, o conteúdo do pacto. O segundo, por sua vez, remete

Paulo: Saraiva, 1994, p. 81-98. Sobre essa questão, Noronha explica a “teoria perceptiva”, de Emílio Betti, jurista italiano, que “[...] caracterizou o negócio jurídico como ‘preceito de autonomia privada’, cuja essência ‘está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como *fato social*’”. À “teoria perceptiva” voltaremos nossa atenção quando tratarmos do paradigma social, adiante.

¹³⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83-86. Nesse sentido, Feitosa explica que “De início, a promulgação do *Code Napoléon* consagrou a fase de “subjetivação do contrato, mediante a difusão, no direito positivo e na doutrina, da concepção voluntarista das convenções. O voluntarismo, que se impunha sob a influência de diversas fontes filosóficas e políticas, reconhecia na decisão humana o instrumento para a realização dos interesses particulares. A subjetivação se manifestava por intermédio da preponderância atribuída à vontade das partes sobre qualquer elemento que lhes fosse exterior.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 375.

¹³¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 46.

à liberdade do indivíduo em escolher o parceiro contratual que lhe aprouver.¹³² Fernando Noronha assim conceitua o subprincípio da liberdade contratual:

A *liberdade contratual*, ou, como se diria melhor, *negocial*, é essencialmente liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos (os contratos e também os negócios unilaterais, tanto os típicos como os atípicos, isto é, não expressamente previstos nas leis, se e na medida em que estes forem admissíveis) e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo.¹³³

O princípio da liberdade contratual materializa o direito fundamental à liberdade, cuja função de defesa, no paradigma liberal, proporcionava ao Indivíduo um espaço de atuação livre da interferência do Estado. Esse espaço de atuação abrangia, portanto, tanto a escolha de “com quem” contratar, bem como de “o que” contratar. Ao Estado era defeso “invadir” esse espaço privado. A legislação produzida voltava-se tão somente à garantia dessa liberdade, mas nunca à sua limitação. O máximo que se admitia, e em estreita medida, eram as limitações negativas, exteriorizadas como pontuais proibições (ex.: *não* realizar determinado contrato, *não* pactuar determinada cláusula, etc.).¹³⁴ Não se admitia, por outro lado, limitações positivas, isto é, prescrições legislativas que impusessem aos sujeitos realizar ou não determinado contrato contra a sua vontade, determinar o conteúdo de certo contrato, estabelecer limites aos preços, etc.¹³⁵

Aliado ao princípio da liberdade contratual e alinhado à ideologia individualista e liberal burguesa dos séculos XVIII e XIX, também como corolário do fim do Antigo Regime e de seus privilégios de classes, princípio essencial para o modelo liberal de contrato fora o da igualdade formal dos indivíduos. Amparado em Enzo Roppo, a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de que o conteúdo do contrato fora estipulado livremente por contratantes em posição de igualdade jurídica (igualdade formal). Assim, os princípios da liberdade de

¹³² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 54. No mesmo sentido, Fernando Noronha, para quem “generalizou-se uma subdistinção entre *liberdade de contratar*, ‘faculdade de realizar ou não determinado contrato’, e *liberdade contratual*, que é ‘a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato’, para usarmos as palavras do Prof. Arnoldo Wald.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42. A distinção se fundamenta no fato de que, enquanto a liberdade de contratar “tenha se mantido”, a liberdade contratual sofreu sérias restrições ao longo do desenvolvimento do direito dos contratos, como veremos ao analisarmos o paradigma social.

¹³³ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116-117.

¹³⁴ Sobre essas limitações negativas, Washington de Barros Monteiro ensina que se tratavam da incidência do princípio da supremacia da ordem pública, que limitava o absolutismo da autonomia da vontade, proibindo “[...] estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derrogados pelas partes.” Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações. 2º v. São Paulo: Edição Saraiva, 1956, p. 20.

¹³⁵ Acerca das “limitações positivas”, analisaremos adiante o fenômeno do “dirigismo contratual”. Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 32-33.

contratar e da igualdade formal das partes “[...] eram os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ [...]”¹³⁶

1.4.2 CONSENSUALISMO

Outro subprincípio da autonomia da vontade, e também decorrente do princípio da liberdade, foi o princípio do consensualismo, denominado, por Enzo Roppo, de princípio de liberdade de forma¹³⁷. A liberdade quanto à forma (ausência de formalidade e solenidade) é o que caracteriza o consensualismo. Trata-se da exigência do mero encontro de vontades para que se forme o contrato (leia-se: o negócio jurídico) e se vinculem as partes. Como libertação das amarras do formalismo que travava as relações negociais, o princípio do consensualismo foi incorporado pelo *Code Civil* de 1804 como uma de suas pilastras.¹³⁸ Noronha alerta, entretanto, que, apesar de configurar importante princípio contratual liberal, na prática é pouco utilizado, pois “só encontramos contratos consensuais nas transações de menor importância econômica e, ainda assim, apenas naquelas que sejam cumpridas no mesmo instante em que se celebrem.”¹³⁹

O princípio do consensualismo também deriva do “dogma da vontade”: o contrato, enquanto consenso, bastava-se com o encontro de vontades consensuais. A vontade fora

¹³⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35. O autor, logo adiante, após observar que essa ideologia teve sua importância no momento de transição das Revoluções Liberais, tece a seguinte crítica à essa concepção formal da igualdade: “Mas, desta forma, esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstratas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.” A essa questão nos voltaremos adiante, quando analisarmos o paradigma social.

¹³⁷ “A proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo [...] Este princípio chama-se *princípio de liberdade de forma*, e caracteriza o direito moderno em comparação com os direitos menos evoluídos. Nos sistemas jurídicos do passado [...] valia a regra oposta do formalismo negocial. [...] Com o triunfo da ideologia do jusnaturalismo, e com a consequente exaltação da vontade e do seu poder criador, a esta e só a esta se reconduziram, como à sua origem, todas as consequências legais vinculativas para o sujeito [...] Liberdade do querer postulava, pois, liberdade de formas: esta afirmava-se com o código napoleónico e chega até nós, informando um sistema no qual é regra que os contratos possam ser concluídos sem formalidade alguma.” ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 96-97.

¹³⁸ Acerca do Código Civil Francês: “Neste, estabelece o art. 1.134: ‘les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites’. O consensualismo que subjaz neste artigo não será simplesmente algo acidental dentro do Código, mas um dos autênticos pilares sobre o qual se sustentará todo o direito privado francês.” Cf. MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** Vol. 4, p. 231-258, jun./2011, p. 12. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 04/07/2016.

¹³⁹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118-119.

sacralizada¹⁴⁰ e o consenso, sua exteriorização, elevado ao *status* de “único requisito suficiente para a formação do contrato”.

Darcy Bessone afirma que todo o contrato tem sua formação baseada no consentimento, embora alguns exijam, excepcionalmente, alguma forma ou solenidade. Segundo o autor, o contrato consensual não era desconhecido dos romanos, mas sua aplicação era restrita, época em que a regra de formação dos contratos era a solenidade. Entretanto, após o séc. XVI, o formalismo cedeu espaço ao consensualismo, de modo que, hoje, a regra é o contrato consensual.¹⁴¹ O consenso, por sua vez, deve ser exteriorizado através da declaração, que é a manifestação de vontade. Essa manifestação de vontade poderá, em geral, ser tanto expressa como tácita.¹⁴²

1.4.3 RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS

Segundo o estudo dos princípios fundamentais contratuais do paradigma liberal, também decorrente da concepção voluntarista do contrato e do direito civil em geral, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais (*res inter alios acta*)¹⁴³ exerceu importante função na concepção individualista e liberal. Compreendido como a vedação de que “[...] a posição jurídica de um sujeito possa ser *juridicamente* atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos [...]”¹⁴⁴, importa na constatação de que “[...] os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estanhos ao contrato.”¹⁴⁵

¹⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70-71.

¹⁴¹ “O modo, pelo qual se manifestam as partes, não tem *forma* rigorosa, em geral. Qualquer que seja a forma, o contrato gera obrigações, salvo se a lei exige forma especial, ou as partes convencionaram estabelece-la. É o que nos diz o art. 1.079. A manifestação da vontade pode ser tácita, quando a lei não exige que seja expressa. A expressa poderá constar de algum escrito, de palavra oral ou de gesto. Qualquer porém, que seja o modo de manifestar a vontade, nos contratos, deve ser inequívoco. O consentimento não se presume. É *tácito*, quando se induz, claramente, de atos, que não seriam praticados, sem o ânimo de aceitar a situação criada pelo contrato.” Cf. BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. IV, 11^a ed., atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, p.192.

¹⁴² BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 155-157.

¹⁴³ “Tal concepção, de nítido enfoque individualista e voluntarista, é sintetizada pela conhecida máxima *res inter alios acta*, a significar que o contrato não prejudica nem beneficia terceiros. [...] Assim, em conformidade com os dogmas do liberalismo, o princípio do efeito relativo das convenções vai conceber e garantir a liberdade daquele que não prestou a vontade ao contrato e, desse modo, não pode ser atingido pela existência do contrato, dada sua condição de terceiro, *penitus extraneus*.” Cf. BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil contratual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-49.

¹⁴⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 130.

¹⁴⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 129. O autor pondera, entretanto, que “Por vezes, porém, os efeitos de um contrato lesam, de facto, interesses de terceiros que o legislador considera particularmente dignos de tutela.” No paradigma liberal, por sua vez, essa concepção de tutela de interesses de terceiros era mínima (para não dizer nula).

O fundamento desse princípio, segundo Noronha, é a própria autonomia da vontade¹⁴⁶, uma vez que a liberdade para contratar é individual e, desse modo, em princípio, apenas poderá vincular o sujeito que exerceu sua liberdade. Inversamente, o terceiro que não contratou também exerceu sua liberdade, a liberdade de não contratar, e, por isso, não deve se submeter aos efeitos do negócio jurídico alheio. No mesmo sentido, Bessone, amparado em Messineo, afirma que o contrato, “[...] como ato de autonomia privada, não poderia atingir senão as esferas jurídicas dos particulares do consentimento.”¹⁴⁷

Não se olvide, entretanto, que, mesmo no paradigma liberal dos contratos, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais já encontrava algumas exceções, a exemplo do contrato *em favor de terceiro* (ex.: seguro de vida) e a *promessa de fato de terceiro*, ambos disciplinados nos arts. 1.098 a 1.100 e no art. 929, respectivamente, do Código Civil brasileiro de 1916¹⁴⁸. Não se negava que os contratos poderiam provocar reflexos danosos na esfera jurídica de terceiros. São exemplos os efeitos a terceiros previstos na lei sobre crimes contra a economia popular (Lei Federal n. 1.521/1951) e a antiga Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661/1945), quanto aos direitos dos credores quirografários, que se sujeitavam, em certos casos, à ação revocatória, entre outros exemplos.

Do ponto de vista do liberalismo econômico individualista, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais exerceu a importante função de limitar a responsabilidade civil por danos ocorridos “fora do contrato”¹⁴⁹, nas hipóteses em que um contrato celebrado entre duas partes específicas provocava externalidades negativas em terceiros ou na coletividade. Baseado no voluntarismo, o ordenamento jurídico não conseguiria fundamentar a responsabilidade ou o direito de sujeitos que não participaram da formação do negócio jurídico, posto que não manifestaram sua vontade, requisito essencial. O princípio da relatividade dos contratos retrata o ideal individualista, segundo o qual as partes contratam entre si, para si, sem se preocupar

¹⁴⁶ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

¹⁴⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 218.

¹⁴⁸ “São casos, não de hoje, previstos em lei como aptos a provocar, na esfera jurídica de terceiro, efeitos derivados de contrato efetuado sem a sua originária participação. Ainda em outras palavras, são contratos que em essência e naturalmente se destinam a, de algum modo, produzir potenciais efeitos diante de terceiros, criando-lhes, verdadeiramente, um direito.” Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

¹⁴⁹ “Não surpreende, pois, que todos os estudiosos de direito dos contratos qualifiquem a relatividade dos efeitos contratuais como um princípio. Afinal, a autonomia privada assegura que ninguém seja vinculado ao que foi decidido por outrem. Tradicionalmente, afirma-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, ou seja, no vernáculo, que o contrato não aproveita, nem prejudica terceiros. Esta, a lição da doutrina brasileira.” Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. A relatividade dos efeitos contratuais e a autonomia da pessoa jurídica. In. **Revista dos Tribunais**, vo. 905/2011, p. 119-134, mar.2011, p. 4. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 04/07/2016.

com a coletividade.¹⁵⁰ Assim, “parte” é aquele que manifestou sua vontade na formação do contrato, estando a ele vinculado, enquanto que “terceiro” é aquele que não manifestou sua vontade, e que, por isso, a ele não está vinculado.¹⁵¹

1.4.4 OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

Por fim, e como corolário dos princípios acima analisados, decorrente principalmente da autonomia da vontade, liberdade contratual e relatividade dos efeitos contratuais, surge o princípio basilar da força obrigatória dos contratos, comumente designado como *pacta sunt servanda*, cujo fundamento – inicialmente – moral é justamente o respeito à palavra dada e cujo objetivo primordial é conferir a segurança jurídica no tráfego comercial.¹⁵²

O princípio da obrigatoriedade dos contratos, também denominado de vinculatividade ou intangibilidade do contrato, consiste na vinculação das partes ao estipulado¹⁵³, posto que o contrato tem “força de lei” para as partes, traduzindo tanto a “[...] impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão judicial”.¹⁵⁴ Enzo Roppo, sobre esse princípio, destaca seu fundamento ético:

¹⁵⁰ “Sob a ótica do liberalismo, o princípio tinha caráter absoluto, permitindo que os terceiros pudessem ignorar completamente a existência do contrato. Se o ajuste não lhes dizia respeito, razão não havia para que o levassem em consideração. A análise do contrato era feita apenas sob o enfoque interno da relação, vale dizer, preocupava-se única e exclusivamente com as partes contratantes.” Cf. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 26-27.

¹⁵¹ TEIZEN JR., Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 162-163. “Na concepção tradicional, a qualidade de parte é conferida àquele que manifesta a vontade no momento da conclusão do contrato e, portanto, irá sofrer os seus efeitos. [...] Por exclusão, considera-se terceiro aquele que não participou da formação do contrato e, em regra, os seus efeitos não irão repercutir em sua esfera jurídica.” Cf. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 23-25. No mesmo sentido, Marcelo Benacchio dispõe que “Nesses termos, o princípio presta-se para a fixação da noção de parte e terceiro, desde o ponto de maior importância ao liberalismo, ou seja, a existência ou não de uma vontade consciente e dirigida à vinculação jurídica de uma pessoa a outra pelo laço contratual.” Cf. BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

¹⁵² “Refletindo um ato da liberdade individual, os contratos possuíam um caráter justo e consequentemente intangível (*pacta sunt servanda*), devendo ser executados a qualquer custo, de acordo com a intenção dos contratantes, salvo, tão-somente, na ocorrência de força maior e caso fortuito. O Código de Napoleão sacramentou a onipotência da vontade individual.” Cf. ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. In. **Revista de Direito Privado.** vol. 27, p. 279-292, jul.-set./2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 282.

¹⁵³ Beviláqua, sobre o art. 1.080 do Código Civil de 1916, *in verbis* “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”, afirma que “O caráter obrigatório da proposta é, hoje, universalmente reconhecido. Mas é preciso firmar quando há realmente proposta. Há proposta quando ela se refere aos pontos essenciais do contrato, e o proponente não se reservou o direito de retirá-la ao receber a aceitação, de modo que, dada a aceitação, esteja formado o contrato.” Cf. BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** v. IV, 11^a ed., atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 193.

¹⁵⁴ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42. Noronha, no capítulo 5 da obra, disserta sobre o fundamento da vinculatividade do contrato, demonstrando que, atualmente, através da teoria preceptiva, a

À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei: “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebram” é a fórmula que se transmite do art. 1134 do *code Napoléon*, para o art. 1123º do nosso código civil de 1865 e para o art. 1372º do código vigente. Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: “*pacta sunt servanda*”.¹⁵⁵

Em seguida, sobre seu fundamento econômico, arremata dizendo que “[...] o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação de riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente”, bem como para a “[...] realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.”¹⁵⁶

O princípio da obrigatoriedade dos contratos foi, portanto, peça-chave para a estabilização do sistema capitalista (interesse burguês)¹⁵⁷, pautado, inicialmente, nas trocas comerciais, as quais exigiam segurança jurídica quando, eventualmente, os contratantes “faltassem com a palavra dada”.¹⁵⁸ Assiste razão a Bessone¹⁵⁹, quando afirma que a “[...] análise do contrato o decompõe em promessas unilaterais obrigatórias [...]”, uma vez que se “[...] a declaração unilateral tem também caráter obrigatório, já não há razão para se dizer que esse caráter sómente pode resultar do acôrdo de vontades.” Prosegue o autor, afirmando que “O consentimento produzirá a consequência de tornar irrevogáveis as proposições unilaterais. A aceitação extinguirá, assim, a faculdade de revogação.”

O contrato, por ser a materialização da vontade livre e autônoma do sujeito de direitos racional, por ser sua autonomia e, acima de tudo, por ser o instrumento por excelência da

vinculatividade do contrato tem origem na concepção do contrato enquanto instituição social, dotada de função social e, portanto, voltada ao benefício da sociedade. O negócio jurídico, como fato social, adquire vida própria e, por isso, merece a guarda do ordenamento jurídico. Essa concepção será abordada adiante, ao tratarmos do paradigma social.

¹⁵⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 34.

¹⁵⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 34-35.

¹⁵⁷ “Da análise histórica da sociedade e das mudanças nela deflagradas até a tomada do poder pela burguesia, conclui-se que o conteúdo e alcance atribuído ao princípio do *pacta sunt servanda* após o início do século XVIII, reflete a vitória do interesse burguês e, neste exato contexto, estendeu-se e se consolidou na legislação de outros países.” Cf. OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. *Pacta Sunt Servanda*. In.: **Revista dos Tribunais**, vol. 905/2011, p. 785-812, mar./2011, p. 9. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 04/07/2016.

¹⁵⁸ Washington de Barros Monteiro, sobre esse princípio, dissertava que “[...] aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente. A única derrogação a essa regra é a escusa por caso fortuito ou força maior (Código Civil, artigo 1.058 e § único). Fora dela, o princípio da intangibilidade ou da imutabilidade contratual há de ser mantido.” Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações. 2º v. São Paulo: Edição Saraiva, 1956, p. 20.

¹⁵⁹ BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 31-37.

circulação de riquezas, essencial numa economia capitalista, foi erigido à categoria de norma jurídica, o que cristalizou o princípio da sua força obrigatória.¹⁶⁰

1.4.5 MODELO DE CONTRATO NO PARADIGMA LIBERAL

Completa-se, assim, o estudo dos princípios contratuais fundamentais do paradigma liberal. Luciano Benetti Timm, com grande poder de síntese, assim resume os princípios:

Baseado, portanto, na autodeterminação individual (1. *Autonomia da vontade*), ou seja, na liberdade de contratar, esse modelo jurídico de contrato funda-se nos postulados de que todos são livres (2. *Igualdade formal*) para contratar-se, com quem (3. *Liberdade de contratar*), como e da forma (4. *Liberdade contratual*) que quiserem. Assim, uma vez declarada a vontade, havendo o encontro em proposta e aceitação, *tout court* (ou seja, independentemente de qualquer formalidade na manifestação das vontades) (5. *Consensualismo*), não poderia mais a parte contratante se abster do cumprimento do contrato (*pacta sunt servanda*) (6. *Força obrigatória dos contratos*), salvo as hipóteses de vícios de consentimento ou sociais, sob pena de rescisão e/ou de responsabilidade civil contratual. Mais, o contrato teria efeitos relativos apenas entre as partes contratantes (7. *Relatividade dos efeitos contratuais*), porque somente elas consentiam com as obrigações criadas.¹⁶¹ (Destaque nossos).

Os princípios contratuais fundamentais do paradigma liberal formaram, como se viu, uma estrutura normativa alinhada ao liberalismo econômico e ao individualismo ético e filosófico da época, perfeitamente adequado às aspirações da burguesia, classe dominante após as Revoluções Liberais. Assim, segundo Fernando Martins,

Fica fácil entender que no liberalismo a justiça contratual é submissa à liberdade contratual, à vontade genética das partes, estando desprovida de um controle intervencional ou distributivo por meio de bases normativas que busquem um eixo proporcional. Vale dizer, tentando interpretar o brocardo de Foullié (quem se diz contratante se diz justo), que é a própria dimensão subjetiva do contrato, ou seja, as partes envolvidas, a quem cabe dizer o contrato como justo ou injusto.¹⁶²

Ainda com o autor, importante constatar que a interpretação contratual liberal, inserida no contexto do positivismo exegético e/ou conceitual, também era norteada pela neutralidade. A atividade do intérprete – do juiz –, portanto, era a de interpretar literalmente as disposições

¹⁶⁰ “Entre as normas particulares, assim chamadas por só ligarem os participantes da relação jurídica, estão as normas negociais e, dentre estas, por sua fundamental importância, as *normas contratuais*, comumente denominadas *cláusulas contratuais*. [...] o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades. [...] O fato é que, por assim terem livremente convencionado, homens e grupos dão nascimento a formas ou modelos jurídicos de ação, que os vinculam à prática dos direitos e deveres avençados.” Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179-180. Maria Helena Diniz, em sua divisão entre fontes formais e materiais do direito, comprehende que as primeiras (leis, decretos, costumes, sentenças, contratos) são “os canais por onde se manifestam as fontes materiais” (circunstâncias políticas, históricas, sociais, geográficas, etc.). Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito.** 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

¹⁶¹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87-88. Os princípios enumerados de 1 a 7 foram por nós destacados.

¹⁶² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

contratuais, buscando aferir, em caso de dúvidas, a real vontade dos contratantes, assim como à doutrina cabia investigar a vontade do legislador.¹⁶³ A interpretação do contrato, assim como a interpretação da lei, restringia-se ao texto escrito, não se admitindo a incidência de elementos externos.

Podemos, a essa altura, traçar um modelo de contrato liberal. Para tanto, utilizaremos do modelo de “contrato descontínuo”, formulado por Ronaldo Porto Macedo Jr., como representante do modelo liberal de contrato, em oposição ao “contrato relacional”.¹⁶⁴

O contrato descontínuo é aquele cujas características principais são: i) impessoalidade, ii) “presentificador”, iii) marcado pela barganha instrumental e iv) composto por mútuo consentimento. Esse contrato é i) *descontínuo*, inicialmente, por configurar uma “entidade separada”, na medida em que se conforma com somente uma transação, autônoma em relação às anteriores, contemporâneas e futuras. Cada transação, cada troca, portanto, é representada por um contrato autônomo, independente. Esse contrato descontínuo é, então, *impessoal*, posto que, inserido no contexto individualista e liberal, as partes são meros sujeitos de direito, seres abstratamente considerados, de modo que suas qualidades pessoais não são levadas em consideração na formação contratual. Os termos do contrato referem-se somente a questões objetivas, como preço, quantidade, prazo, etc. Esse contrato descontínuo e impessoal é, ainda, ii) *presentificador*, uma vez que, através da previsibilidade do contratante livre e racional, todos os efeitos e comportamentos decorrentes do contrato são planejados no presente, no momento de sua formação. Não há preocupação com as comunicações pré-contratuais, nem se observa os deveres anexos de colaboração, informação e proteção da boa-fé objetiva. Ainda, em decorrência do princípio da força obrigatória dos contratos, também não se confere importância à performance das partes durante sua execução, já que, pela *pacta sunt servanda*, o contrato deveria ser a todo custo mantido.¹⁶⁵

O contrato descontínuo, impessoal e presentificador assume o caráter básico de iii) *barganha instrumental*. A barganha, vista como negociação, é a atividade do contratante que, em contato com a outra parte, cujos interesses são opostos, traça o caminho para que as duas partes alcancem seus objetivos. A barganha é, por isso, instrumental. A barganha não é um fim

¹⁶³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111 e ss.

¹⁶⁴ O modelo de “contrato relacional” será abordado quando do estudo dos próximos paradigmas. Por enquanto, vide MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147 e ss.

¹⁶⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 106.

em si mesmo. Ela é o meio pelo qual se atinge o fim, que é o interesse econômico visado pelos contratantes – partes opostas. Ronaldo Porto Macedo Jr. alerta, então, que essa barganha é pautada por condutas essencialmente egoístas e individualistas, excluindo-se qualquer premissa de solidariedade e/ou cooperação contratual. O resultado dessas condutas egoístas levaria ao resultado ótimo, à justiça contratual, pela satisfação de ambos os contratantes, vistos como o *Homo economicus*, que age racionalmente para obter o maior benefício possível.¹⁶⁶ Não podemos deixar de notar, aqui, a semelhança dessa teoria contratual – que visa um contrato apenas, que poderíamos inserir na microeconomia -, com a teoria macroeconômica liberal, representada pela *Mão Invisível*, mencionada acima.

Por fim, a última característica do modelo liberal de contrato é de que, além de ser descontínuo, impessoal, presentificador, marcado pela barganha instrumental, é formado pelo iv) *mútuo consentimento*. À medida em que houve uma barganha instrumental, presume-se que seus termos foram livremente estipulados, através da autonomia da vontade do indivíduo.¹⁶⁷ Essa característica do contrato liberal foi analisada acima, quando tratamos dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual e de seus desdobramentos, para onde remetemos o leitor.

Talvez essas duas últimas sejam as principais características do contrato do paradigma liberal, que pressupunha a cena de dois contratantes que, negociando, barganhando, chegavam a um consenso e, “apertando as mãos”, fechavam um acordo. Trata-se, na denominação de Fernando Noronha, dos “contratos negociados”, em oposição aos “contratos de adesão”.¹⁶⁸ A superação dessa visão romântica do contrato, no paradigma social, é que propiciará toda a releitura dos princípios contratuais fundamentais, uma vez que a figura dos dois contratantes negociantes será substituída pela figura de um forte contratante que, de posse dos seus termos contratuais, oferece ao contratante frágil a única liberdade de assinar ou não o contrato já elaborado. À essa superação da teoria clássica dos contratos nos reportaremos no capítulo seguinte, do paradigma social.

¹⁶⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 106-107.

¹⁶⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 107.

¹⁶⁸ “*Contratos negociados*, também chamados de contratos paritários, ou de livre discussão, são aqueles cujo conteúdo resulta da livre discussão entre as partes intervenientes. Esta só é possível quando as partes têm igual possibilidade de fazer valer as suas vontades e de salvaguardar os respectivos interesses. Através de concessões recíprocas, elas alcançam um ponto de equilíbrio entre os respectivos direitos e obrigações.” Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 11.

Luciano Benetti Timm constrói interessante análise do direito contratual brasileiro sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e, utilizando-se dos termos dessa teoria, observa que, inserido no contexto maior da ciência jurídica, através do positivismo jurídico legalista da Escola da Exegese e do positivismo jurídico conceitual da jurisprudência dos conceitos, com suas concepções fechadas, segundo as quais o Direito seria um sistema completo, coerente e autônomo, independente de fatores externos e produzido a partir de si mesmo, o direito dos contratos deixou de apresentar possíveis “interconexões” com a realidade social e econômica, isto é, não realizou o “acoplamento estrutural” necessário para a comunicação entre os diversos subsistemas que compõem a sociedade (econômico, político, cultural, etc.). O direito dos contratos renunciou à “abertura sistêmica”, permanecendo enclausurado em si mesmo, incapaz de oxigenar-se.¹⁶⁹

O direito dos contratos, centrado no “dogma da vontade”, no voluntarismo, na concepção de indivíduo abstrato como sujeito de direitos racional, ignorou as particularidades do caso e as experiências sociais. O efetivo poder de barganha de um contratante forte em oposição ao contratante fraco não era levado em consideração pelo sistema jurídico, o que provocou a paulatina inadequação do modelo de contrato liberal para a realidade social que cada vez tornava-se mais complexa e industrializada. O individualismo burguês, através de seu fechamento absoluto para a realidade social, proporcionou as condições para o surgimento de um novo paradigma contratual, o paradigma social ou solidarista.¹⁷⁰

Nas palavras de Fernando Martins,

Essa constatação tinha seus fundamentos na lógica normativa, já que o ordenamento jurídico, desprovido de tutela em relação ao equilíbrio das prestações, assim como destituído de análise sobre a repercussão da ausência desse equilíbrio em termos econômicos ou sociais, e, por fim, indiferente às discrepâncias essenciais entre os contratantes, acabava, por meio do racionalismo formal e sem conteúdo, silenciando sobre as injustiças ou desequilíbrio.¹⁷¹

Com efeito, os casos concretos colocarão em xeque a concepção voluntarista, o “dogma da vontade”, questionando a real liberdade e responsabilidade dos contratantes. As mudanças ocorridas no decorrer do século XIX e início do século XX exigirão uma releitura da ciência jurídica como um todo e, consequentemente, da teoria contratual. Figuras novas como os contratos de adesão, o princípio da boa-fé objetiva e a função social dos contratos não encontrarão respostas na teoria contratual clássica.¹⁷² Essa insuficiência da ciência jurídica da

¹⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

¹⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92-93.

¹⁷¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

¹⁷² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 48.

época dará ensejo a uma nova ciência, a um novo paradigma, na terminologia de Thomas Kuhn.¹⁷³

¹⁷³ KUHN, Thomas. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1978.

2 ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ DO ESTADO SOCIAL

Tal qual o Estado Liberal surgiu após derrocada do Estado Absoluto, o Estado Social surgirá a partir do declínio do Estado Liberal. Assim como o Estado Liberal buscou resolver alguns dos problemas do Absolutismo, o Estado Social cumprirá, dentre outras missões, a de resolver alguns grandes problemas do Liberalismo.

Buscaremos, nesse capítulo, seguir a mesma metodologia de análise do capítulo anterior, agora sob o paradigma do Estado Social. Serão abordadas as características principais do Estado Social, com a consequente evolução na teoria dos direitos fundamentais. Estudaremos o movimento da descodificação, que marcou o fenômeno legislativo desse período, bem como analisaremos a chamada jurisprudência dos interesses, movimento que se seguiu à jurisprudência conceitual acima abordada. Quanto ao contrato, buscamos expor seus princípios fundamentais sob o paradigma social, a exemplo da boa-fé e da função social.

2.1 O ESTADO SOCIAL

Tradicionalmente, doutrina afirma que o constitucionalismo social tem como marcos históricos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.¹⁷⁴ Foram as primeiras constituições a inserirem, nos próprios textos, a previsão de direitos socioeconômicos, buscando conciliá-los com os direitos de liberdades consagrados no constitucionalismo liberal.

Cumpre observar os fatores que proporcionaram a derrocada do Estado Liberal com o posterior estabelecimento do Estado Social. Para isso, importante que compreendamos o contexto histórico-social do momento em que ocorreu a mudança de paradigmas. Estamos, portanto, na segunda metade do século XIX, momento em que o Estado Liberal encontrava-se solidamente instituído, com as características apontadas no capítulo anterior: estrita separação de poderes, individualismo, patrimonialismo e dogma da vontade. O sistema de produção capitalista estava fortificado, desenvolvido, ao ponto de já se encontrar num estágio mais avançado: findara-se o capitalismo comercial e estabelecer-se o capitalismo industrial.

O liberalismo e individualismo desenfreados acabaram por produzir dois grandes efeitos na sociedade da época: a um, positivo, permitiu grande progresso para a Humanidade, principalmente no que toca ao desenvolvimento de novas tecnologias; a dois, negativo, a

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 285; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 205.

industrialização, na vida social, acentuou o quadro de exploração do homem pelo homem e propiciou uma enorme concentração de riqueza com consequente desigualdade social. Os excessos capitalistas geraram, portanto, problemas que o Estado mínimo da época era incapaz de resolver, posto que sua função era unicamente de abstenção, de não-intervenção na sociedade.¹⁷⁵

O Estado não possuía mecanismos de atuação que pudessem controlar ou resolver os problemas gerados pelo próprio sistema político-econômico. A teoria precisou se reinventar para que se evitasse o colapso da própria sociedade capitalista. O século XIX foi, paradoxalmente, o ápice e o início do fim do Estado Liberal. Enquanto se observava o triunfo liberal-capitalista, diversos acontecimentos ocorreram que deram início ao seu processo de desmantelamento. John M. Kelly afirma que, apesar da generalização, “[...] a teoria dominante do Estado no século XIX sustentou uma transição do Estado mínimo, que a teoria do contrato social havia sugerido, rumo à aceitação de um grande papel de intervencionismo social e controle econômico [...].”¹⁷⁶

Daniel Sarmento aponta 05 (cinco) grandes fatores para a crise do Estado Liberal¹⁷⁷: a) em razão da alta concentração de riqueza nas mãos de pequenos grupos econômicos e da consequente desigualdade social e pobreza que se alastrava, diversos atores passaram a criticar o capitalismo selvagem, a exemplo dos marxistas¹⁷⁸, dos socialistas utópicos e da doutrina social da Igreja, compreendendo que, em última análise, o desfrute dos direitos individuais consagrados pelo liberalismo necessitava da garantia de condições mínimas de existência para cada ser humano¹⁷⁹; b) devido à Revolução Russa de 1917, que instalou o regime socialista e

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15-16.

¹⁷⁶ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael; rev. téc. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 405.

¹⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15-20.

¹⁷⁸ “[...] para Marx, o direito tal como existia nas sociedades burguesas à sua volta, em meados do século XIX, era meramente um mecanismo pelo qual a classe dominante perpetuava seu domínio dos meios de produção e fontes de riqueza, e que conferia aparente legitimidade à exploração das massas operárias que, além de receber por seu trabalho somente a recompensa mínima que as forças livres do mercado obrigavam seus empregadores (em competição com outros empregadores) a pagar, eram roubadas do valor excedente, superior a esse salário, que seu trabalho fornecia.” Cf. KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael; rev. téc. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 433.

¹⁷⁹ “Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. [...] Para o marxismo, a liberdade privada, postulada pelo ideário da burguesia, supunha uma ‘uma realidade imaginária – a de indivíduos senhores das suas vontades, negociando paritariamente – totalmente contraditória com a realidade efectiva, que era antes de indivíduos condicionados por constrangimentos econômicos-sociais e negociando em posições desequilibradas’. [...] O socialismo utópico

disseminou sua ideologia para cerca de um terço da humanidade, num curto período de quarenta anos, o medo de que esse processo revolucionário atingisse completamente a Europa e a América fez com que a burguesia e a elite política abrandassem seus radicalismos liberais, o que diminuiu as resistências para a implantação do *Welfare State*; c) outro fator decisivo foi a extensão do sufrágio para classes antes desfavorecidas, num processo paulatino de universalização do voto, o que propiciou a participação de novos atores sociais na formação da vontade política do Estado, algo que, naturalmente, trouxe à tona novos anseios sociais, dentre eles, reformas socioeconômicas e redução das desigualdades sociais; d) os abusos cometidos pelos grandes agentes econômicos e suas nefastas consequências tornaram evidente a necessidade de criação de mecanismos de controle, o que visou, em última análise, a proteção do próprio sistema capitalista, através, por exemplo, das legislações sobre concorrência desleal e formação de monopólios, etc.; e) por fim, e possivelmente a mais importante causa da derrocada do Estado Liberal, temos a grande crise do capitalismo, representada pela Quebra da Bolsa de Nova Iorque, de 1929, no período entre as duas Grandes Guerras, que evidenciou a falência do modelo estritamente liberal e a necessidade de intervenção estatal para corrigir os rumos da economia, o que culminou na doutrina econômica do intervencionismo estatal, elaborado por John Maynard Keynes, e na política econômica adotada pelo presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, o chamado *New Deal*, que pregava uma postura estatal ativa no cenário econômico.¹⁸⁰

A análise desses 05 (cinco) fatores nos permite concluir que a principal causa da derrocada do Estado Liberal fora o próprio liberalismo individualista que, levado ao extremo, encontrou seus próprios limites funcionais, na medida em que permitiu um absurdo acúmulo de capital nas mãos de poucos, enquanto a maioria esmagadora via-se desprovida dos bens fundamentais que permitissem uma vida digna. Esse fator foi o grande impulso para as formulações das teorias socialistas, utópicas e científicas, que por sua vez deram azo à Revolução Russa de 1917¹⁸¹. Por fim, o ponto culminante, o fato notório que convenceu os

[...] também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. [...] Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da ideia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16-17.

¹⁸⁰ HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos:** O breve século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 101-112.

¹⁸¹ “Em suma, a história do Breve Século XX não pode ser entendida sem a Revolução Russa e seus efeitos diretos e indiretos. Não menos porque se revelou a salvadora do capitalismo liberal, tanto possibilitando ao Ocidente ganhar a Segunda Guerra Mundial contra a Alemanha de Hitler quanto fornecendo o incentivo para o

próprios liberais da insuficiência do modelo liberal fora a Crise de 1929, que colocou em xeque o sistema de produção capitalista. Foi a necessidade, e não a vontade, que permitiu o surgimento do Estado Social.

Eros Grau aponta as incongruências do liberalismo – surgimento dos monopólios, advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital *versus* trabalho – e do lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, que sustentou a bandeira liberal durante e após a Revolução Francesa de 1789.

As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado. À idealização de *liberdade, igualdade e fraternidade* se contrapôs a realidade do poder econômico. A pretexto de defesa da concorrência, suprimiram-se as corporações de ofício, mas isso ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. [...] A *igualdade*, de outra parte, alcançava concreção exclusivamente no nível formal. [...] Quanto à *fraternidade*, à toda evidência não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica.¹⁸²

O Estado Liberal encontrava-se falido. O individualismo e neutralidade exacerbados das constituições liberais e dos códigos oitocentistas não mais representavam a sociedade “concreta” e não ofereciam mecanismos institucionais e jurídicos aptos a resolverem os problemas.¹⁸³ O indivíduo abstratamente considerado, titular de direitos, o sujeito individual do positivismo legalista e conceitual, parâmetro dogmático para a construção do sistema jurídico pós Revolução Francesa, já não era mais a figura a ser pensada, já não era mais o parâmetro da sociedade. O homem médio do período liberal foi transformado, deixou de ser o burguês e passou a ser o proletário.¹⁸⁴

Mudaram-se os participantes do jogo econômico-social, mudaram-se também as regras. O Estado, antes mínimo, cuja única função era a de proteção da esfera individual de liberdade

capitalismo se reformar, e também – paradoxalmente graças à aparente imunidade da União Soviética à Grande Depressão, o incentivo a abandonar a crença na ortodoxia do livre mercado.” Cf. HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos:** O breve século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 89.

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 17-20.

¹⁸³ “A falência do modelo liberal era patente em todos os planos. A sociedade e o mercado (capitalista) pareciam não se subjugar aos ditames da razão. ‘As próprias hipóteses do ideal do estado de direito parecem ser falseadas pela realidade da vida na sociedade liberal.’” Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011, p. 116.

¹⁸⁴ “Florescia a consciência de classe: ‘A evolução da indústria trouxe consigo a formação de um proletariado cada vez mais organizado e forte, a ganhar crescente expressão política [...].’ A assunção das massas ‘proletárias’ traria impactos significativos: ‘Ao longo do século XIX, o proletariado vai adquirindo protagonismo histórico, à medida em que avança o processo de industrialização, e ao adquirir consciência de classe reivindica direitos econômicos e sociais frente aos clássicos direitos individuais, fruto do triunfo da revolução liberal burguesa. O Manifesto Comunista de 1848 pode considerar-se como um marco fundamental nesse processo e representa um toque anunciador do começo de uma nova etapa.’” Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011, p. 118-119.

e propriedade, vê-se obrigado a atuar na economia, a assumir uma postura proativa, e não de mero espectador-garantidor¹⁸⁵. Repita-se: essa mudança não foi voluntária, mas sim provocada pelas circunstâncias expostas acima, como forma de salvaguardar as bases da economia capitalista. Acerca dessa atmosfera de mudança de postura estatal, Marcelo Duque aponta dois resultados imediatos:

1. O Estado não podia mais ser remetido à categoria fixa de “inimigo público”, tendo em vista que, no quadro ora delineado, os bens jurídicos fundamentais passaram a ser ameaçados não apenas pelo Estado, mas também na esfera da vida privada, sobretudo pelos detentores do poder social; 2. Emergiram problemas jurídicos, cuja solução não era proporcionada pelo direito da época, sendo do mesmo modo desconhecida pelos legisladores e juízes em geral.¹⁸⁶

Esse primeiro efeito, que resultou na mudança nas funções do Estado, significou, basicamente, o intervencionismo estatal no cenário socioeconômico, que teve dois grandes objetivos: incentivar a economia que se encontrava estagnada e propiciar algum nível de proteção para as partes mais fracas da relação social. Em ambos os objetivos, a intervenção estatal interferia nas relações privadas, algo impensável no paradigma anterior. O segundo efeito, da ausência de soluções jurídicas, resolveu-se (ou tentou-se resolver) por meio de novas figuras e concepções jurídicas, como função social da propriedade e “surgimento” de novos direitos fundamentais, inspirados pelo ideal do solidarismo.¹⁸⁷

O Estado necessitou intervir na economia e, para isso, revisitou suas funções, deixando de ostentar meramente a função de defesa para assumir uma postura ativa, uma função de prestação. O sistema econômico, como observado acima, estava falido: as consequências sociais da Revolução Industrial eram as piores possíveis, a Primeira Guerra Mundial (1914-1919) havia destruído a Europa, suas fábricas e plantações, e a Grande Depressão de 1929

¹⁸⁵ “Na verdade, tem-se cada vez mais a consciência de que, no moderno Estado industrializado, é necessária uma regulação, com meios estatais, da vida económica ou até da vida social, em geral. Na sociedade industrial, a auto-regulação dos processos económicos ou até de todos os processos sociais, esperada pelo liberalismo, não funciona na medida exigível. Na sociedade abandonada por si própria, formam-se grandes desequilíbrios nas posições de poder económico, provocando um grave risco para uma harmonização equilibrada e justa dos interesses. A miséria dos operários no início do capitalismo industrial é prova mais do que evidente disto.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 462-263.

¹⁸⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

¹⁸⁷ “As grandes divisas da Revolução francesa ‘liberté, égalité, fraternité’ continuam a constituir o conceito central da compreensão dos direitos fundamentais. Ainda hoje, os direitos fundamentais são classificados em ‘direitos de liberdade’ e ‘direitos de igualdade’. Foi só nos nossos tempos que a ‘fraternité’ alcançou pleno desenvolvimento sob as designações de ‘Estado Social’ e ‘solidariedade’. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 444-445.

abalara a confiança no sistema. Esses fatores compunham o cenário ideal para o momento de mudanças políticas.¹⁸⁸

As mudanças políticas foram acompanhadas ou impulsionadas por mudanças nas concepções filosóficas. Paulo Bonavides destaca que o Estado Social resultou da combinação de duas teorias em combate ao liberalismo: a teoria da democracia de Rousseau e a teoria econômica de Marx. Segundo Bonavides, Rousseau queria a libertação política do homem, ao passo que Marx almejava a libertação econômica.¹⁸⁹ A concepção de “vontade geral” de Rousseau foi fundamental para a universalização do sufrágio, proposta radicalmente oposta à versão inicial do liberalismo, quando o sufrágio era um privilégio da classe burguesa dominante. Tanto Rousseau como Marx detestavam os privilégios de classes, de modo que, cada um a seu modo, procuraram bani-los do cenário social. Enquanto Marx convocava o proletariado à luta, à revolução pela violência, fato que deu ao trabalhador as armas de que necessitava e das quais aprendeu a utilizar, a teoria de Rousseau enriqueceu-se com os efeitos da subversão social, na medida em que as vozes de camadas sociais antes relegadas ao silêncio passaram a ser ouvidas no Parlamento, em razão, justamente, da universalização do sufrágio.¹⁹⁰ Enquanto Rousseau conferiu o voto ao proletariado, Marx os conscientizou de suas condições, ensinou-os a se organizarem e a exigirem mudanças.

Bonavides, recorrentemente em seu texto, tem o cuidado de nos alertar de que o Estado Social não derivou do Estado Socialista e nem com ele se confunde. De fato, o Estado Social representou uma transformação na superestrutura do Estado Liberal, preservando-se o sistema capitalista como estrutura econômica, o que o diferencia do Estado proletário, onde a própria estrutura capitalista é transformada. Por sua vez, o próprio Estado Social compadece-se com diversos regimes de governos, desde os democratas aos totalitários. Nesse momento é que a

¹⁸⁸ “Logo, as soluções de compromisso surgiam por toda parte: ‘A burguesia, assim, se vê obrigada, dia a dia, a ceder mais um passo, fazer mais uma concessão. As reivindicações trabalhistas atendidas revelam o progresso permanente desse processo, o recuo tático de uma classe encerralada. Através dele, a burguesia assinou compromisso – o compromisso democrático – com as forças contrárias’. Outrora antiestatal, o Estado de Direito acaba adequando-se ao figurino de crescente intervenção no domínio outrora livre (e sagrado) do mercado: ‘Se passarmos do totalitarismo soviético para o mundo democrático, encontramos também profundas marcas de estatização, como consequência natural dos problemas do após-guerra, envolvendo a ação do Estado na obra de reconstrução dos bens destruídos pelo conflito mundial, e, num segundo momento, como consequência de graves crises econômicas, como a de 1919 nos Estados Unidos da América, com repercussão universal. Não há necessidade de relembrar [...] o que representou o *keynesianismo* como mudança radical na compreensão da competência do Estado na esfera econômica [...] O essencial é reconhecer que, paradoxalmente, a ideia de *planejamento estatal* fulcro da política leninista, foi acolhida pela administração do Presidente Franklin Delano Roosevelt como meio de vencer a crise do capitalismo, feitas, é claro, as devidas adaptações inerentes ao regime democrático’.” Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p.123.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174-179.

doutrina de Rousseau ganha novamente importância crucial, na medida em que o filósofo iluminista, através da *volonté générale*, como última palavra da sociedade democrata, legitima a própria liberdade individual. Rousseau opera a positivação social da liberdade, contribuindo para o fim da metafísica individualista (racionalismo) burguês do paradigma liberal, oferecendo as bases para a democracia social. A liberdade, para Rousseau, advém da vontade geral; é, pois, um consequente, e não um antecedente natural, como pregado no liberalismo.¹⁹¹

Outro movimento da época a ser destacado e que contribuiu significativamente para a elaboração do Estado Social foi o solidarismo jurídico, cujo primeiro grande expoente fora Léon Bourgeois, na obra *Solidarité*, de 1896 e, entre os juristas, ganhou destaque o francês Duguit.¹⁹² O solidarismo jurídico floresceu, inicialmente, na crise econômica dos anos 1873-1895, pregando que os membros da sociedade não deveriam ser individualistas, mas sim solidaristas, na medida em que o “individual” seria, em verdade, algo utópico, impraticável, em vista da indispensável interdependência de todos os indivíduos da sociedade. Agir individualmente, egoisticamente, portanto, seria contra a própria natureza da sociedade. Equipara-se, aqui, o corpo humano e seus órgãos ao corpo social e as pessoas.¹⁹³

O solidarismo apareceu como doutrina apta a concorrer com a doutrina do socialismo, que ganhava cada vez mais espaço. Nesse espeque, os solidaristas, a exemplo de Duguit, afirmavam que o Estado deveria intervir na sociedade, principalmente nas áreas da educação, da assistência e da legislação do trabalho. O solidarismo apresentou-se, portanto, como um

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 180-184.

¹⁹² “Duguit situou-se na tradição relativamente moderna da sociologia de Comte e Durkheim e tornou-se muito conhecido principalmente por sua doutrina da ‘solidariedade social’. Com isso ele não se referia somente àqueles valores que nós, no século posterior, poderíamos recomendar usando essa expressão como um *slogan* (embora quisesse dizer isso também). Em um nível mais fundamental, Duguit afirmava que a interdependência dos indivíduos e grupos (inclusive grupos profissionais, setores e classes econômicas) era um dado primário e indiscutível da sociedade e, que esse fato era, por assim dizer, anterior ao conceito de Estado.” Cf. KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael; rev. téc. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 468-469.

¹⁹³ “Refletindo o momento histórico em que viveu, Léon Bourgeois aproveitou as conquistas das ciências naturais, na formatação de suas posições sociológicas. [...] Na sua concepção de solidarismo nas ciências sociais, o método das ciências naturais ocupa lugar de destaque. A associação humana, refere o autor, não é exclusivamente constituída em vista de interesses materiais, em relação aos quais a liberdade econômica oferece a mais inteira satisfação. Ela se preocupa igualmente com outros aspectos de nossa vida (biológicos, psicológicos, morais etc.), razão pela qual a esses interesses diversos devem ser aplicadas as suas leis próprias. [...] É que o progresso, diz Léon Bourgeois com apoio em lição de Edmond Perrier, nunca foi alcançado senão pela associação das forças individuais e de sua harmoniosa coordenação, sendo que as ciências naturais constituem não apenas a mais alta filosofia, mas a única capaz de fornecer aos governos as luzes necessárias para curar os males do tempo presente. [...] O ser vivo pode ser definido pela solidariedade das funções de partes distintas e a morte não seria outra coisa que não a ruptura dessa ligação entre diversos elementos que constituem o indivíduo e que, agora dissociadas, irão buscar outras combinações, nos seres novos. [...] As relações de dependência recíproca entre os órgãos do corpo humano podem ser observadas no corpo social, ou seja, nas relações entre os seus próprios membros.” Cf. USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20-26.

terceira via, uma saída para o embate entre o individualismo e o socialismo, com propostas de reformulação pacífica da sociedade, modificando somente a superestrutura social, e preservando-se a estrutura econômica.¹⁹⁴ O solidarismo, enfim, procurou substituir a velha caridade, de origem cristã e fundada na voluntariedade, pela solidariedade, de origem jurídica e fundada no dever social, na obrigação dos indivíduos em cooperarem com os demais indivíduos da coletividade.¹⁹⁵

Assim, o solidarismo pode ser compreendido como uma doutrina criada pela própria burguesia que, vendo-se acurrallada pela doutrina socialista, necessitava oferecer respostas que pudessem salvar o próprio sistema capitalista.¹⁹⁶ Essa concepção do solidarismo vai ao encontro do disposto acima, de que o surgimento do Estado Social ocorreu por necessidade, e não por altruísmo daqueles que detinham o poder. É emblemática, aqui, a afirmação de Bonavides: “Mas, debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado Social.”¹⁹⁷

O solidarismo, na medida em que subverteu a metodologia liberal individualista, de que o Homem era antecessor à Sociedade e o Estado seria produto do contrato social, rompeu com o paradigma do Estado Liberal, ruptura que passou pela negação da metafísica racionalista em prol de uma visão “holista”, sociológica da sociedade. Essa ruptura foi feita cientificamente pela obra de Durkheim, a partir da qual formou-se a escola jurídica chamada Direito Solidarista, que visava inserir o direito – o contrato – no ambiente social.¹⁹⁸

¹⁹⁴ “Nesse sentido, como reconhece Pierre Mazet, o solidarismo permitiu aos radicais oferecer um meio-termo entre as alternativas liberalismo/socialismo, preservando a ordem econômica e social burguesa, tornando-a mais humana. O momento histórico demandava esta terceira via idealizada por Léon Bourgeois.” Cf. USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 21.

¹⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. **O Direito traído pela Filosofia.** Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 55-73

¹⁹⁶ “Desta maneira, o solidarismo aparece como uma doutrina feita para adaptar a antiga ordem jurídica à nova ordem econômica e social, quer dizer, reforçar as estruturas da ordem estabelecida. [...] Apesar dos sacrifícios anunciados, os privilegiados não perdem nada de primordial, e muito menos a propriedade. Ganham, também, por outro lado, a segurança, pois as leis da solidariedade afastam o espectro da violência. Há, pois, isoformismo entre a estrutura do direito burguês e a doutrina solidarista.” Cf. ARNAUD, André-Jean. **O Direito traído pela Filosofia.** Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 77. Os autores, inclusive, chegam a afirmar que o solidarismo não passou de uma fraude, de um conluio entre uma filosofia calmante, juristas assustados com o socialismo e políticos em busca de clientela, que nunca realmente objetivou propiciar a solidariedade na sociedade, mas sim apenas revestir a velha burguesia de uma nova forma que se adequasse à nova realidade social e que, por conseguinte, preservasse a ordem capitalista. Cf. p. 78-79.

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

¹⁹⁸ “Essa escola, embora com um discurso em prol do caráter descritivo da sociologia jurídica (plano do ser), na verdade escondia uma pretensão ideal normativa (plano do dever ser) acerca do papel do Direito na ordem social, como forma de estimular a mudança (“progresso”) e a estabilidade (“ordem”) da sociedade (“solidariedade social”). E, mais ainda, de garantir a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais. Isso aconteceria pela proposição de leis cogentes e protetoras de interesses coletivos, que ensejariam uma atuação do Estado na realidade social, inclusive no âmbito do direito contratual (dirigismo contratual, intervenção judicial nos contratos), a fim de combater uma “anomia” ou “anarquia” social de ausência de

O individualismo e liberalismo metafísicos, racionais, baluartes do período anterior, foram revisitados e a eles se uniu o solidarismo, o princípio da solidariedade, que iria permear toda a justificação da nova função assumida pelo Estado. A liberdade absoluta e a igualdade formal do paradigma liberal foram temperadas pelo princípio da solidariedade, que lhes conferiu outra dimensão para além da forma, a dimensão material. Nesse sentido, Reinhold Zippelius afirma que

Tal como a igualdade (II 3), também a liberdade abrange uma componente material. Os Homens são livres apenas enquanto dispuserem também sobre as condições materiais para o desenvolvimento da sua personalidade. Daí nasce a finalidade constitucional de justiça social que consiste em que o Estado proporcione a todos também as condições fácticas para o seu desenvolvimento. Coloca-se a questão de saber se a esta tarefa do Estado também correspondem direitos individuais tendentes a obrigar o Estado à criação destas condições. Tais direitos a prestações positivas do Estado são, hoje em dia, discutidas sob o título de “direitos sociais fundamentais”. Em termos conceptuais, este tipo de direitos designaria a posição jurídica que Jellinek qualificou de *status positivus*, e ao qual correspondem direitos a “prestações positivas do Estado no interesse individual. [...]” Em tais princípios, e em especial no princípio geral do Estado social, torna-se manifesto que sobre o Estado recai também a missão de distribuir, de modo justo, as liberdades, e também as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade. O problema da justa distribuição da liberdade na comunidade não se pode resolver pela simples admissão do *laissez faire*. A garantia estatal de uma liberdade adequada não se pode efectivar por via da simples abstenção de intervenções, mas sim por uma acção estatal de apoio. [...]” Os direitos fundamentais, entendidos como meros direitos de defesa, não asseguram, pois, suficientemente a liberdade e as possibilidades de desenvolvimento da pessoa. Daí que agora se deduz também destes direitos um mandato constitucional que obriga o Estado à acção positiva no sentido de facultar aos indivíduos as condições para poderem conformar a sua existência de modo digno e humano.¹⁹⁹

A dimensão unicamente defensiva dos direitos fundamentais já não era suficiente. A realidade dos fatos demonstrou que os direitos fundamentais de defesa, os direitos de liberdade, em nada adiantavam quando as pessoas não dispunham das condições materiais mínimas para seu exercício. A questão de ordem passou a ser, portanto, propiciar ao povo essas condições mínimas de liberdade, para que se alcançasse o objetivo maior de conferir igualdade material entre todas as classes.

Atualmente, é praticamente unânime a concepção de que o reconhecimento da liberdade jurídica, formal, é inócua frente à ausência de liberdade real, material. O colapso do Estado Liberal demonstrou que as opressões poderiam ter como autores tanto o Estado como os particulares. Desse modo, constata-se que “a pessoa humana não é minimamente livre enquanto

solidariedade. Daí se falar em um modelo de contrato solidarista ou “welfarista”, que, rompendo com os paradigmas liberais, foi construído sobre aquele ideal social totalizador.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96.

¹⁹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 447-452.

suas necessidades vitais não estão satisfeitas, ou quando ela se sujeita à opressão nas relações sociais que vivencia.”²⁰⁰

O Estado, então, assumindo a postura de interventor na vida social, tomou para si a missão de – tentar – proporcionar as condições mínimas de liberdade à população, em face dos fenômenos econômicos citados acima. Segundo Bonavides,

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.²⁰¹

No campo da teoria dos direitos fundamentais, essa nova postura do Estado foi exteriorizada a partir da previsão de direitos sociais fundamentais nas constituições, entre as quais foram pioneiras a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919. No que toca ao direito privado, essa nova função estatal reverberou na própria concepção do Direito, com o movimento da “funcionalização do Direito” e, quanto ao movimento legislativo, proporcionou a chamada “descodificação”.²⁰²

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DIREITOS SOCIAIS E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

A mudança de postura do Estado, em razão das condições apontadas acima, contribuiu para uma evolução na teoria dos direitos fundamentais. Assim como a teoria dos direitos fundamentais no Estado Liberal (concebidos enquanto direitos de defesa) serviu para a proteção dos riscos advindos do Estado Absoluto, a teoria dos direitos fundamentais no período Social procurará solucionar os problemas oriundos do paradigma Liberal. Surgem, assim, os direitos sociais ou direitos à prestação positiva.

O comportamento intervencionista do Estado ocorreu em duas frentes: ora pela regulamentação dos setores econômicos e sociais, visando mitigar os efeitos do livre mercado em busca de estabilidade, ora pela prestação de providências sociais básicas, com o fim de prover algum grau de justiça social.²⁰³ Acerca da regulamentação dos setores econômicos e

²⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149-150.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 200.

²⁰² Tanto a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, quanto o movimento de funcionalização do direito e da descodificação serão abordados adiante, em tópicos específicos.

²⁰³ “As exigências dirigidas ao Estado não se esgotam, no entanto, em intervenções de mera regulação e em contramedidas preventivas de perigos iminentes. A sociedade industrial necessita, além disso, de previdências positivas. Neste tipo de sociedade, contrariamente à sociedade agrária, o indivíduo não pode abastecer-se a ele próprio com os bens de consumo diário. Diferentemente do agricultor, o cidadão industrial não pode ele próprio eliminar os resíduos que produz. Desde que não haja outra entidade que garanta, de modo satisfatório, o

sociais, a ela nos reportaremos no tópico abaixo, quando da análise do fenômeno da descodificação.

A justiça social foi, teoricamente, buscada por meio da previsão de direitos sociais nas Constituições. Inicia-se a fase do constitucionalismo social, momento em que se agregam os direitos sociais, também chamados de direitos de segunda geração ou dimensão²⁰⁴, aos direitos de liberdade do constitucionalismo liberal. Os direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), ao contrário dos direitos de primeira dimensão, atribuem ao Estado um comportamento ativo para sua efetivação²⁰⁵. Esses direitos possuem uma dimensão positiva, por exigir uma intervenção estatal. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”²⁰⁶ São, assim, o direito à saúde, à educação, à assistência social, à moradia, ao trabalho, etc.²⁰⁷

Em clássica definição, José Afonso da Silva entende que

fornecimento de bens e serviços vitais, como, p. ex., de água, energia e meios de transporte públicos, tem de ser o Estado a assegurá-los através de prestações estatais. Além disto, o princípio do ‘Estado Social’ (expresso, p. ex., no artigo 20º alº 1º da Lei Fundamental alemã) impõe, em larga escala, ao Estado industrializado, para citar apenas alguns poucos exemplos, o dever de fornecer prestações positivas, p. ex., no sentido de fomentar a urbanização, criar instituições educacionais, hospitalares e instalações desportivas.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3ª ed. Trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 464.

²⁰⁴ Acerca da diferença terminológica entre “gerações” e “dimensões” de direitos fundamentais, cita-se Ingo Wolfgang Sarlet: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defende a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilar, na esteira da mais moderna doutrina. [...] Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

²⁰⁵ Os direitos sociais enquadram-se, na teoria dos quatro *status* de Jellinek, no *status* positivo, que “descreve um âmbito no qual o particular pode exigir do Estado a prática de prestações positivas, o que impõe ao Estado a obrigação jurídica de se tornar ativo no interesse do particular.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

²⁰⁶ O autor observa que esses direitos aparecerem nas Constituições especialmente após a Segunda Guerra Mundial, e nos alerta que “há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim chamadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve [...], inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. ver. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47-48.

²⁰⁷ A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 6º, os seguintes direitos sociais fundamentais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²⁰⁸

O fundamento axiológico dos direitos sociais confunde-se com o fundamento do próprio modelo de Estado Social, qual seja, a igualdade material²⁰⁹, reflexo do solidarismo sobre as concepções de liberdade e igualdade formal do paradigma liberal.²¹⁰ A necessidade de melhores condições de vida por uma esmagadora parcela da população e os anseios por justiça social estavam na ordem do dia para os Estados que pretendiam ser Estados Sociais. Assim, a previsão dos direitos de segunda dimensão encontra fundamento na premissa de que, diante das desigualdades de fato existentes na sociedade, a atuação estatal é indispensável para a proteção dos mais fracos, sob pena de os fundamentos éticos do constitucionalismo naufragarem.²¹¹

O Estado Social, sucessor do Estado Liberal, volta suas atenções menos para a liberdade do que para a justiça, para a igualdade de fato, uma vez que a liberdade já havia sido adquirida e positivada no ordenamento constitucional, ao passo que a justiça social, valor axiológico desse modelo, ainda necessitava de grande caminhada para se firmar concretamente na sociedade e na ordem jurídica.²¹²

Tendo por fundamento a justiça social, a busca pela igualdade substancial na sociedade, os direitos sociais possuíram um público alvo específico, representado pela parcela da população economicamente fragilizada, cujo maior exemplo é a classe operária, mas também os pobres de maneira geral, os incapazes para o trabalho, enfim, todos aqueles que, por si só, não dispunham de meios suficientes para exercerem efetivamente seus direitos individuais

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 287.

²⁰⁹ “Tal como a liberdade tem dimensões diferenciadas de objetivos, também o direito à igualdade procura alcançar diversos objetivos: participação igual no poder do Estado, tratamento jurídico igual pelo poder do Estado, redução das desigualdades existentes em termos de condições reais de vida, e, associada com esta, liberdade igual.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 453.

²¹⁰ “Mas o grito de fraternidade não era só lançado para eliminar as desigualdades sociais, juridicamente consignadas, e para obter a igualdade formal de direitos. Na França revolucionária, as classes média e baixa reclamavam uma *égalité de fait* que fosse para além da mera igualdade perante a lei. Babeuf reivindicava ‘bem-estar para todos, ensino para todos, igualdade e felicidades para todos’. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 455.

²¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

²¹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10^a ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 52.

liberais, por lhes faltarem as condições mínimas para isso. O enfoque, portanto, deixa de ser o indivíduo isolado, aquele sujeito de direito abstratamente considerado no paradigma liberal, para centrar-se no indivíduo inserido no contexto social concreto²¹³, que vive os problemas reais, que, perante a ordem estabelecida, encontra-se em situação de vulnerabilidade social.²¹⁴

A previsão de direitos sociais a serem prestados pelo Estado foi uma das formas que o próprio Estado burguês encontrou para reinventar-se. Acerca das constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, e sobre as demais constituições que se seguiram nesses moldes, Eros Grau, denominando-as de “constituição formal”, tece a seguinte crítica:

A Constituição formal, em especial enquanto concebida como meramente programática – continente de normas que não são *normas jurídicas*, na medida em que define direitos que não garante, na medida em que esses direitos só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo -, consubstancia um instrumento retórico de dominação. Porque esse é o seu perfil, ela se transforma em mito.²¹⁵

É o que Paulo Bonavides denomina de “Estado social conservador”²¹⁶, na medida em que, em verdade, “o espírito das medidas de governo se apresentam primacialmente voltados para a proteção do capital e do lucro e só indiretamente do trabalhador.”²¹⁷ Os direitos sociais,

²¹³ HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 158.

²¹⁴ “Saliente-se, conduto, que, a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. ver. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 48.

²¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 26.

²¹⁶ Segundo o autor, há basicamente 04 (quatro) tipos de Estado social, a saber: a) O Estado social conservador, que representou a fase inicial de aceitação do próprio Estado social no início do século XX, cuja ordem econômica e social inserida nas constituições eram, em sua esmagadora maioria, apenas normas programáticas, desprovidas de efetividade e dependentes da boa vontade e capacidade do legislador infraconstitucional; b) O Estado social concretizador da igualdade e da justiça social, que, ao contrário do primeiro, apresenta menor neutralidade frente aos conflitos sociais, apresentando-se muito mais ativo e participante, intervencionista na economia e na sociedade, buscando, ao mesmo tempo, atender aos interesses do capital e dos trabalhadores, buscando o equilíbrio social; c) O Estado Social que transforma o “status quo” da sociedade capitalista e abre caminho para a sociedade socialista, que faz clara opção por um socialismo democrático, fazendo do aparato estatal um efetivo instrumento de transformação social, com forte enfoque na estatização empresarial e intervencionismo social rigoroso; d) Por fim, o Estado social das ditaduras, que abdica totalmente do pacto democrático, relegando a ordem econômica e social ao puro arbítrio do Estado, cuja declaração de direitos fundamentais perde sua efetividade e status de legitimidade da atuação estatal, convertendo-se em verdadeiro Estado antissocial. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 386-391.

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 387.

portanto, foram previstos, inicialmente, para que se desse uma resposta institucional aos clamores populares, buscando manter a ordem estabelecida, e não a efetiva transformação dessa ordem por meio da justiça social.

Aliado às barreiras ideológicas enfrentadas pelos direitos sociais, na medida em que “ameaçam” o *status quo* das classes privilegiadas, esses direitos de segunda dimensão encontram obstáculos operacionais.²¹⁸ Sendo direitos prestacionais, isto é, que conferem uma prestação do Estado para o cidadão, exigem dotação orçamentária própria e, por conseguinte, representam gastos de recursos públicos. Desse modo, em razão de limites fáticos e jurídicos, os direitos sociais estão em constante atrito com a chamada “reserva do possível”, conceito formulado para compreender o limite de gastos que o Estado tem possibilidade de dotar para a efetivação desses direitos²¹⁹. A promessa constitucional, portanto, encontra limites no mundo real.

Embora esteja hoje ultrapassada, nessa primeira fase do constitucionalismo social, em razão das barreiras ideológicas e operacionais, a previsão normativa dos direitos sociais teve natureza jurídica de normas programáticas²²⁰ que, na consagrada classificação de José Afonso da Silva, enquadraram-se como normas de eficácia limitada²²¹, o que prejudicou ou impediu sua efetividade, posto que dependente da atuação dos poderes públicos: ora uma atuação legislativa, ora uma atuação material ou, na maioria dos casos, ambas em conjunto.²²²

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

²¹⁹ O tema da “reserva do possível” é polêmico. Não sendo o objetivo desse trabalho enfrentá-lo, remete-se o leitor à bibliografia especializada. Por todos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. ver. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 280-298.

²²⁰ “Tal posição encontra-se teoricamente ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo existencial.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21. Outro exemplo marcante da superação dessa posição é uma das teses de Canotilho, que reza que “Os direitos fundamentais a prestações não devem confundir-se com as normas programáticas e com as imposições constitucionais.” Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 1994, p. 483.

²²¹ José Afonso da Silva divide as normas constitucionais em três categorias, de acordo com o grau de eficácia da norma: normas constitucionais de eficácia plena, contida ou limitada. Suscintamente, as normas de eficácia plena são aquelas revestidas de todos os elementos necessários e suficientes para a produção de seus efeitos jurídicos. Normas de eficácia contida são aquelas que, apesar de terem uma aplicabilidade imediata integral, poderão ter seus efeitos jurídicos contidos pelo legislador infraconstitucional. Por fim, as normas de eficácia limitada, que se dividem em normas de princípio institutivo e normas programáticas, são aquelas que não possuem todos os elementos necessários para que produzam todos os efeitos jurídicos possíveis, pois dependem de integração, por meio do legislador infraconstitucional e da Administração Pública, para serem “completas”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 88-163.

²²² “As normas programáticas, igualmente, são subespécie das normas constitucionais de eficácia limitada. Essas normas impõem uma tarefa para os poderes públicos, dirigem-lhes uma dada atividade, prescrevem uma ação futura. [...] O caráter programático de uma norma constitucional não significa que o preceito esteja destituído

Definitivamente, as normas programáticas consagradoras de direitos sociais, normas que elegeram princípios de igualdade e justiça social foram um traço marcante nas constituições do paradigma social e, ao elegerem os princípios e metas a serem seguidos, ao estipularem os direitos prestacionais, ao conformarem a atividade do administrador e do legislador infraconstitucional à consecução dos objetivos constitucionalmente previstos, essas constituições sociais distanciaram-se do modelo sintético das constituições do paradigma liberal. Enquanto estas limitavam-se a estipular os direitos fundamentais de defesa, a regularem a repartição dos poderes e a organizarem a estrutura do Estado, aquelas imiscuíram-se por diversos campos da ordem social e econômica.²²³

Em oposição às constituições sintéticas do Estado Liberal, assim, surgem as constituições analíticas do Estado Social, consagradas na expressão “Constituição dirigente”, de Canotilho.²²⁴ Basicamente, a constituição dirigente é aquela que, além de instituir os direitos fundamentais e organizar o Estado, também estabelece os valores e objetivos a serem buscados, tanto pelo Estado como pela Sociedade. A constituição social dirigente, portanto, é aquela que, num só texto, engloba, a Constituição Política, a Constituição Social e a Constituição Econômica, traçando os fins de cada núcleo constitucional a serem concretizados pelos legisladores infraconstitucionais.²²⁵

Ao traçar os fins a serem perseguidos e legislados, a constituição dirigente autoriza e exige uma ampla atividade política. A atuação legislativa, como veremos abaixo, manifestou-

de força jurídica. [...] As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito. Impedem comportamentos contrários às normas, podendo gerar pretensões a abstenção. Revogam normas anteriores incompatíveis com o programa que promovem e, se atritam com normas infraconstitucionais posteriores, levam à caracterização de inconstitucionalidade. O dever de agir decorrente dessas normas marca-se, characteristicamente, pela margem de discricionariedade dilatada, reconhecida aos poderes públicos para satisfazê-las em concreto, estando a sua eficácia dependente não apenas de fatores jurídicos, mas também de fatores econômicos e sociais.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-80.

²²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23-24.

²²⁴ Canotilho, em obra de doutoramento, analisou, fundamentalmente, a relação entre a Constituição e a lei, perquirindo acerca da possibilidade de uma constituição dirigente vincular a atuação do legislador infraconstitucional. Canotilho definiu que a constituição não deve ser concebida somente como um “estatuto organizatório”, como “simples instrumento de governo”, que define competências e regula processos, mas sim como um projeto normativo-material global de transformação, que determina tarefas, estabelece programas e define fins a serem alcançados pelo Estado e pela Sociedade. Contentamo-nos com essa brevíssima exposição, em razão do fato de que não nos cabe, aqui, analisar tão complexa questão. Para tanto, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 1994. Importante ressaltar que, em edições mais recentes, o autor repensou alguns conceitos, em razão, dentre outros, do fenômeno da globalização e da chamada “pós-modernidade”. Essas questões, nesse nosso trabalho, serão analisadas no terceiro capítulo.

²²⁵ HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011, p. 155.

se, entre outras, pela produção de microssistemas legislativos, a exemplo, no Brasil, da Consolidação das Leis do Trabalho. Por sua vez, a atuação material, geralmente engendrada pelo Poder Executivo, exteriorizou-se por meio de políticas públicas²²⁶ que apresentaram – e podem apresentar – os mais variados objetivos. Nesse sentido, enquanto o Parlamento ocupou o lugar de destaque no Estado Liberal, por representar a “vontade geral” em oposição à vontade do princípio, o Poder Executivo assumirá o protagonismo no Estado Social.

A onipotência do Poder Executivo se justifica em razão da nova postura do Estado perante a ordem socioeconômica. A postura proativa do Estado exige um Governo atuante, dinâmico, que ofereça soluções a nível nacional e a nível local²²⁷. Essa função de intervencionismo, então, coube ao Executivo, por ser mais ágil que o Legislativo e detentor de aparatos aptos a instrumentalizar a necessária intervenção estatal. Essa proeminência do Executivo, em última análise, representou uma “quebra” da estrita separação dos poderes, princípio que fora baluarte do Estado Liberal.²²⁸

A base filosófica para essa mudança no cenário da estrita separação de poderes, tão cara ao paradigma anterior, deve-se a Hegel. Segundo Bonavides, Hegel, filósofo organicista, encarava o poder estatal como uno, detentor de uma *unidade vital*, e não como um trio, segundo a proposta de Montesquieu. Hegel, então, rechaçava a teoria da absoluta independência entre os poderes, afirmando que essa concepção redundaria numa completa desintegração do Estado, pois os poderes passariam a tratar-se como inimigos. Desse modo, Hegel propõe a tese da

²²⁶ “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) *O conceito de política pública em direito*. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

²²⁷ Acerca das ações governamentais nos diferentes níveis espaciais, Maria Paula Dallari Bucci fornece os fundamentos para essa organização da atividade estatal por meio de políticas públicas, distinguindo três níveis de atuação: macroinstitucional, mesoinstitucional e microinstitucional. Em suas palavras: “O plano macroinstitucional compreende o *governo* propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a *ação governamental* como unidade atomizada de atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os *arranjos institucionais*, ação governamental agregada em unidades maiores.” Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-38.

²²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23. No mesmo sentido, “Com o fortalecimento do Estado, adveio uma hipertrofia do Poder Executivo: ‘Esta generalizada ampliação do *poder executivo*, fenômeno que tem sido estudado sobre vários prismas, coloca em crise o conceito clássico da *separação dos poderes*, e com ele a própria noção de *Estado de Direito*’.” Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 139.

coordenação dos poderes, em contraponto à tese da separação dos poderes, na medida em que cada poder é representante da totalidade do poder estatal, e não como seu fragmento.²²⁹

Uma vez justificado o protagonismo do Executivo frente aos demais poderes, em razão das necessidades práticas, e tendo sido legitimada a nova conformação do princípio da separação pela ideia de coordenação dos poderes, o Executivo, representando o poder estatal em sua totalidade, angariou inúmeras funções sob o rótulo de Estado Social.

Nesse sentido, o Estado, encarnado no Poder Executivo, tomou para si a função de responsável pelo bem-estar geral e justiça social. Converteu-se no “Estado-providência”, na medida em que, paulatinamente, a manutenção da previdência existencial tornava-se função administrativa. Proliferou-se a consciência de que os bens de primeira necessidade, que deveriam estar à disposição de todos para que houvesse justiça social, deveriam ser providos pelo Estado, como tarefa insita à sua natureza. O rol de prestações sociais devidas pelo Estado alargou-se demasiadamente, passando pelos campos da educação ao desporto, dos meios de transporte à transmissão noticiosa, da saúde à previdência social, etc.²³⁰

Para dar conta desse crescimento exponencial de competências político-administrativas, o Estado serviu-se da burocracia, modelo organizacional de competências caracterizado pela rigidez das repartições verticais e horizontais de campos de atuação administrativa. Ao passo que o interventionismo estatal adentrava searas econômicas especializadas, necessitou-se, concomitantemente, de funcionários públicos especialistas, dotados de conhecimento técnico e imputados de competências específicas. A burocracia, então, foi o “remédio” administrativo para que o Estado pudesse gerenciar toda a gama de funções assumidas sob o rótulo de Estado-providência.²³¹

Em razão do alargamento das funções do Estado, da intervenção na ordem econômica e social, da especialização do aparelhamento estatal, e da crescente dependência existencial de

²²⁹ “Chegamos, em suma, a essa conclusão: Hegel reelaborou as bases do princípio da separação de poderes, fundou-o na idéia organicista de interdependência e, reconciliando a tese dos poderes que se excluem com a tese dos poderes que se coordenam, deu, por último, ao poder a base ética necessária, que o liberalismo extremado do século XVIII lhe solapara.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134-138.

²³⁰ ZIPPELIUS, Reinholt. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 466-470.

²³¹ “Em todas as organizações modernas, não só da administração pública (a que nos restringiremos aqui), mas também da economia, dos partidos, das associações e da comunicação social, coloca-se a tarefa de resolver com competência situações complexas. O instrumento, de longe mais eficiente para o efeito, é a burocracia, entendida como conjunto organizativo de funcionários especializados na matéria. Na criação de uma burocracia, trata-se, em primeiro lugar, de uma distribuição horizontal e vertical das funções, tão económica quanto possível, segundo organigramas e esquemas de competências; e em segundo lugar, da garantia de uma coordenação eficaz.” Cf. ZIPPELIUS, Reinholt. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 486.

parcela cada vez maior da sociedade, o que chegou a configurar, em alguns casos, uma situação de paternalismo-clientelismo²³², o Estado Social fez ruir outro baluarte do Estado Liberal, qual seja, a *summa diviso* entre o Direito Público e o Direito Privado. Se, antes, essa separação foi essencial para a consolidação do Estado de Direito Liberal, posto que foi necessário a conformação dos limites à atuação estatal como garantia da liberdade, da propriedade privada e da realização da autonomia da vontade, agora, no paradigma social, onde o Estado foi chamado à intervir na ordem socioeconômica, essa linha divisória entre os dois grandes ramos jurídicos deixa de representar a realidade dos fatos, perde sua razão de ser.

As constituições sociais, marcadas pela ampla previsão de normas programáticas, adentraram aos campos da economia, da sociedade, da cultura, do trabalho, do consumo, etc., promovendo o fenômeno conhecido por “publicização do direito privado”²³³. Esse fenômeno caracterizou-se pela previsão constitucional de normas cuja matéria, tradicionalmente, caberia ao legislador infraconstitucional de direito privado. O público e o privado, agora, em certa medida, confundem-se, de modo que essa separação necessitou de novos vetores. Nas palavras de Orlando Gomes,

Como que a superação do liberalismo, reúnta a sociedade política à sociedade civil. Os critérios tradicionais de distinção entre direito público e direito privado, correspondentes, que eram, à separação entre essas sociedades, a política e a civil, sempre foram critérios formais; o direito privado era a parte do ordenamento jurídico que regulava as relações entre particulares, e o direito público, a que disciplinava as relações das quais participava o Estado, cuidando, o primeiro, dos interesses individuais e o outro, dos interesses gerais. Novo critério tende a substituir a sistematização clássica a partir do momento em que ‘a economia capitalista assume o caráter de economia mista’. A distinção passa a basear-se na diversa natureza das matérias reguladas, pelo que será direito privado tudo o que é atinente às relações econômicas, qualquer que seja a natureza dos interesses, particulares ou gerais, que estes envolvam, qualquer que seja a natureza, privada ou pública, do sujeito-agente. Ao direito público é reservada a disciplina das atividades políticas e sociais do Estado e, quanto a estas, também as que se exercem por particulares.²³⁴

²³² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

²³³ “Há de ser abandonada, consequentemente, a separação do direito em público e privado nos termos em que era posta pela doutrina tradicional. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social nem corresponde à lógica do sistema. Chegou o momento de se empreender a sua reavaliação. Com cada vez mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, não havendo, em relação a estes, uma delimitação precisa. O interesse público e o interesse privado, ao contrário, fundem-se. Tal convergência faz-se notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado, em substituição aos arcaicos modelos autoritários; seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais; seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 9-10.

²³⁴ Cf. GOMES, Orlando. **Direito e Ideologia**. In. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 10-11.

Nesse contexto, o Estado viu-se obrigado a editar normas que, a bem do interesse público, regulamentavam as relações entre particulares – surgem os microssistemas legislativos. Foi necessário, portanto, uma operação de equilíbrio para que a atuação estatal não “ultrapassasse” os limites, visto que o Estado encontrava-se, ao mesmo tempo, diante de duas funções, aparentemente contraditórias: intervir para salvar, quanto às falhas de mercado e necessidade de justiça social; e abster-se para garantir, quanto à exigência da manutenção da sociedade capitalista, onde, em última análise, deve vigorar a autonomia da pessoa.²³⁵

É nesse quadro político-jurídico que se insere o fenômeno da “descodificação”, com o surgimento dos microssistemas legislativos que buscaram, a nível infraconstitucional, conferir efetividade a algumas das normas programáticas previstas na constituição social. O adjetivo “social”, assim, conferiu nova função ao Direito, que passou de mero conformador para agente transformador da realidade. É a passagem do estruturalismo para o funcionalismo jurídico. A teoria do direito, por conseguinte, também evolui. Supera-se a Jurisprudência dos Conceitos pela Jurisprudência dos Interesses. A essas questões nos remeteremos nesse próximo tópico.

2.3 A DESCODIFICAÇÃO: FUNCIONALISMO JURÍDICO E JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

É comum a afirmação de que o Direito opera-se num movimento pendular. Com efeito, essa afirmação retrata o movimento legislativo e a teoria do direito no paradigma social, em contraposição ao paradigma anterior. Enquanto neste observamos o surgimento das grandes codificações e da teoria do direito exaltada como ciência pura e autônoma, desvinculada dos fatores sociais e preocupada com a sistematização do Direito, representada na Jurisprudência dos Conceitos (estruturalismo jurídico), no Estado Social ocorreu um “desmoronamento” das codificações e das grandes concepções dogmáticas. A ciência jurídica viu-se obrigada a compreender que a total desvinculação da realidade social contribuiria definitivamente para a

²³⁵ “O Estado social liberal encontra-se, portanto, num dilema. Na sua qualidade de Estado social, cabe-lhe velar pela justiça social e pelo bem-estar geral, em especial, por uma distribuição adequada dos bens e por condições de vida humanas. [...] Onde o mecanismo do mercado livre não consegue satisfazer estes ou outros objetivos de política económica ou social, então, eles devem ser realizados através de medidas de intervenção e prestação estatais planificadas, ou seja, o mecanismo do mercado e de preços deve ser corrigido e complementado com outras técnicas. Enquanto Estado liberal, vê-se, porém, simultaneamente confrontado com a exigência de deixar a maior liberdade de actuação possível ao desenvolvimento da personalidade e também à iniciativa empresarial.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 471-472. No mesmo sentido: “Nesse modelo econômico, o comportamento do Estado caracteriza-se por duas diretrizes aparentemente paradoxais: 1^a) na sua política legislativa, limita a autonomia dos particulares; 2^a) na sua atividade econômica, serve-se dos instrumentos jurídicos próprios da atividade particular e age como as empresas privadas.” Cf. GOMES, Orlando. **Direito e Ideologia**. In. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 10.

sua própria derrocada. O Código Civil, em sua rigidez oitocentista, mostrou-se inapto a regular as novas relações sociais e, paulatinamente, perdeu espaço para regulamentações setoriais, fenômeno que “quebrou” a unidade sistemática do direito privado da época. Essas leis direcionadas a setores específicos foram elaboradas com objetivos certos e determinados, voltados, basicamente, à fomentação da justiça social (funcionalismo jurídico). O papel do intérprete, então, deixou de ser o de procurar a mera vontade do legislador e de sistematizar os conceitos jurídicos para, ao contrário, oferecer meios de se alcançar os objetivos políticos-institucionais consagrados nas constituições dirigentes.

O progresso social ocorrido em fins do século XIX e início do século XX não foi acompanhado por um progresso legislativo racional e sistemático. Pelo contrário, o que ocorreu foi o surgimento de um emaranhado de normas esparsas, cada qual com seu objeto de regulação individualizado. Esse processo de dispersão das fontes, de pluralidade de normas de direito privado, principalmente, é decorrente do “envelhecimento natural dos códigos”.²³⁶

Como salientado nos tópicos *supra*, o Estado Social utilizou-se das leis setoriais para buscar a justiça social reclamada por grande parcela da população. Ainda, as constituições dirigentes, dotadas de normas programáticas, impuseram ao legislador infraconstitucional que desse concretude aos projetos constitucionais, o que engendrou grande atividade legislativa nesse período.

Essa proliferação de normas setoriais em detrimento das normas gerais do Código Civil é o que se denominou “descodificação”.²³⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, acerca dessa multiplicação de leis, oferece interessante figura de linguagem, denominando esse fenômeno de “big-bang legislativo”. Em suas palavras:

A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram como autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.²³⁸

²³⁶ Amparado em Georges Ripert, Mario Luiz Delgado afirma que “Não é difícil entender essa alternância, que pode ser explicada, em parte, pela evolução da sociedade, a causar o envelhecimento natural dos códigos, o que gera, em contrapartida, a necessidade de se regulamentar *a latere* do código toda uma gama de novas questões. A mudança de costumes, o progresso da civilização, sobretudo na área científica e tecnológica, a transformação de regimes políticos, o surgimento de novas teses e teorias, tudo isso vai impondo alterações no ordenamento jurídico e que são feitas, na maioria das vezes, por normas esparsas, editadas de modo apressado, que vão se acumulando umas sobre as outras, gerando contradições, conflitos e antinomias.” Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222-224.

²³⁷ “[...] el proceso de descodificación marca un consumo siempre más amplio de normas especiales, que se ponen, en lugar del Código civil, como exclusivo o principal régimen de particulares instituciones o de enteras categorías de negocios.” Cf. IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 22.

²³⁸ Lorenzetti oferece, também, a figura de linguagem proposta por Wittgenstein, segundo a qual “[...] o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentaram novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar

Antes, o Código Civil abstrato, neutro, individualista e liberal, foi o centro de gravidade do direito privado, caracterizando um “monossistema”.²³⁹ O dogma da completude²⁴⁰, tratado no item 1.3 *supra*, foi levado ao extremo sob o ideal de racionalidade do legislador iluminista. O progresso tecnológico, econômico e social, contudo, mostrou, invariavelmente, que, como destacou Bobbio, a completude não passava de uma miragem do legislador.²⁴¹ O mundo dos fatos, portanto, revoltou-se contra o código²⁴² que, incapaz de solucionar os novos problemas, perdeu seu espaço de centro do ordenamento jurídico.

Natalino Irti afirma que, em contraposição ao “mundo da segurança”, representado pelo “mundo dos códigos”, que ostentavam o caráter de imutabilidade e completude, o Estado Social vivenciou um direito mais “volátil e efêmero”, em razão da proliferação das leis especiais. Tais leis especiais apresentaram outra função que aquela tradicionalmente exercida pelo Código: não são mais abstratas e gerais reguladoras de ações, mas sim são respostas a específicos e determinados problemas, apresentando caráter individual e concreto. Segundo Irti, ainda, essas leis especiais são o direito geral de uma determinada instituição ou de determinada matéria. As leis especiais “pedem licença” ao Código Civil e abarcam, a título de direito geral, determinado assunto antes regulado pelo Código. O papel do Código Civil, então, também se modifica: deixa de apresentar o valor de lei geral, local de princípios a serem especificados pelas leis extravagantes, e passa a ser encarado como um direito residual, a ser aplicado somente nos casos não regulamentados pelas normas especiais.²⁴³

as relíquias históricas.” Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

²³⁹ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

²⁴⁰ “O Código era a segurança, já que se traduzia em uma sequência temática ordenada de artigos. A imutabilidade era uma das características essenciais, uma vez que não se podia alterar uma parte sem modificar o todo. [...] O direito civil codificado era auto-suficiente, não necessitava de outros texto normativos para solucionar litígios. Ao ter uma parte geral ordenada, exportava instituições e técnicas. Assim sucedeu, por exemplo, com o conceito de negócio jurídico, que se pretendia aplicável ao direito de família, ao direito do trabalho, ao direito administrativo, entre outros.” Cf. LORENZETTI, Luis Ricardo. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 68, p. 212-242, out.-dez./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 4. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 20/10/2016.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 115-121.

²⁴² “Qualquer estudioso do Direito, mas que não seja subserviente ao tecnicismo jurídico, reconhece a revolta dos fatos contra o Código, há tantos anos denunciada e sempre esquecida ou ignorada pelo legislador, pelo professor e pelo escritor de obras de texto. Tem-se a impressão de que não se aperceberam ainda dos impulsos renovatórios provenientes das transformações operadas na sociedade pelo desenvolvimento do capitalismo. Falta-lhes espírito crítico e sobra-lhes apego à tradição.” Cf. GOMES, Orlando. A caminho dos Micro-Sistemas. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 41.

²⁴³ IRTI, Natalino. L’età della decodificazione. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**. vol. 1/2011, p. 405, jun.2011, p. 2-11. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.

Definitivamente, o Código Civil é expulso do centro do ordenamento jurídico, relegado a um papel marginal de direito residual.²⁴⁴ Prova disso são as inúmeras legislações especiais de direito privado elaboradas, no Brasil, após o Código Civil de 1916, a exemplo do Decreto 4.403/1921, que estabeleceu regras para os contratos de locação, o Decreto 22.626/1933, que disciplinou os juros nos contratos, o Decreto-lei 58/1937, que disciplinou a aquisição de terrenos loteados em prestações, dentre outras várias normas especiais.²⁴⁵

Essas leis especiais, muitas vezes verdadeiros microssistemas legislativos, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros, são, cada qual, um mundo de padrões normativos, através do qual o intérprete pode, agora, obter princípios gerais, dotados de lógica autônoma²⁴⁶. Essas leis especiais alcançam, assim, estabilidade. Por terem princípios autônomos, diferentes ou contrários aos princípios do Código Civil, este não pode exercer a função de lei geral, mas tão somente a função de lei residual.²⁴⁷

Para Lorenzetti, esse fenômeno caracteriza-se pela “crise do Código como disciplina dos cidadãos”, na medida em que o objetivo primordial da codificação, em tratar todos como iguais, todos como cidadãos, com o fito de extinguir os privilégios do Antigo Regime, já não mais subsiste nessa sociedade de pluralidade normativa.²⁴⁸

²⁴⁴ “O Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar resposta a todos os problemas da vida de relação dos particulares. É evidente que não o é mais. Torpedeado por numerosas e importantes leis extravagantes, perdeu a generalidade e a completude. O cidadão indiferenciado que visualizava é hoje o indivíduo qualificado e concreto que se protege pela inserção em categorias ou em grupos com estatuto próprio, que se autotutelam.” Cf. GOMES, Orlando. Balanço Resumido do Direito Civil. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 29.

²⁴⁵ Além dessas leis especiais citadas, Cristiano de Sousa Zanetti elenca outras, como o Decreto-lei 869/1938, destinado a disciplinar os crimes contra a economia popular, mas que acabou regulamentado a liberdade contratual, ao prever o instituto da lesão. São exemplos, ainda, o Decreto 5.481/1928, que regulamentava a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares, a Lei 4.591/1964, que dispôs sobre a incorporação imobiliária, a Lei 4.886/1965, que disciplinou a representação comercial, a Lei 6.279/1979, que ofereceu regramento à concessão para distribuição de veículos e, por fim, as inúmeras normas sobre contrato de trabalho, antes compreendidos como contratos de prestação de serviços, pelo Código Civil de 1916. Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo:** a liberdade contratual e sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 153-187.

²⁴⁶ Quanto ao fato de se constituírem mundos normativos próprios e, portanto, “independentes” dos demais quadros normativos, Lorenzetti tece aguda crítica aos juristas que se convertem em militantes dos microssistemas, na medida em que perdem a imparcialidade e passam a ser verdadeiros militantes de verdades parciais. A crítica do jurista argentino serve para nos lembrar de que o ordenamento jurídico é uno e, portanto, a atividade do jurista não pode ser míope: o especialista em determinada área não pode, jamais, esquecer-se de que essa área encontra-se num ponto de uma teia jurídica maior e que todas as áreas comunicam-se entre si. Nesse ponto, a crítica de Lorenzetti parece confirmar o acerto da metodologia aqui adotada, de estudar os institutos do contrato e da responsabilidade civil inseridos num leque maior, observando-se a teoria do estado, a teoria dos direitos fundamentais, as escolas jurídicas e os movimentos legislativos. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 56.

²⁴⁷ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos.** vol. 1/2011, p. 405, jun.2011, p. 12-13. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.

²⁴⁸ “O Código Civil napoleônico é a ‘carta jurídica do cidadão comum’. O ‘povo’ tem uma unidade normativa referenciada pela Constituição (Preâmbulo) e pelo Código (art. 1º do CC argentino). A noção de cidadão, de

O vácuo deixado pelo Código Civil foi preenchido, por sua vez, pela Constituição, que passou, então, a ser o centro do ordenamento jurídico como um todo²⁴⁹. Como exposto no tópico 2.2 acima, o paradigma social tem como característica a constituição dirigente, analítica, que regulamenta, além das matérias tradicionais (direitos fundamentais e organização dos poderes), também a ordem econômica e social, trazendo disposições sobre institutos de direito privado, como propriedade privada, família, etc. Segundo Orlando Gomes,

O esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada decorre ainda do deslocamento para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, como a propriedade e a família. Não que tenham passado a ser institutos de direito público regulados na Constituição, mas sim porque foram, em grande parte, erradicados do Código Civil. [...] O Código Civil perdeu, com efeito, sua condição de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares.²⁵⁰

No Brasil, o Estado Social teve início com a Constituição de 1934, que foi influenciada pela Constituição de Weimar de 1919. Por essa razão, aliado ao “envelhecimento do Código Civil de 1916”, tanto essa como as demais constituições brasileiras posteriores trataram de uma série de temas tradicionalmente regulados somente pelo Código Civil. É com a Constituição Federal de 1988, entretanto, que o Estado Social atinge seu ápice em nosso país. O amplo projeto social previsto no texto constitucional de 1988 ampliou o leque de legislações especiais, dentre as quais se destaca o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que operou verdadeira amputação no Código Civil, na medida em que tratou de toda a matéria obrigacional que envolvesse relação de consumo.²⁵¹

Temos dito que, basicamente, a proliferação das legislações especiais se deve a dois principais motivos: o “envelhecimento dos códigos” frente ao desenvolvimento

origem francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes da distinção entre a realeza e as classes inferiores. Esta noção abstrata serviu para regular as relações privadas com igualdade. O Código já não cumpre essa função. O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercia, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo. O cidadão tem o seu agir regulador por aspectos parciais: como comprador, como contribuinte, como comerciante, como usuário, como trabalhador, etc. e em cada uma dessas atividades enfrenta leis especiais. Daí se conclui que o consumo de normas especiais é muito maior que o das gerais. Se uma empresa tem que celebrar um contrato, recorrerá pouco à teoria geral do contrato, regulada pelo Código Civil, e muito mais às normas sobre impostos, responsabilidade civil, seguros, falência, etc.” Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 52-53.

²⁴⁹ VIAL, Sophia Martini. O fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado. **Revista de Direito Privado**. Vol. 64, p. 13-35, out.-dez./2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 26/10/2016.

²⁵⁰ GOMES, Orlando. Balanço Resumido do Direito Civil. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 30. É importante frisar, contudo, que a simples “transposição” de normas tradicionalmente inseridas no Código Civil para o texto constitucional não significa, em sua totalidade, o fenômeno da “constitucionalização do Direito Civil”. Compreendemos que esse fenômeno é característico do paradigma pós-social e, portanto, a ele nos remeteremos no terceiro capítulo.

²⁵¹ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235-239.

socioeconômico e cultural, o que exige novas normas para as novas questões, e a imposição das constituições sociais ao legislador infraconstitucional para que confira concretude aos programas de justiça social previstos no texto constitucional. Esse segundo aspecto – elaboração de leis cujos objetivos refletem a busca pela justiça social – é a segunda forma de intervenção do Estado na ordem socioeconômica, mencionada no tópico anterior, denominada por alguns de “publicização do direito civil”.²⁵²

Importante que tenhamos sempre em mente que o sujeito de direitos destinatário das normas de direito privado, agora, em razão do paradigma social, das novas funções assumidas pelo Estado-providência, do solidarismo, transformou-se: deixou de ser o indivíduo abstrato (o burguês), para ser o sujeito concreto, a pessoa inserida no meio social (o empregado, o consumidor, o locatário, etc.)

Assim como modificou-se o destinatário das normas, modificou-se a função das normas. Natalino Irti acusou a mudança da técnica legislativa na era da descodificação, reconhecendo que as novas leis agora surgem com um propósito definido e específico, não apresentando a pretensão de generalidade e abstração. Surgem as leis que visam nomeadamente sugerir e incentivar atividades individuais, prometendo vantagens à atividade individual de interesse e utilidade coletiva.²⁵³ Surgem, também, as leis setoriais com clara intenção de buscar a justiça social e/ou amenizar os efeitos do liberalismo clássico. Lorenzetti destaca que essa mutação da técnica legislativa desarticula a fórmula kelseniana de norma hipotética e sanção, na medida

²⁵² Paulo Luis Netto Lôbo assim se refere à “publicização do direito civil”: “Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que, para muitos, teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorias, o direito do consumidor.” Cf. LÔBO, Paulo Luis Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36, n. 141, p. 99-109, jan.-mar./1999. Brasília: 2013, p. 100. Lorenzetti denomina essa confluência entre o público e o privado como a “era da desordem”: “Na atualidade existem evidências suficientes de certa desordem na fronteira entre ambos, a qual se tornou móvel, em alguns casos confusa, e em números temas, permeada por problemas e princípios que estabelecem um novo sistema de comunicação entre o público e o privado. A razão fundamental para que isso ocorra reside no fato de que houve mudanças nos pressupostos que deram origem à separação entre direito público e direito privado, o que se pode constatar mediante o exame de seus conceitos centrais [...].” Cf. LORENZETTI, Luis Ricardo. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 68, p. 212-242, out.-dez./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 2. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 20/10/2016.

²⁵³ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**. vol. 1/2011, p. 405, jun.2011, p. 5-8. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.

em que muitas “leis ultrapassam o esquema hipotético e não preveem consequências, e sim finalidades.”²⁵⁴

Antes, o Direito – em especial o Direito Privado – era apenas um instrumento conformador da realidade socioeconômica, na medida em que as leis foram elaboradas para assentar os princípios liberais propugnados pela Revolução Francesa. O Direito, representado pela Jurisprudência dos Conceitos analisada *supra*, era desvinculado da realidade, não importando ao intérprete as condições sociais para a aplicação da lei. O Direito era neutro – recorde-se a crítica de Wolkmer sobre a verdadeira ideologia liberal individualista sob o mantra da neutralidade. A teoria do direito do período liberal foi essencialmente estruturalista, posto que preocupada somente com a ordenação lógica de suas estruturas e instituições. O intérprete e aplicador do direito deveria se preocupar com a “pirâmide conceitual” e a “genealogia dos conceitos”. O universo jurídico liberal estava enclausurado em si mesmo, não havendo espaço para as preocupações sociais.

No paradigma social, por sua vez, o cenário altera-se. Essa nova técnica legislativa, que elabora leis com funções específicas, destinadas a alterarem a realidade social, refletiu na própria teoria geral do direito e no espírito da jurisprudência. Passa-se do estruturalismo ao funcionalismo jurídico²⁵⁵. O Direito tem agora uma função social.²⁵⁶

²⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 59.

²⁵⁵ Por todos, vide BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

²⁵⁶ “Uma outra perspectiva de estudo do fenômeno jurídico, de particular interesse para o civilista atento às transformações da ordem jurídica privada, é o das funções que o direito pode ter na sociedade contemporânea, problema teórico da sociologia do direito. Nesta perspectiva enfatiza-se a dimensão social do direito, que focaliza a relação entre ele e a sociedade, suas recíprocas influências e modificações. Considera-se, aqui, função, a tarefa, ou conjunto de tarefas que o direito desempenha, ou pode desempenhar, na sociedade humana. [...] As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea, caracterizando o chamado Estado Social. O ordenamento jurídico não pode ser visto, porém, como uma coisa em si, uma estrutura desvinculada da realidade social em que se situa e à qual se destina na sua criação e funcionamento. Dentro do vasto sistema criado pelas relações sociais, integram-se em um processo de interdependência crescente e interativa, vários subsistemas, o jurídico, o político e o econômico, de tal modo que o direito, conjunto de normas disciplinadoras do comportamento social, passa a ter também, como efeito inexorável das exigências sociais, a função de organizar a economia e a de institucionalizar os modos de criação e exercício dos poderes públicos. Pode considerar-se, portanto, tríplice o papel do direito: resolver os conflitos de interesses, reprimindo e penalizando os comportamentos socialmente perigosos, organizar a produção e uma justa distribuição de bens e serviços, e institucionalizar os poderes do Estado e da administração pública; tendo sempre em vista, como causa final e superior, a realização da justiça.” Cf. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 5^a ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9-12.

A tomada de consciência, pelo Direito, de sua função social, bem como de sua funcionalização²⁵⁷, decorreu, segundo Bonavides, da elevação da Sociologia Jurídica à categoria de ciência autônoma. Para o autor, graças à Sociologia Jurídica foi possível refutar, cientificamente, o normativismo kelseniano, na medida em que trouxe novos elementos ao entendimento do fato jurídico. Kelsen, apoiado no kantismo jurídico, procurou desenvolver sua teoria pura do direito desvinculada de fatores da realidade concreta, elevando o Direito somente ao plano da razão permanente. A Sociologia Jurídica, por sua vez, demonstrou que a norma não é somente um dado formal proveniente do ato de imperatividade estatal, mas sim um resultado de fatores sociais que devem, necessariamente, serem observados pelos seus intérpretes e aplicadores. A Sociologia Jurídica obrigou o jurista a libertar-se do “cárcere normativista”, da “imobilidade dos códigos”, para, na “dinâmica dos ordenamentos sociais”, aproximar-se da vida, das realidades concretas.²⁵⁸ Mario G. Losano nos lembra que Norberto Bobbio, realçando as diferenças entre a teoria geral do direito e a sociologia jurídica, afirmava que essa última “[...] tem a tarefa de auxiliar ‘a teoria tradicional do direito com relação ao problema das funções do direito’ [...]”²⁵⁹

Com efeito, o normativismo kelseniano não se preocupou com a função, mas concentrou seus esforços somente na estrutura do direito²⁶⁰. Essa tomada de posição é justificada e foi essencial para o desenvolvimento da Ciência Jurídica.²⁶¹ Bobbio, contudo, comprehende que a

²⁵⁷ “A função diz respeito ao ‘para que serve’, à finalidade, ao papel desempenhado; a funcionalização, à instrumentalização.” Cf. STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e função social do (e no) direito. In.: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 47.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10^a ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 511-514.

²⁵⁹ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. XLVII.

²⁶⁰ “[...] o positivista Kelsen distanciara-se explicitamente do problema da função do direito. Os pontos de partida de Hans Kelsen – relativismo ético, irracionalidade dos valores, neutralidade da ciência – levavam-no a evitar ocupar-se dos fins que o direito pode perseguir: para ele, o direito é uma técnica para o controle social que persegue o fim que vez por vez a ele é assinalado por quem detém o poder coercitivo, ou seja, pelo Estado. Consequentemente, na progressiva construção de sua teoria pura do direito, Kelsen concentrara-se cada vez mais na estrutura do ordenamento, ao mesmo tempo em que reduzia ao mínimo qualquer referência à sua finalidade.” Cf. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. XLIII.

²⁶¹ Bobbio, inclusive, afirma que [...] as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional do direito. [...] Que uma norma vise reprimir ou promover um determinado comportamento não tem, em relação à estrutura do ordenamento, qualquer relevância. Aliás, a especificidade do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos sociais continua, uma vez mais, confiada à especificidade da sua estrutura, e não à sua função, que, qualquer que seja, realiza-se na forma que é própria a um ordenamento dinâmico. [...] Prova disso é que a maior obra de jurisprudência teórica depois de Kelsen, a de Hart, prosseguiu no mesmo caminho, buscando

concepção meramente estruturalista não é capaz de explicar a “função promocional do direito”, aflorada no paradigma do Estado Social.²⁶²

Bobbio ressalta, então, que o Estado assistencial tem como uma das características mais evidentes o crescimento das chamadas leis de incentivo que, ao contrário das normas tradicionalmente sancionatórias, empregam as técnicas de encorajamento, promovendo os comportamentos desejados, ao invés de se utilizarem das técnicas de desencorajamento, reprimindo as condutas não desejáveis. Distinguem-se, assim, os ordenamentos protetivos-repressivos, que condensam seus esforços nos comportamentos socialmente não desejados, dos ordenamentos promocionais, que se preocupam com as condutas desejadas. Nesse ponto, Bobbio identifica a seguinte similitude de técnicas legislativas: nas constituições liberais clássicas, a função do Estado para com a sociedade civil era eminentemente protetiva, razão pela qual o ordenamento jurídico liberal é marcadamente composto por normas protetivo-repressivas; por sua vez, nas constituições pós-liberais (leia-se “constituições sociais”), ao lado da função de tutela ou garantia, o Estado (agora Estado-providência) angaria outras funções, como a de promover a justiça social, fato que faz com que seu ordenamento jurídico seja caracterizado por normas promocionais, que incentivam comportamentos determinados, visando fins determinados.²⁶³ Trata-se, portanto, de significativa diferença de técnicas legislativas entre os paradigmas liberal e social.

Em razão dessa nova categoria de normas jurídicas, Bobbio conclui, por fim, que o próprio conceito de direito, do ponto de vista funcional, deve alterar-se. Enquanto o conceito de direito como controle é perfeitamente adequado para a função de proteção-repressão, a função promocional torna-o ultrapassado. O sujeito tomado como pressuposto do direito, agora, não é mais somente o “homem mau” que necessita ser controlado, mas também o “homem

na estrutura específica do ordenamento jurídico, caracterizada pela ‘união de normas primárias e de normas secundárias’, a determinação do ‘conceito de direito’.” Cf. BOBBIO, Norberto. Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 209-210.

²⁶² “Bobbio voltou-se para as funções pois, como um pensador de estilo analítico, mas atento aos fatos da História, parou para pensar o impacto do Estado democrático, reformista, intervencionista e do bem-estar social no direito. Verificou que o direito positivo da segunda metade do século XX deixou de se circunscrever ao proibir e ao permitir e passou a contemplar o promover e o estimular. Dessa maneira uma explícita dimensão de direção social, preocupada com a função de promover comportamentos por meio de estímulos e desestímulos, foi agregada à clássica dimensão do controle social exercido pelo direito nas sociedades, voltado para a função repressora ou protetora de interesses.” Cf. LAFER, Celso. Apresentação à Edição Brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. LI-LII.

²⁶³ BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 1-21.

inerte”, que exige um impulso do Estado para que possa atuar na vida social. Para o Professor de Turim, portanto, seria “mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção* social.”²⁶⁴

É compreendendo o direito como forma de *direção* social que aqui nos utilizamos da expressão “função social do direito” e, adiante, por exemplo, da “função social do contrato” ou “função social da propriedade”. Nesse capítulo, importa-nos a perspectiva do direito como agente transformador da sociedade, como instrumento apto a promover as mudanças exigidas no paradigma do Estado-providência, direcionadas à busca da justiça social. Referimo-nos ao direito privado como ferramenta de transformação social, e não de conformação social, como fora no paradigma liberal clássico. Não se trata, agora, portanto, de uma análise funcionalista do direito, compreendido como subsistema de um sistema social global.²⁶⁵

Sob a perspectiva funcionalista, entretanto, percebemos que o subsistema do direito, no paradigma social, sofre os influxos dos subsistemas políticos e econômicos. O quadro instável da economia no início do século XX, bem como a péssima situação social, fizeram com que a política, representada no *Welfare State*, tomasse as providências necessárias, motivo pelo qual o Estado deixou de ser neutro e tomou a postura intervencionista. Essas mudanças nos subsistemas econômico e político geraram problemas desconhecidos para o subsistema jurídico, que teve de enfrentá-los com suas próprias ferramentas.

Como subsistema autopoietico que é, o direito teve de reinventar-se para dar conta do novo contexto social. É nessa perspectiva que ocorrem as inúmeras mudanças no sistema normativo, dentre as quais algumas já foram aqui referidas: surgem as constituições analíticas, dirigentes, em contraposição às constituições liberais clássicas; surgem os direitos sociais, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira dimensão; agregam-se novas funções ao direito, passando de agente conformador para agente transformador da sociedade (do estruturalismo ao funcionalismo jurídico); aparecem as normas promocionais, em contraposição às normas protetivo-repressivas; são elaboradas as teorias sobre a função social dos institutos de direito privado, como o contrato, a propriedade, a responsabilidade civil, etc.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 79.

²⁶⁵ “Mas uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto, a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha.” Cf. BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 92

A tomada de consciência da função social dos institutos de direito privado, portanto, é parte integrante de um contexto muito maior de mudanças. O contrata, agora funcionalizado em prol de uma questão social, terá sua base dogmática revisitada pelos princípios do paradigma social. É nesse sentido que se fala, por exemplo, da passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, que por sua vez será balizada por princípios como o da função social ou da justiça contratual. Essas questões serão tratadas nos tópicos abaixo.

No paradigma liberal, como se viu, elaborou-se a chamada “Jurisprudência dos Conceitos”, que muito bem atendia às exigências da época, caracterizada pela neutralidade axiológica do intérprete e aplicador do direito, pela restitíssima possibilidade hermenêutica, que se restringia à interpretação literal e na busca da vontade do legislador, pela construção de conceitos e institutos abstratos, e pela desvinculação jurídica dos problemas sociais. No paradigma social, em razão das transformações apontadas, a ciência jurídica também se modificará. Analisaremos, agora, a “Jurisprudência dos Interesses”.

Segundo Miguel Reale, foi Rudolf von Jhering o primeiro jurista a perceber a insuficiência do formalismo jurídico decorrente da Jurisprudência dos Conceitos, “[...] reclamando a necessidade de compor o enunciado legal com os seus fins substanciais, o que redundou em verdadeira integração de elementos éticos e sociais nos quadros da Dogmática Jurídica até então dominante.”²⁶⁶

Ainda com Reale, foi sob o influxo de elementos de ordem material e espiritual – alguns desses elementos tratados acima, como as ideias socializadoras, a passagem do estruturalismo para o funcionalismo jurídico, a descodificação, etc. – que reivindicavam o conteúdo social do Direito que, sob inspiração de Comte, passou-se da Dogmática Conceitual à Dogmática Sociológica.²⁶⁷

Embora a Jurisprudência dos Interesses tenha sido o movimento da ciência jurídica que teve maior proeminência no paradigma do Estado Social, outras escolas, anteriores e posteriores, também tiveram seus adeptos, a exemplo da teoria da interpretação objetivista do direito, da escola do direito livre, o pensamento de Holmes, Ministro da Suprema Corte norte-americana, em 1881, a teoria materialista do direito de Stammiller, de 1896, dentre vários outros. Todas essas escolas foram taxadas sob a denominação única de “antiformalistas”, por terem sua

²⁶⁶ É oportuno transcrever a observação de Reale acerca da impossibilidade de se estabelecer uma linha divisória absoluta entre os paradigmas. Em suas palavras: “Como ressaltei nas observações preliminares do presente estudo, não há possibilidade de fixar cortes absolutos entre os diversos momentos do processo cultural, de tal modo que, se indico a primeira década do século XX como início da segunda fase do Direito Moderno, faço-o por considerá-lo então já mais pronunciado, muito embora pudesse data-lo a partir dos escritos do 2º Jhering [...]” Cf. REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 102.

²⁶⁷ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 104.

origem comum justamente na luta contra o rigor do formalismo jurídico da Jurisprudência dos Conceitos.²⁶⁸

Como sinal do início da derrocada da Jurisprudência dos Conceitos, Karl Larenz aponta o surgimento da teoria objetivista da interpretação, cujos expoentes foram Binding, Wach e Kohler, que a teorizaram entre os anos de 1885 e 1886. Segundo essa teoria, uma determinada lei, após sua promulgação, tem o poder, como qualquer outra palavra dita ou escrita, de apresentar-se para outros com significados distintos daqueles atribuídos pelo seu autor, pelo legislador. Trata-se de ruptura com a ciência jurídica conceitual na medida em que essa teoria atribui racionalidade à própria lei, e não somente ao legislador. Divide-se, portanto, a interpretação jurídica da interpretação filológica: esta tem o condão de descobrir o sentido atribuído pelo legislador, enquanto aquela busca o sentido racional da lei, interpretada como parte de um todo. Os motivos pessoais e singulares do legislador quando da elaboração da lei deixam de ter importância. A lei passa a ser mais racional que o legislador, valendo por si só.²⁶⁹

Os teóricos da interpretação objetivista da lei afastam-se da Jurisprudência dos Conceitos também por compreenderem que a racionalidade da lei não é meramente formal, representada no nexo lógico entre os conceitos, mas também material, expressando a racionalidade dos fins, compreendendo uma *teleologia imanente*, contendo princípios gerais do direito que devem ser buscados na atividade interpretativa. Kohler designa esse método de teleológico e, para Wach, é necessário que a lei “[...] seja interpretada de tal maneira que corresponda o mais possível ao seu fim manifesto e às necessidades de justiça.” Por fim, a teoria objetivista da interpretação ganhou muitos adeptos quando Binding defendeu que, como a proposição jurídica é orientada a um fim, a sua interpretação deve se adequar às circunstâncias de fato presentes no momento da sua vigência, de modo que a interpretação objetivista está

²⁶⁸ Não cabe, neste trabalho, o estudo pormenorizado de todas as escolas jurídicas desse período. Basta-nos, no objetivo de estabelecer o “modelo social”, apenas a análise da escola proeminente que, no caso, é a Jurisprudência dos Interesses. Para o estudo das demais, cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 170-178; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 45-112; REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 105-109. Segundo António Manuel Hespanha, o fim do primado da Jurisprudência dos Conceitos está intimamente ligado com os fatores políticos e sociais experimentados em fins do século XIX. Em suas palavras: “O desenvolvimento do capitalismo faz surgir a ‘questão operária’. Começa a impor-se a imagem de uma sociedade percorrida por conflitos de interesses e de grupos. Com tudo isto, era natural que a serenidade olímpica da pandectística – no seu ideal de construir um direito ‘separado da sociedade’ e atento apenas ao rigor construtivo – começasse a chocar os espíritos mais atentos ao devir da sociedade e às prementes exigências ‘da vida’ Ou seja, a vida começa a deixar de caber no discurso que os juristas faziam sobre ela.” Cf. HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 403.

²⁶⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 40-41.

sempre referida à atualidade, reservando ao juiz, necessariamente, uma liberdade hermenêutica maior que a teoria subjetivista anterior, que deveria buscar somente a vontade do legislador.²⁷⁰

Larenz explica, contudo, que a teoria da interpretação objetivista não teve o condão de superar definitivamente a Jurisprudência dos Conceitos, tarefa desempenhada posteriormente por Jhering, em sua segunda fase, e pela Jurisprudência dos Interesses. Isso ocorreu pelo fato de que, ao se considerarem somente os *fins objetivos do Direito* e pressupondo que os conceitos jurídicos formulados pela Ciência do Direito – a Jurisprudência dos Conceitos – estavam de acordo com esses fins, os autores da teoria objetivista da interpretação acabaram por compatibilizar a interpretação teleológica da lei com a operação de dedução lógico-conceitual então vigente. A ruptura com o modelo conceitual somente ocorrerá com a consideração dos *fins empíricos* da norma, introduzidos pela Jurisprudência dos Interesses.²⁷¹ A grande importância da teoria da interpretação objetiva, entretanto, foi a teorização da racionalidade da própria lei, o que abalou a estrutura interpretativa da época, que considerava somente a racionalidade do legislador e a ela se vinculava, nos métodos hermenêuticos filológicos e históricos.

Como já observado, Jhering, ao perceber a insuficiência do modelo vigente, afastou-se da jurisprudência conceitual, passando a adotar uma orientação teleológica do Direito. Jhering não compreendia mais o Direito em termos lógicos nem psicológicos, mas sim em termos sociológicos-utilitarísticos. Para Jhering, o verdadeiro legislador era a sociedade, o mundo real²⁷². Paradoxalmente, contudo, Jhering não se afastou do dogma do monopólio estatal da produção de normas jurídicas. Isso não impediria, segundo o autor, que o direito fosse referido a um fim social, do qual recebe seu conteúdo, de forma que “[...] todas as normas jurídicas têm ‘como fim o assegurar das condições de vida da sociedade’.”²⁷³ Compreende-se, portanto, que, ao considerar a sociedade como verdadeiro legislador, o autor a considera o legislador material que, por sua vez, depende do legislador formal – o Estado - para que suas normas alcancem o

²⁷⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 42-43.

²⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 43-44.

²⁷² Para Jhering, “[...] acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da História completamente acrítico. [...] A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 58.

²⁷³ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 172.

status de normas jurídicas. Para Jhering, a finalidade e o interesse são as entidades geradoras do direito, de forma que não existiria uma só proposição jurídica que não desse sua origem a um fim, a um motivo prático, razão pela qual sua teoria também é chamada de “Jurisprudência Pragmática”.²⁷⁴ Segundo Hespanha,

O direito seria uma criação orgânica da sociedade, como organismo vivo que espontaneamente aspira pelo equilíbrio de interesses que promove a harmonia e a preservação da vida social. Transita-se, assim, de uma concepção do direito como produto de um pacto visando a proteção absoluta dos *poderes de vontade* para uma outra em que o direito serve, antes de mais, para garantir *interesses socialmente úteis*. A uma lógica voluntarista e contratualista substitui-se uma outra *utilitarista e transindividual*.²⁷⁵

A constatação dessa passagem da lógica voluntarista e contratualista para a utilitarista e transindividual é uma das grandes marcas desse momento da Ciência Jurídica. Trata-se, com efeito, da incidência das transformações sociais, econômicas e jurídicas apontadas nas páginas anteriores. A Ciência do Direito deixa de operar sob a ótica voluntarista, contratualista, individualista, para compreender o fenômeno jurídico sob a perspectiva social, coletivista. Buscam-se os fins sociais do Direito²⁷⁶. Essa busca há de ser feita pela interpretação teleológica. Segundo Hespanha, “Daí que o principal legado dogmático desta escola se situe, como se disse, no plano da teoria da interpretação, não no da teoria das fontes do direito.”²⁷⁷

Essa linha metodológica de Jhering será aprimorada por Philipp Heck (1858-1943), considerado maior expoente da Jurisprudência dos Interesses. Heck, definitivamente, afasta a ciência jurídica da Jurisprudência dos Conceitos, exaltando não mais a lógica, mas sim os valores inerentes à vida. Os interesses, nessa concepção, possuem três funções: inicialmente, são os fatores causais do direito (jurisprudência genética dos interesses), na medida em que as normas jurídicas são criadas para atenderem a determinados interesses pré-existentes; em seguida, os interesses são compreendidos como dever-ser, isto é, como valores, a serem utilizados como critérios valorativos para as próprias normas. O interesse maior seria sempre a busca da possibilidade da vida em sociedade. Ainda, os interesses poderiam servir como ferramentas para o preenchimento das lacunas legais, cabendo ao juiz o critério de valoração

²⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 59.

²⁷⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 405.

²⁷⁶ Larenz, reconhecendo a suma importância de Jhering para o desenvolvimento da ciência jurídica, afirma que sua maior contribuição “[...] se traduz no reconhecimento de que toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 62.

²⁷⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 406.

(jurisprudência reprodutiva dos interesses). O juiz não deveria mais se socorrer à “pirâmide conceitual” para a colmatação de lacunas, podendo, através da interpretação teleológica, resolver os problemas pontuais.²⁷⁸

Segundo António Manuel Hespanha, o problema das lacunas legais foi o verdadeiro problema que a Jurisprudência dos Interesses buscou resolver, tendo-se em vista que o construtivismo pandectista, em face das grandes mudanças sociais e políticas no fim do século XIX e início do século XX e da insuficiente legislação, não era mais capaz de solucioná-lo. Hespanha explica a proposta de base da Jurisprudência dos Interesses afirmando que todo e qualquer caso jurídico apresenta um conflito de interesses, de forma que sua decisão deve basear-se numa correta ponderação dos interesses concretos, e não numa abstrata operação lógico-dedutiva de conceitos jurídicos. Para os partidários dessa corrente, a Jurisprudência dos Conceitos apresentava um erro metodológico, um “método da inversão”, visto que considerava o conceito jurídico, última etapa da Jurisprudência dos Interesses, como ponto de partida do raciocínio jurídico. A Jurisprudência dos Interesses, portanto, segue o texto legal, porém o considera em sua totalidade, respeitando a avaliação dos interesses em jogo, os quais devem ser sempre utilizados, principalmente nos casos de omissões legislativas. Em última análise, trate-se de método guiado pela obediência legislativa, porém, nas palavras do próprio Heck, uma “obediência inteligente”.²⁷⁹ A obediência inteligente seria o seguir do texto legal aliado à compreensão de que esse mesmo texto está baseado em interesses, e que esses interesses devem ser descobertos pelo intérprete.

Percebemos, pois, que a Jurisprudência dos Interesses não se enclausura ao texto da lei como o fazia a Jurisprudência dos Conceitos. Para fins do Direito Privado, em especial ao contrato e à responsabilidade civil, trata-se de inovação dogmática de suma importância, na medida em que o intérprete e o operador do Direito poderão, agora, analisar esses institutos à luz de outros elementos que não aqueles estritos da legislação. Consideram-se, no momento da interpretação e aplicação, os interesses (valores) que subjazem a legislação à luz das circunstâncias do momento da interpretação e aplicação. Abre-se, paulatinamente, a Ciência Jurídica do Direito Privado ao contexto social.²⁸⁰

²⁷⁸ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 173-174.

²⁷⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 409-410.

²⁸⁰ “Enquanto ‘a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos’, limita o juiz ‘à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos’ – e nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim ‘o primado da lógica’ no trabalho juscientífico -, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para o ‘primado da indagação da vida e da valoração da vida’.” Cf. LARENZ, Karl.

Com efeito, Franz Wieacker observa que o surgimento da Jurisprudência dos Interesses se deu num contexto em que as preocupações metodológicas centravam-se no problema da aplicação judicial da lei, em face da superação do modelo anterior, em que as preocupações centravam-se na construção formal do sistema. Em outras palavras, a preocupação da ciência jurídica passou do abstrato ao concreto. Em razão dessa preocupação central com a aplicação concreta da lei, a Jurisprudência dos Interesses foi chamada, também, de “teoria do achamento da solução jurídica.”²⁸¹ A preocupação da ciência jurídica voltou-se à aplicação judicial da lei justamente pelo fato de que a legislação, centrada nos códigos, não acompanhou o desenvolvimento da sociedade, como observamos acima. Os novos problemas que o Direito deparou-se para resolver não eram solucionáveis pelas ferramentas jurídicas existentes – interpretação literal ou histórica, “pirâmide conceitual”, “genealogia dos conceitos”, etc.²⁸²

Heck partia do pressuposto de que a legislação é naturalmente lacunar, pressuposto este totalmente contrário ao da época anterior, em que vigorava o dogma da completude. A Jurisprudência dos Interesses, portanto, teve grande importância para a prática jurídica, na medida em que sua aplicação permitia ao juiz o achamento da solução justa ao caso concreto com base na ponderação dos interesses colidentes no próprio caso concreto, e não em abstrações lógicas dos conceitos. Para essa Escola, “[...] cada norma legal constitui uma máxima do legislador para a solução do conflito de interesses por ele surpreendido e tido em vista.”²⁸³ O juiz, assim, “[...] não há de guiar-se pelas palavras do legislador mas, sim, pelas valorações que o inspiram. As palavras e os conceitos [...] são tão somente meios [...] para fazer cumprir resultados que emanam daqueles juízos de valor ou valores.”²⁸⁴

Na definição da lei como constituição de finalidades e na aplicação da lei como realização destas finalidades, a jurisprudência dos interesses identifica-se, portanto, aparentemente, com as consequências mais radicais do naturalismo jurídico. Na realidade, porém, ela distancia-se destas consequências pela sua confiança na lei, com o que se aproxima do positivismo *legal*, sobretudo por razões que se prendem com a sua adesão aos princípios do estado de direito: ela é uma técnica da aplicação judicial

Metodologia da Ciência do Direito. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

²⁸¹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 664-665.

²⁸² Larenz, sobre a Jurisprudência dos Interesses: “A sua única missão é ‘facilitar a função do juiz, de sorte a que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objectivamente adequada’. O objectivo final da actividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, a ‘satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideias, presentes na comunidade jurídica’.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

²⁸³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 665-666.

²⁸⁴ SOBRINHO, Elio de Cresci. Jurisprudência dos Interesses. **Revista de Processo.** vol. 205/2012, p. 411-421, Marc./2012, p. 3-4. Disponível em www.revistadostribunais.com.br. Acesso em 22/06/2016.

da *lei*, não da *criação* judicial do direito (e muito menos uma teoria da fundamentação do direito).²⁸⁵

Apesar da afirmação de Wieacker de que essa Escola distancia-se do naturalismo jurídico, não podemos deixar de perceber uma clara influência desse pensamento na ciência jurídica. Assim como a ciência jurídica do paradigma anterior foi construída tendo como modelo as ciências exatas, com suas leis e princípios imutáveis, a ciência jurídica do paradigma social adota como parâmetro metodológico as ciências naturais. A sociedade é vista sob a perspectiva organicista, em que o Direito inclui-se dentro desse sistema social e por ele é influenciado. O Direito passa a ser encarado como fato social. À essa perspectiva jurídica denominou-se “naturalismo jurídico”.²⁸⁶ Nota-se, assim, alguma semelhança entre o naturalismo e o funcionalismo jurídico, na medida em que ambos consideram o Direito inserido num contexto maior, onde há recíprocas influências.

Percebemos, por conseguinte, a relação entre a Jurisprudência dos Interesses com as transformações apontas nos tópicos *supra*. Mudaram-se as funções do Estado, que passou a ser intervencionista, adotando medidas de *interesse* social. A legislação tornou-se incapaz de regulamentar o progresso econômico e social, o que gerou grandes lacunas legais, a serem preenchidas pelos *interesses* subjacentes às leis e voltados à conservação da vida em sociedade. Surgiram leis setoriais, com *objetivos* específicos, nas quais o legislador deixava claro seus *interesses*. O Direito deixou de ser meramente conformador para ser transformador, impulsionador da sociedade e de comportamentos desejáveis (comportamentos *interessantes*). A Ciência Jurídica, como não poderia deixar de ser, também transformou-se: deixou de buscar as formas abstratas e imutáveis, abandonou a lógica racional desvinculada da realidade para perquirir os modelos e padrões concretos e mutáveis a cada caso, em razão de cada caso apresentar-se como um conflito de interesses distintos. Preocupada com a efetividade, a Jurisprudência dos Interesses logrou êxito ao proporcionar um novo modelo de decisão judicial, principalmente nos casos lacunosos. Daí a crítica de que essa Escola teve um objetivo “limitado”, de mera ordem técnica²⁸⁷. Tratou-se, contudo, de objetivo de extrema importância

²⁸⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 667.

²⁸⁶ HESPAÑA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 403-404.

²⁸⁷ “Heck rejeita expressamente a ideia – em si evidente – de que os elementos da ordem imanente sejam visíveis nos interesses singulares e caracteriza o sistema como ‘sistema de decisões de conflitos’. A questão, porém, de saber até onde este realiza a unidade interior e a adequação da ordem jurídica conduz imediatamente à questão prévia de como se coloca a jurisprudência dos interesses perante a ideia da unidade do Direito – e, com isso, a um ponto crítico nas bases filosóficas dessa doutrina. Aqui, a jurisprudência dos interesses oferece, de facto, aos seus adversários, pontos fracos essenciais, tendo assim a sua relação com a ideia da unidade do Direito sido

para a época, que necessitava de um Direito apto a resolver os problemas do dia-a-dia, e não de um Direito preocupado apenas com seu rigor metodológico intrínseco.²⁸⁸ Não é outra a conclusão de Larenz, para quem

A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metódicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada. O mesmo vale, e até em maior medida, para a ciência do Direito, ao menos no campo em que podemos formular um juízo, que é o do Direito civil. [...] Pode, hoje, pois, verificar-se que a Jurisprudência dos interesses, apesar dos graves desfeitos que tem na sua fundamentação teórica, atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava.²⁸⁹

Essa importância prática da Jurisprudência dos Interesses encontrou fértil campo de atuação no paradigma do Estado Social. O grande *interesse* que subjaz todo esse paradigma, que influenciou todos os ramos jurídicos, da teoria dos direitos fundamentais aos institutos de direito privado, foi o *interesse na justiça social*, em contraposição ao interesse predominante no paradigma anterior, de exaltação da liberdade individual. É com vistas a esse grande interesse social que as leis foram elaboradas e que os operadores do Direito tiveram – e ainda têm – que atuar.

O Direito, agora funcionalizado em prol de questões sociais, consciente da sua função de auxiliar na busca pela justiça social, amparado na nova postura do Estado e legitimado pela nova função prestacional dos direitos fundamentais, encontrou na metodologia decisional da Jurisprudência dos Interesses, de balancear os interesses concretos com vistas ao interesse maior de preservação da vida em sociedade, a saída para a correção de ficções jurídicas, a exemplo da pressuposição absoluta da igualdade entre os contratantes, bem como para a criação de novas soluções jurídicas, como a elaboração dogmática de princípios contratuais aptos a

sempre objeto de crítica. Já no ano de 1914, Kretschmar, no seu excelente discurso de reitor, onde ponderou soberanamente as fraquezas e as vantagens da jurisprudência dos conceitos como da dos interesses, criticara, nesta, o abandono da ideia de unidade. [...] E também Oertmann teceu críticas com palavras persuasivas, dizendo que, apesar de todas as ‘considerações singulares certeiras e muitas vezes convincentes’ ‘não se encontra nenhum todo’ nos trabalhos da jurisprudência dos interesses e que ‘nunca e não mais um quarto unitário’ pode ser obtido, e que ele não se pode defender de ‘um certo sentimento de desespero científico’.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 56-57.

²⁸⁸ “Não há dúvidas: a força da jurisprudência dos interesses localizou-se na discussão do problema singular e não na elaboração das ‘grandes concatenações’, - o que aliás é plenamente comprehensível, no prisma da história da metodologia, como contra-movimento antitético contra os exageros da época anterior.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 61-62.

²⁸⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 77.

balancear as relações jurídicas, a exemplo do princípio da boa-fé objetiva e da justiça contratual.²⁹⁰

Tendo buscado compreender a teoria do estado, a evolução da teoria dos direitos fundamentais, a mudança da técnica legislativa, bem como a transformação da ciência jurídica e do papel do Direito no paradigma social, podemos, agora, atentarmo-nos especificamente aos princípios e características do contrato no paradigma social. Veremos, agora, as mudanças e as novidades desse instituto sob esse novo modelo jurídico.

2.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS FUNDAMENTAIS NO PARADIGMA SOCIAL

Seguindo a metodologia adotada no trabalho, analisaremos, agora, os princípios contratuais fundamentais no paradigma social. Com efeito, observaremos que, enquanto alguns princípios contratuais sociais serão fruto da evolução de princípios contratuais liberais, outros, por sua vez, serão novidades no ordenamento jurídico.

Como indicado na Introdução e nos tópicos acima, por força da consideração do sistema jurídico como um sistema de 2^a ordem, bem como pela adoção da perspectiva funcionalista sistêmica, compreendemos que o Direito nunca está imune às mudanças ocorridas no sistema social global. O mesmo ocorre, portanto, dentro do próprio sistema jurídico: as instituições jurídicas amoldam-se de acordo com as mudanças gerais do ordenamento. No presente caso, o instituto do contrato também se transformará: passará da feição liberal para a social. Sendo uma instituição em transformação, seus princípios norteadores também se modificarão. Tal qual ocorreu no paradigma liberal, o contrato no paradigma social buscará refletir a ideologia dominante, representada pelo princípio do Estado Social, com todas as consequências acima apontadas: “[...] predominância da ordem do direito de solidariedade sobre a ordem do direito

²⁹⁰ Larenz faz observação semelhante sobre essa mudança no universo do Direito: “[...] o Direito Romano, como o Direito de uma economia de troca já altamente desenvolvida, oferecia à corrente do tempo, ao liberalismo, graças ao seu pendor para garantir ao indivíduo um domínio de irrestrito ‘senhorio de vontade’ e para estabelecer à ‘autonomia privada’ o menor número possível de barreiras. Só nos fins do século foi posta expressamente pela ciência jurídica a questão da ‘função social do Direito privado’, sobressaindo, entre as posições jurídico-políticas suscitadas acerca da próxima publicação do Código Civil alemão, a crítica de Otto von Gierke e a investigação de Anton Menger sobre a influência do Código Civil na situação das ‘classes não possidentes’. O que não pesou muito na formulação definitiva, sendo só depois disso que ganharam maior terreno novas ideias jurídicas (como, por ex., a responsabilidade pelo risco, a teoria do abuso de direito, a teoria da base negocial, a organização de ‘restrições sociais’ da propriedade, o dever de fidelidade e de assistência nas relações societárias e nas relações de trabalho, os ‘deveres de protecção’ na relação obrigacional e nos preliminares do contrato) de que o Código Civil pouco mais dá do que os primeiros indícios. Ora, o método histórico de Jhering consiste em, muito antes da maioria dos seus colegas, ter sentido as insuficiências da pandectística contemporânea e em ter chamado a atenção desta para os problemas do seu tempo.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 56-57.

do individualismo jurídico, que vai repercutir especialmente na esfera do direito privado e sobre seus institutos básicos (a propriedade e o contrato) [...].²⁹¹

Com efeito, a prevalência do social sobre o individual é a grande marca desse período, que teve ramificações em todo o direito privado, do contrato à responsabilidade civil. Enquanto que no período liberal vigorou o “dogma da vontade”, a absolutização da vontade sofrerá restrições no paradigma social. A vontade individual, antes ilimitada, agora encontra limites justamente no interesse público social. Se o fundamento do contrato liberal era a autonomia da vontade e, tendo esta sofrido restrições, o fundamento do contrato de cunho social necessariamente adequar-se-á ao novo momento. Frente às novas relações do mundo industrializado e massificado, o “dogma da vontade” e todos os princípios daí decorrentes serão revisitados pelo solidarismo jurídico.²⁹²

A passagem do individualismo ao solidarismo jurídico, como se viu, se deveu às transformações nas funções do Estado, que passou a intervir na ordem socioeconômica, buscando reduzir as desigualdades sociais criadas pelo liberalismo excessivo, bem como da previsão dos direitos fundamentais sociais, orientados em garantir as condições mínimas de liberdade. Nesse sentido, normas setoriais foram elaboradas para atender a problemas específicos, buscando não mais apenas conformar as situações estabelecidas, mas sim também

²⁹¹ “O abandono do modelo não-intervencionista liberal de Estado afetou o dogmatismo jurídico e fez cair a máscara ideológica do idealismo jurídico comum tanto ao jusnaturalismo racionalista quanto ao positivismo normativista. A mudança de paradigmas repercutiu nas doutrinas político-econômicas, assinalando o surgimento de fenômenos jurídicos novos. [...] Foram atribuídas ao ordenamento jurídico funções interventivas de promoção social. [...] A modelagem do Estado de direito social, em oposição ao Estado de direito liberal, dado contínuo o crescimento das funções do Estado, provocou uma progressiva publicização do direito, constituindo o planejamento e as políticas públicas (ações governamentais articuladas) nos novos paradigmas do sentido funcional e instrumental das normas jurídicas. O século XIX foi a época áurea da economia de mercado, do darwinismo social, do direito privado, dos contratos e da propriedade, enquanto o século XX, depois da quebra da bolsa de Nova York, demandava controle, disciplinamento, proteção do interesse social e regulação. [...] No Estado Social, de tipo intervencionista, o objetivo principal da interferência estatal, por via do planejamento ou da adoção de políticas públicas, volta-se às questões de caráter público, ligadas ao interesse geral, na linha da efetivação dos direitos sociais, definidas as prioridades da ação governamental.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 154-158.

²⁹² “Assim, o modelo liberal de contrato não captou as diferenças entre as partes (econômicas, políticas) e os seus reflexos no poder de barganha das partes (por exemplo, como os empregados teriam condições de negociar livremente as condições de trabalho com seus patrões?). Nada dessas questões concretas da relação contratual importava como problema jurídico, atrelada que a dogmática jurídica estava ao processo de formação do contrato como hipotético acordo de livres vontades manifestadas por sujeitos livres e tomados igualmente pelo sistema. A falta de oxigenação do paradigma liberal de contrato, na visão dos solidaristas, acabou por gerar a inadequação desse modelo para a complexidade do mundo industrializado e massificado (caracterizado por frequentes acidentes de trabalho, relações contratuais entre desiguais, contratos massificados, abusos de posições jurídicas, monopólios e oligopólios). A nova realidade social capitalista (industrialização, êxodo rural) estaria por exigir um novo paradigma da concepção do contrato, que percebesse a sua inserção na sociedade (“institucionalização do contrato”) e que viabilizasse, portanto, a abertura do direito contratual a elementos normativos não consensuais (“heterônomo”), para evitar a sua falta de “funcionalidade” ou, em outras palavras, a “anomia social” [...].” Cf. TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96.

proporcionar mudanças sociais através de incentivos comportamentais. Passou-se, assim, do estruturalismo ao funcionalismo jurídico. O direito dos contratos, invariavelmente, sofreu as influências solidaristas²⁹³. Segundo Feitosa,

A noção de solidariedade, idéia motriz da teoria social do contrato, rompe com a concepção puramente voluntarista da contratação, enfoque dogmático pacificamente aceito desde os primórdios do contratualismo moderno. A função social da propriedade, seguida da função social dos contratos, contendo uma significação genérica de prossecução do interesse coletivo, ganha realce entre as novas teorias político-jurídicas do Estado Social e do constitucionalismo econômico-social que tomou corpo a partir das Cartas constitucionais do México e da Alemanha (Constituição de Weimar), acompanhadas por outras constituições em vários quadrantes da tradição legislativa da *civil law*. No âmbito do direito civil, os institutos básicos do contrato e propriedade, que antes apresentavam destacadas funções de natureza econômica e de regulação jurídica, adquiriram também uma função social, consubstanciada na busca da satisfação dos interesses sociais.²⁹⁴

Trata-se, enfim, da *funcionalização* do contrato em prol de *interesses* sociais que ultrapassam os meros interesses individuais dos contratantes. O contrato passa a ser, também, ferramenta de justiça social por meio da busca da igualdade material entre os contratantes. Se, antes, o contrato, amparado na liberdade absoluta e na igualdade formal, acabava por contribuir com a desigualdade real, agora, amparado na solidariedade social, reconhece justamente a falácia da autonomia da vontade e da insuficiência da igualdade formal para buscar, enfim, a igualdade material.

O solidarismo jurídico opera profundos efeitos no direito dos contratos: a vontade do contratante, agora, deixa de ser única e exclusivamente o fundamento e limite do contrato. A

²⁹³ Acerca da doutrina solidarista de Léon Bourgeois, Ustárroz disserta que “Embora o fundamento do direito não seja a solidariedade, mas sim a justiça, a noção de justiça apenas pode ser corretamente apreendida pela noção de solidariedade [...] A solidariedade é um fato anterior à liberdade e à justiça e, por decorrência, nem a liberdade nem a justiça podem ser definidas sem se levar em conta o fato da solidariedade. É em função dela que devemos buscar os seus conceitos. [...] as pessoas não são inteiramente livres, mas sim conectadas entre si por uma associação necessária, anterior ao seu nascimento, a qual, uma vez abandonada, torna a vida impossível. [...] Igualmente a noção de liberdade precisaria ser revisitada, pois o ‘reconhecimento do fato da solidariedade limita a ideia de nossa liberdade’. *Responsabilidade e liberdade* são dois termos que andam de mãos dadas. A partir do momento que nos damos conta de que nossa responsabilidade não é absoluta, de que não vivemos na ilha de Robinson, percebemos que é natural uma limitação de nosso agir. [...] Aqui reside um dos méritos da teoria de Léon Bourgeois: ele conseguiu quebrar um paradigma da época, invertendo as relações entre a Política e o Social. Com efeito, a ideia consolidada de que o Poder Político outorga direitos aos cidadãos passa a ser contestada pela consideração de que o grupo (a consciência social) também exige condutas dos membros, sob pena de sanções. Todos, portanto, deveriam cooperar com a solidariedade social.” Cf. USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26-33. Desse modo, o direito dos contratos, antes individualista, passa a considerar a solidariedade social como pressuposto para que se alcance a justiça: a justiça contratual só será alcançada na medida em que os interesses individuais dos contratantes estiverem de acordo com os interesses da solidariedade. É com base nesse pressuposto, portanto, que o solidarismo realizou uma operação de convergência no direito dos contratos, com duas consequências: surgimento de novos princípios contratuais e readequação daqueles princípios contratuais liberais. Com efeito, seu maior legado terá sido a desconstrução da figura do “indivíduo atomizado”, que agora deverá exercer sua liberdade individual com responsabilidade social.

²⁹⁴ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 311.

título de exemplos, dentre os fundamentos do contrato insere-se a sua função social e, dentre os limites, a justiça contratual. A autonomia da vontade cede espaço à autonomia privada. As hipóteses de intervenção judicial, antes relegadas às poucas hipóteses de verificação da higidez da vontade e dos aspectos formais do contrato, agora alargam-se, permitindo, por exemplo, a revisão contratual por onerosidade excessiva decorrente de circunstâncias supervenientes.²⁹⁵

Em suma: com a incidência do solidarismo jurídico, os princípios contratuais clássicos ou liberais sofrerão adaptações, bem como a eles se agregarão novos outros, como se observará nos tópicos abaixo. Estudaremos, agora, os “novos” princípios contratuais, os princípios contratuais sociais: autonomia privada, função social, justiça contratual e boa-fé objetiva, que compõem o “modelo de contrato social ou solidarista”, típico do paradigma do Estado Social.²⁹⁶

2.4.1 AUTONOMIA PRIVADA E DIRIGISMO CONTRATUAL

A autonomia da vontade, representação por excelência do contrato liberal, encontrou no art. 1.134 do *Code de 1804* a sua expressão mais bem acabada: “as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram”. Segundo Georges Ripert, para chegar a essa concepção absoluta da vontade, foi necessário uma lenta evolução ao passar dos séculos, passando pela religião cristã, que impôs aos homens a fé na palavra dada, pelo direito natural, que, fundando a sociedade no próprio contrato, elevou-o a instituição jurídica superior, até a teoria do individualismo liberal, que consagrou os pactos privados livremente estabelecidos como autênticos bens públicos merecedores da mais enérgica tutela estatal. Com os olhos postos nos casos concretos, nos exemplos da vida real, contudo, Ripert revolta-se contra essa concepção soberana da vontade e, dentre inúmeras indagações, elabora as seguintes:

Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade?

²⁹⁵ Os conceitos de “função social do contrato”, “justiça contratual”, “autonomia privada” e “onerosidade excessiva” serão abaixo explicitados.

²⁹⁶ Interessante aqui a classificação proposta por Jorge Cesa Ferreira da Silva, entre princípios de normatividade exógena e de normatividade endógena ao direito das obrigações. Para o autor, os princípios da autonomia privada e da função social são de normatividade exógena, pois “[...] são lineamentos advindos do ordenamento e dirigidos às partes ao se relacionarem obrigacionalmente. São, assim, os nortes abstratamente considerados pelo ordenamento geral e, por assim serem, sofrem o influxo da visão geral acerca do sistema [...] *autonomia privada e função social*, são e devem ser entendidos hoje em seu aspecto funcional, implicando com isso a visão funcionalizada da relação obrigacional.” Em seguida, classifica os princípios da justiça contratual e da boa-fé objetiva como princípios de normatividade endógena. Em suas palavras: Nascido o vínculo, ele se desenvolve não só com norte em fins voltados à sociedade, mas também – e sobretudo – com base na sua própria lógica e história interna. Da mesma forma que um veículo só conseguirá levar a carga a ele destinada se suas condições mecânicas permitirem, as relações obrigacionais só conseguirão atingir o fim primeiro dessas relações, vale dizer, o correto adimplemento, caso a economia interna da relação esteja mais do que dotada de estrutura formal, de um conteúdo material que conteplete os princípios da boa-fé e do equilíbrio.” Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119-146.

Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e a das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?²⁹⁷

Essas indagações representam, cada qual, distintas preocupações de cunho solidarista: autonomia privada, justiça contratual e igualdade material. Ripert afirma, em seguida, que o contrato, ainda que fruto da vontade, não é inabalável. Para tanto, invoca o art. 6º do *Code*²⁹⁸, que limita as convenções particulares às leis de ordem pública e aos bons costumes. O autor conclui, então, que “É imoral pretender regular a conduta do próximo quando se não oferecem fins úteis à sua felicidade, e é também imoral querer impor-lhe uma felicidade que ele não apreciará por lhe advir do poder de outros.”²⁹⁹

A obra “A regra moral nas obrigações civis”, de Ripert, publicada inicialmente em 1925, ilustra bem, com as indagações acima transcritas, a preocupação de alguns juristas da época com as consequências danosas que a concepção liberal individualista do contrato havia causado na sociedade. Com efeito, a autonomia da vontade, soberana e absoluta, aliada à igualdade formal dos sujeitos, passaram a compor um modelo contratual anacrônico. O contrato liberal carecia de limites.³⁰⁰

A paulatina inserção de limites à autonomia da vontade fez com que esse princípio se transformasse, culminando na chamada autonomia privada³⁰¹. Orlando Gomes explica que essa passagem acompanhou umbilicalmente a superação do voluntarismo jurídico que, apesar de não ter eliminado a força propulsiva da vontade na determinação do negócio jurídico, transportou-a à outra dimensão, onde seu poder e significado é mais discreto. Enquanto que na

²⁹⁷ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** 2ª ed. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 53-55.

²⁹⁸ “6. On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs.”

²⁹⁹ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** 2ª ed. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 62.

³⁰⁰ “Sin embargo, el orden liberal entra en una crisis inmediata, debido a la quiebra de sus postulados. La igualdad de las partes, necesaria para seguir sustentando una noción de contrato como acuerdo entre as mismas, se revela como un sarcasmo cuando hay imensas masas que no tienen nada o muy poco frente a una classe social que detentaba la mayor parte de los bienes [...] La intervención del Estado en la vida económica es un postulado indeclinable a partir sobre todo de la primera guerra mundial, y ello tiene su reflejo en la absoluta limitación que experimenta el dogma de la autonomía de la voluntad junto con la concepción del Estado social de Derecho, conformador de un orden social justo (Forsthoff).” Cf. DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil.** Vol. II. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 31.

³⁰¹ “Princípio da autonomia privada é expressão que tende a substituir aquela de princípio da autonomia da vontade, cunhada por Gounot em 1912, para, como vimos anteriormente, caracterizar a concepção individualista e liberal que ao seu tempo imperava.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111.

concepção liberal a vontade era absolutamente livre – recorde-se da objeção de Ripert acerca do art. 6º do *Code -*, agora ela passa a ser a vontade “[...] autorizada pelo ordenamento jurídico a pretender um fim próprio.”³⁰²

Enzo Roppo conceitua a autonomia privada ou autonomia contratual como o poder das partes em, livremente, estipular o conteúdo do contrato, *nos limites impostos pela lei*. Assim, a determinação do regulamento contratual que confere vinculatividade jurídica à operação econômica é balizado por limites postos pelo ordenamento jurídico.³⁰³ Com efeito, o traço marcante que distingue a autonomia privada da antiga autonomia da vontade é a presença de limites legais ao exercício da liberdade, é a desmistificação da soberania absoluta da vontade.

Nesse sentido, Luigi Ferri entende que o problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites, que por sua vez são sempre os reflexos de normas jurídicas que, caso inexistentes, faria com que a autonomia se confundisse com liberdade natural ou moral do homem.³⁰⁴ Para o autor, portanto, a autonomia privada é legítima manifestação de um poder de criar, dentro dos *limites establecidos pela lei*, normas jurídicas. A autonomia privada, então, é autêntico poder normativo, ao passo que o negócio jurídico fruto de seu exercício seria a fonte normativa. Essas normas advindas da autonomia privada possuem, por conseguinte, conteúdos próprios, cujos limites são negativamente fixados pelas normas estatais, que subtraem do poder particular certas matérias reservadas ao poder de regulação estatal. O âmbito de atuação da autonomia privada seria estabelecido numa operação residual, na medida em que se confundiria com os espaços não preenchidos pelo ordenamento jurídico estatal. Em suas palavras, autonomia privada é “[...] el poder atribuido por la ley a los individuos de crear normas jurídicas en determinados campos a ellos reservados.”³⁰⁵

Ao contrário do que foi aqui defendido, de funcionalização do direito e, agora, de funcionalização do contrato e da autonomia privada em prol de interesse sociais, Luigi Ferri parece discordar dessa concepção. Para o autor, a autonomia privada não é um poder que corresponda a uma função: o Estado não pode estipular fins a serem seguidos, mas somente

³⁰² “A noção de autonomia privada foi o ponto de partida para a reelaboração da teoria do negócio jurídico. Passou-se a defini-lo como o ato característico de exercício da autonomia privada mediante o qual os particulares e as pessoas equiparadas auto-regulam, nas condições permitidas, os próprios interesses. A esse regulamento o ordenamento atribui eficácia jurídica. A autonomia privada é, em sentido lato, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstrato* na lei.” Cf. GOMES, Orlando. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 80-81.

³⁰³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 126-128.

³⁰⁴ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 5.

³⁰⁵ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 7-9 e 73.

determinar as fronteiras de atuação da autonomia privada, sob pena de se chocar com a distinção entre direito público e privado. Para Ferri, portanto, essa *summa diviso* do direito deve ainda manter-se absoluta, na medida em que os interesses privados são determinados por via de exclusão, isto é, são aqueles interesses que não são assumidos pelo Estado. Para Ferri, portanto, a autonomia não exerce um fim social, porque reflete somente o interesse privado.³⁰⁶ O próprio autor, contudo, assume que esta sua tese não é compartilhada por muitos. Nesse trabalho, como analisado acima, comprehende-se que a funcionalização do direito e, por conseguinte, do contrato e da autonomia privada, é consequência de outros desdobramentos e, portanto, fato inevitável. Partilhamos os ensinamentos de Bobbio, exposta acima, de que o Direito não é só estrutura, mas também função.³⁰⁷

Ana Prata, por sua vez, após demonstrar que a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, afirma que seu significado mais divulgado confunde-se com o de *liberdade negocial*. Para a autora, assim como para Roppo e Ferri, a autonomia privada é um poder *conferido* pelo ordenamento jurídico ao homem de juridicizar suas atividades, por meio da realização livre de negócios jurídicos e da estipulação de seus efeitos.³⁰⁸ Observamos, portanto, que, na linha dos autores citados, a autora portuguesa também comprehende o conceito de autonomia privada como um *dado* pelo ordenamento e, portanto, como instituição ou princípio dotado de limites estabelecidos.

Verificamos, portanto, que o traço comum à definição de autonomia privada em substituição à autonomia da vontade é a presença de limites externos à autonomia, que por sua vez são os limites normativos³⁰⁹. Nesse ponto, cabe aqui uma ligeira reflexão lexical, na medida

³⁰⁶ “[...] el interés superior o público representa un límite de la autonomía privada, pero no en el sentido, indicado por la tendencia antes aludida, de directriz, fin u objetivo de la misma autonomía, sino en el sentido de frontera del obrar autónomo, esto es, de límite negativo. Donde hay en juego intereses superiores no hay lugar para la autonomía privada.” Cf. FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 10-11. Em outra passagem, “La autonomía privada no es un poder conferido al individuo para la consecución de un objeto o fin que se le imponga como objeto o fin necesario, es decir, no es un poder al que corresponda una ‘función’ o un ‘officium’.” Idem, p. 47.

³⁰⁷ “A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, nomeadamente a autonomia privada e o seu instrumento de positivação, o negócio jurídico, significa o *approccio* do Direito com as demais ciências sociais [...], numa resposta às solicitações que a sociedade contemporânea faz ao jurista, considerado não mais como a ‘figura tradicional de cultor do Direito Privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas’, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica perante a inércia do sistema tradicional em prol de uma ordem mais justa na sociedade.” Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016, p. 16.

³⁰⁸ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 10-17.

³⁰⁹ Otávio Luiz Rodrigues Jr., analisando as orientações de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen, elenca os seguintes elementos comuns às definições de autonomia privada desses autores: “a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo;

em que o termo “privada” apresenta-nos com duplicidade de sentidos: por um lado, o termo “privada” remete à noção de “particular” e, nesse sentido, trata-se, indubitavelmente, da autonomia do particular, da autonomia da pessoa; por outro lado, o termo “privada” pode originar-se do verbo “privar”, de “privação”, assemelhando-se a “restringir” e “restrição”. Nesse último sentido, o significado de “autonomia privada” seria algo parecido como “autonomia restringida”. Cumpre, quanto a esse último significado, a seguinte reflexão: antes, no paradigma liberal, a “autonomia da vontade” era absoluta e, portanto, não sofria qualquer restrição, não encontrava limites; agora, no paradigma social, foi necessário a inserção de limites a essa “autonomia da vontade”, isto é, foi necessário “restringir”, “privar” a “autonomia da vontade”. Trata-se, portanto, no paradigma social, de uma “autonomia da vontade restringida”, de uma “autonomia da vontade privada”. Parece-nos, portanto, que o verdadeiro sentido de “autonomia privada”, inserida no paradigma social, seja esse segundo significado, de “autonomia da vontade privada”, uma vez que é justamente contra o “dogma da vontade”, antes absoluto, que se insurgem os juristas e pensadores da época.

Devemos nos lembrar que estamos no paradigma do Estado Social, interventor por natureza, seja de forma direta, como agente econômico, seja de forma indireta, como regulador da economia. Nessa segunda forma de intervenção, observamos acima o fenômeno da mitigação da separação entre direito público e privado, naquilo que ficou conhecido como “publicização do direito civil”.³¹⁰ É nesse contexto que se insere a questão dos limites à liberdade negocial, é nesse ambiente que a autonomia privada encontra sua maior limitação, no que ficou conhecido como “dirigismo contratual”.³¹¹

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o fenômeno do dirigismo contratual, originário do intervencionismo do Estado na economia, apesar de constituir uma antinomia, posto que liberdade contratual e dirigismo são conceitos que se excluem, a partir da 1ª Guerra Mundial, deixou de ser fenômeno episódico e excepcional, para tornar-se princípio necessário da teoria

c) a autonomia privada relevando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que os exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.” Cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. In. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 41, n. 163, jul.-set./2004, p. 121.

³¹⁰ LÔBO, Paulo Luis Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36, n. 141, p. 99-109, jan.-mar./1999. Brasília: 2013, p. 100. Vide item 2.3 supra.

³¹¹ “Quando a intervenção do Estado tem por fim traçar normas e limites à atividade econômica dos particulares, as normas legais, que dele emanam, assumem a forma, já anteriormente examinada, de restrições à liberdade contratual pela ampliação da esfera do interesse público. Quando, porém, é o próprio Estado que toma a si o desempenho de tais atividades, surgem problemas de outra natureza, que afetam o interesse geral e põem em crise, sob certo aspecto, o direito dos contratos.” Cf. DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. In. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 6/2016, p. 271-276, jan.-mar./2016. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016, p. 5.

geral dos contratos. Segundo o autor, foi Josserand o primeiro a cunhar a expressão “dirigismo contratual”, dividindo-o em três espécies: legislativo, jurisprudencial e privado (em razão dos contratos de adesão)³¹². Paulo Lôbo adverte que sempre houve certo tipo de intervencionismo nos contratos, desde o direito romano, embora tenha sido apenas com o Estado Social que tenha se tornado parte integrante do direito dos contratos.³¹³ Segundo o autor, o fundamento jurídico do dirigismo contratual é a própria regulamentação constitucional sobre a ordem econômica e social, que permite uma aproximação dialética entre a liberdade contratual e o controle social, tendo em vista, dentre outras variáveis, a constatação da desigualdade real em face da igualdade jurídica e formal dos contratantes, bem como pela busca de justiça social, por meio do favorecimento do contratante presumidamente débil.³¹⁴ Trata-se o dirigismo contratual,

³¹² Paulo Lôbo divide o dirigismo contratual em dois grandes grupos: o dirigismo contratual público, subdividido em legislativo, judicial e administrativo; e o dirigismo contratual privado. O dirigismo contratual público legislativo é o mais comum e ocorre quando o legislador passa a valer-se preferencialmente de normas cogentes ou impositivas para promover os contratos. As normas dispositivas e supletivas, típicas do direito privado, perdem seu espaço. Essa espécie de dirigismo ocorre também, no Estado Social, por meio das normas de indução ou promocionais, que sancionam positivamente o comportamento desejado. As normas dirigistas são normas que observam as necessidades gerais da sociedade. As limitações legislativas à autonomia privada podem ser quanto à liberdade de conclusão do contrato, à liberdade de determinar o conteúdo do contrato e à liberdade de escolher o tipo contratual. Há, ainda, proibições de contratar ou até mesmo os contratos compulsórios. Em seguida, Paulo Lôbo elenca diversas hipóteses de dirigismo contratual na legislação civil brasileira, a exemplo do contrato de incorporação, minuciosamente regulamentado pela Lei 4.591/64, a proibição de contratos com cláusula de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, a regulamentação dos contratos de locação de imóvel urbano pela Lei 8.245/91, o tratamento dos juros e cláusula penal em diversos diplomas, os contratos de seguro, entre outros. O dirigismo contratual público judiciário, por sua vez, revela-se, basicamente, na aplicação de teses que buscam a restauração do equilíbrio contratual, mitigando a intangibilidade e obrigatoriedade dos contratos, a exemplo da tese da imprevisão, a teoria da dívida de valor, a correção monetária, o instituto da lesão e a aplicação constante do princípio da boa-fé objetiva, dentre outros. Dentre o dirigismo contratual público administrativo, a seu turno, foi impulsionado pela estrutura burocrática do Estado Social, que inflou a Administração Pública direta e indireta. São exemplos desse tipo de dirigismo: necessidade de autorização para a conclusão de determinados contratos, necessidade de aprovação do INPI para contratos de transferência de tecnologia, tabelamento e controle de preços diretamente por agentes públicos, regulamentação do conteúdo contratual por meio de portarias e resoluções, etc. Por fim, o dirigismo contratual privado ocorre quando “[...] a parte poderosa predispõe as condições às quais se vincula e se obriga todas as demais partes que necessitam dos bens ou serviços por ela fornecidos. [...] Na economia organizada da macroempresa, seja ela estatal ou privada, a padronização contratual é inevitável. Esses contratos contêm, em si, uma regulamentação de caráter geral e quase abstrata. Tal é a sua peculiaridade, o que os faz dirigidos, em relação aos contratantes débeis. [...] Preocupados com os abusos desse poder privado, os países de todo o mundo têm-no disciplinado, por meio de leis esparsas. A tendência é dar-lhe um tratamento sistemático e uniforme, estabelecendo limites dentro dos quais o dirigismo privado possa atuar. [...] No Brasil, o Código de Proteção ao Consumidor, determinado pela Constituição de 1988, aproxima-se desse objetivo.” Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 385-406, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 6-14. Interessa-nos, nesse momento, o dirigismo contratual público legislativo, posto que fruto do próprio modelo de Estado social e, adiante, o dirigismo contratual privado, haja vista os contratos de adesão representarem o grande modelo contratual desse paradigma.

³¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 385-406, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 1-2.

³¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 385-406, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 3-4.

efetivamente, do predomínio do interesse social sobre o interesse individual, típica manifestação do solidarismo jurídico.³¹⁵

Giselda Hironaka define o dirigismo contratual como

[...] uma técnica destinada a revelar melhor a proteção dos interesses do elemento economicamente fraco, restringindo a liberdade contratual do elemento economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio. Trata-se da sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual.³¹⁶

Trata-se, portanto, de autêntica limitação da autonomia negocial, por razões de ordem econômica ou política, característica marcante do Estado intervencionista do século XX. É nesse sentido que Rubén S. Stiglitz afirma ser a autorregulação (autonomia privada) responsável por somente uma parte do conteúdo do contrato, uma vez que o contrato também é integrado por normas jurídicas.³¹⁷

Com efeito, no *Welfare State*, o Estado tomou ciência definitiva de que a desigualdade real estava cada vez mais distante da igualdade jurídico-formal enunciada no momento anterior, compreendendo, por exemplo, que os interesses do consumidor estavam completamente sujeitos ao poder econômico das empresas. Frente a um dos maiores problemas da teoria contratual da época, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos, a intervenção estatal pela via legislativa ou judicial mostrou-se essencial.³¹⁸

Na medida em que atacou diretamente o pilar de toda a teoria contratual clássica, por mitigar o “dogma da vontade”, por “dessacralizar a vontade”, o dirigismo contratual recebeu fortes críticas, dentre as quais se destaca a elaborada por Grant Gilmore, autor norte-americano que, na década de 70, afirmou peremptoriamente que *o contrato estava morto*, fadado a ser

³¹⁵ “Advoga-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e sobrepõe-se o espírito da socialidade e da justiça social ao do puro individualismo dos Códigos Civis, exigindo-se destes não mais a tradicional postura dogmática adequada ao Estado de Direito, mas o caráter instrumental de utilidade próprio do Estado Social. Ora, a passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz ao declínio da concepção liberal da economia e a uma consequente crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente da doutrina marxista.” Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016, p. 14.

³¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3. p. 739-754. jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso 15/11/2016, p. 7

³¹⁷ STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992, p. 15.

³¹⁸ “El liberalismo identifica o confunde la igualdad formal o jurídica, con la igualdad real o de fuerzas, a punto tal que lo que se dio en denominar ‘liberdade contractual’, finalmente devino en trampa para el contratante carente de poder de negociación. La consecuencia previsible consistió en que el Estado (el legislador y el juez) limita el principio con el propósito de proteger a los débiles, pues ell importa la defensa de libertades y derechos tanto o más esenciales que el de contratar.” Cf. STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992, p. 35-38.

absorvido pela responsabilidade civil. Para o autor, a teoria do contrato havia definhado paralelamente ao declínio do liberalismo econômico, do *laissez-faire*, representando um mero reflexo da passagem do individualismo para o *Welfare State*.³¹⁹

Ocorre, contudo, que o contrato não morreu. Segundo Atílio Alterini e Roberto Cabana, a chamada “crise do contrato” não reflete o verdadeiro fenômeno: trata-se, em verdade, da crise da autonomia da vontade. A expressão “crise do contrato”, portanto, deve ser compreendida como “mudança do contrato”, posto que esse instituto não se encontra em desuso, pelo contrário, está vigorosamente vigente como fonte obrigacional. Desse modo, o que está em “crise” é a autonomia da vontade, tal qual era compreendida na teoria liberal do contrato. A decadência não é do contrato, mas tão somente da liberdade contratual absoluta.³²⁰

O fenômeno do dirigismo contratual, portanto, originou a crise da autonomia da vontade, que foi sucedida pela autonomia privada, vestimenta jurídica da liberdade negocial, agora limitada principalmente pela noção de ordem pública econômica, que pode ser de proteção, caso no qual se tende a resguardar o contratante débil e o equilíbrio contratual, ou de direção, hipótese em que a legislação contribui para a realização de certos objetivos econômicos almejados pelo Estado.³²¹

É importante compreender que as limitações à liberdade contratual, à autonomia da vontade, sempre existiram – lembremo-nos do exemplo de Ripert acima transcrito, ou do exemplo básico de que são nulos os contratos que disponham sobre objeto ilícito. Ocorre, entretanto, que elas se realçaram na atualidade, abrangendo tantos novos campos e interesses quanto foram atribuídas novas funções ao Estado, na missão de intervir para buscar justiça social. O princípio da liberdade contratual, assim, ainda é o fundamento basilar dos contratos.³²²

³¹⁹ GILMORE, Grant. **La morte del contratto.** Trad. Andrea Fusaro. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 85-86. O autor inicia sua Introdução afirmando que o contrato está morto e encerra sua conclusão indagando se, apesar de morto, os ventos da primavera não poderiam inesperadamente trazer a ressurreição. Interessante notar, também, que Grant Gilmore relaciona claramente a morte do contrato com a percepção, no século XX - ao contrário do século XIX -, de que um sistema contratual em que todos são autorizados a perseguir seus próprios interesses, mesmo à custa dos demais, funcionará, em última instância, para o benefício dos ricos e poderosos, que estão em condições de cuidar de si mesmos e, portanto, para garantir seus próprios interesses, ao passo que aos pobres só restaria a liberdade de serem abusados economicamente.

³²⁰ ALTERINI, Atílio A; CABANA, Roberto M. López. **La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 13-14.

³²¹ ALTERINI, Atílio A; CABANA, Roberto M. López. **La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 38-39.

³²² LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In. DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). **O Direito Civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 339-341. Francisco Amaral também concorda com essa posição, ao afirmar que, apesar da redução de seu campo, a autonomia privada permanece como princípio fundamental do Direito Privado. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016, p. 15.

Os efeitos do dirigismo contratual, enquanto estabelecem limites (dirigismo negativo), ou determinam conteúdo do contrato (dirigismo positivo), nos faz compreender que uma determinada parcela do contrato não é produto da autonomia negocial, mas sim da “heteronomia da vontade”, que poderá ser anterior ou concomitante com a formação do negócio jurídico, a depender do tipo de efeito pretendido, se limitar, incentivar ou compor o contrato.³²³ Segundo Enzo Roppo,

*Normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos administrativos das autoridades administrativas são, portanto, os agentes típicos das limitações impostas à liberdade contratual dos particulares. Conjuntamente com a vontade das partes, que exprime o respectivo poder de autonomia, eles constituem as fontes do regulamento contratual, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias, em diferentes medidas, concorrer.*³²⁴

O contrato do paradigma social, o contrato solidarista, funcionalizado em prol de interesses sociais, portanto, é formado por duas vontades: a autônoma e a heterônoma.³²⁵ O contrato, a partir do momento em que deixou de ser interessante somente às partes contratantes, passou a se configurar um importante elemento social, uma instituição. Nesse espeque, o contrato deixou de exercer somente a função de instrumento de circulação de riquezas entre as partes envolvidas, para exercer, também, função social.³²⁶ Toma corpo, nesse momento, o princípio da função social dos contratos, para o qual nos remetemos abaixo.

³²³ LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In. DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 345.

³²⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 140.

³²⁵ Lorezentti também afirma que a autonomia privada não é autossuficiente: “El consentimiento no es un texto normativo autosuficiente. Hay que integrar, tipificar, y recurrir a un sin número de disposiciones complementarias que no surgen de la voluntad de las partes. La mayoría de los conflictos no se resuelven con la sola lectura de la obra de los contratantes. La lectura de la jurisprudencia revela hasta qué punto las partes han realizado una obra inconclusa. El juez convoca permanentemente a la ley, los principios generales, los precedentes judiciales, a fin de desarrollar el programa privado o bien para rectificarlo.” Cf. LORENZETTI, Rírcardo Luiz. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. In. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. vol 2, p. 279-300, out./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016, p. 4.

³²⁶ “Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na autorregulação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circulação possa representar, por ser o meio mais adequado à satisfação das necessidades sociais, com vistas ao bem-comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justiça social, ideia essa que ‘se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional’.” Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016, p. 16.

2.4.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato vem expressamente prevista no art. 421 do Código Civil brasileiro. Embora não tenhamos ainda tratado da “recodificação do direito privado”, questão a ser abordada no terceiro capítulo, o tema da função social do contrato é próprio do paradigma do Estado Social, o que justifica, aqui, essa abordagem.³²⁷ Como veremos, o tema da função social dos contratos tem amplitude suficiente para ser objeto de inúmeras teses, o que impossibilita, portanto, uma análise profunda e que abranja todo o seu conteúdo. Desse modo, nos limitaremos a três pontos principais, com maior enfoque no primeiro: a) analisaremos a influência da função social sobre o próprio conceito de contrato – enquanto espécie de negócio jurídico -, o que refletirá na revisitação do fundamento de sua tutela, conferindo novos contornos ao princípio da obrigatoriedade dos contratos; b) abordaremos a eficácia interna da função social do contrato, questão importante à autonomia privada e, por fim; c) exporemos as principais questões acerca de sua eficácia externa, o que também refletirá no princípio clássico da relatividade dos efeitos contratuais. Vamos ao estudo!

Segundo Enzo Roppo, a teoria da declaração representou uma evolução em relação à teoria da vontade, em razão do fenômeno da “objetivação do contrato”. Com efeito, segundo a teoria da vontade, as consequências do contrato deveriam ser exatamente conforme aquilo que fora mentalmente representado pelas partes, pois valorizava-se a psique dos contratantes acima de tudo. Tal modelo foi apto a fornecer respostas ao modelo capitalista incipiente, onde as trocas, no geral, eram bem ponderadas e reservavam um caráter de pessoalidade. Com a extremada evolução da economia capitalista de trocas, contudo, essa teoria não foi capaz de satisfazer as exigências da economia massificada, dos contratos impessoais e de adesão. No sistema de produção, circulação e consumo de massa, fez-se imperativo garantir a celeridade e a segurança das contratações. É nesse momento que ocorre a passagem da teoria da vontade à teoria da declaração, a qual confere prevalência não àquilo que mentalmente foi construído pela parte, mas àquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contratante. A razão de ser da teoria da declaração é tutelar a confiança da parte contratante que recebeu a declaração,

³²⁷ Acerca da previsão do art. 421 do CC: “Tal conquista não tem sido exatamente uma novidade, surgindo mais como uma confirmação, tardia, da inadequação do domínio do princípio da autonomia da vontade, que já havia perdido seu poder absoluto graças à força criativa da doutrina e da jurisprudência; não pode ser desconsiderada no potencial de transformações que poderá produzir no Direito Contratual futuro, principalmente como marco para integração de um novo sistema para o Direito Privado, mesmo para os conservadores mais renitentes.” Cf. SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

e isso só é possível se se considerarmos somente os elementos exteriores, isto é, a declaração exteriorizada da vontade, e não os elementos interiores, a exemplo da reserva mental.³²⁸

Na perspectiva do voluntarismo jurídico, de origem kantiana, os efeitos jurídicos expressos e implícitos do contrato deveriam ser tutelados por decorrerem da vontade, o que, do ponto de vista econômico, estava em sintonia com o liberalismo. Em decorrência da crise do liberalismo e da concepção voluntarista do contrato, passou-se a se reconhecer que o fundamento dos contratos não mais seria a vontade em si, mas sim a concepção de que o ordenamento jurídico atribui às partes o poder de se autorregulamentarem, pelo exercício da autonomia privada. A autonomia privada, portanto, é uma concessão do ordenamento ao particular, visão oposta à da autonomia da vontade, que era concebida como poder anterior ao próprio ordenamento. Assim, a vontade do particular, seja a vontade real pela teoria da vontade, seja a vontade exteriorizada pela teoria da declaração, passa a ser somente um requisito de existência do contrato, e não mais o fundamento de sua tutela.³²⁹

O fundamento da tutela estatal ao contrato, agora, passa a ser a sua importância social, isto é, o seu papel enquanto instituição social, apta a exercer função social.³³⁰ Não sendo mais

³²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 297-301. Quanto à “objetivação do contrato”, Roppo constrói o conceito de “contacto social”, segundo o qual os contratos massificados e de adesão, cuja maioria tem por objeto a prestação de bens e serviços de consumo, são verdadeiros *contratos automáticos*, onde ocorre a completa despersonalização das relações contratuais, cujo maior exemplo é a *contratação standartizada*, que ocorre através do emprego de cláusulas contratuais gerais predispostas antecipadamente por somente uma das partes contratantes e sobre as quais a outra parte apenas demonstra ou não sua aceitação, que se resume num simples ato de *adesão* mecânica e passiva. Esse ato de adesão distancia-se do conceito de declaração de vontade típica do liberalismo individualista, onde o contratante exerce sua liberdade contratual pautado na racionalidade, para se traduzir num *comportamento socialmente tipificado*. Assim, contratos formados sob essas condições não se formam pelo encontro das declarações de vontades das partes contratantes (no sentido original), mas sim com base no *contacto social*. Por *contacto social*, portanto, compreende-se “[...] o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de facto, operações económicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com valor de aceitação [...].” Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 301-304.

³²⁹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112-113.

³³⁰ Tivemos a oportunidade, no item 1.4.1 *supra* de analisarmos, ainda que suscintamente, a teoria da vontade e a teoria da declaração com seus respectivos desdobramentos, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança. As teorias divergiam somente sobre qual elemento deveria prevalecer, se a vontade interna ou a vontade declarada. Naquele momento, reproduzimos a crítica de Antonio Junqueira de Azevedo, segundo o qual essas duas teorias pecavam pelo mesmo erro, qual seja, considerar a existência de dois elementos do negócio jurídico, a vontade e a declaração, quando, em verdade, o que existe realmente, e somente, é a declaração de vontade. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4^a ed. São Paulo: 2002, p. 73 e ss. Ainda quanto às críticas a essas teorias, importa-nos, agora, a elaborada por Fernando Noronha: “O mais importante defeito, porém, da teoria da declaração é que, da mesma forma que a teoria da vontade, também ela vê o contrato como questão privada das partes interessadas, negligenciando o seu papel econômico e social.” NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88. No mesmo sentido, Orlando Gomes, sobre a teoria da declaração: “Concorre a concepção para maior estabilidade das relações jurídicas, mas, nem por isso, se liberta do voluntarismo, porque permanece vinculada àquela idéia própria do individualismo e

a vontade o fundamento da tutela do contrato, o embate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração passa a ser somente um embate sobre a interpretação do contrato: se prevalece a vontade interna ou a vontade externada.³³¹

No contexto até aqui estudado, da passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, limitada pelo dirigismo contratual, bem como pela funcionalização do contrato em prol de interesses sociais, na medida em que o ato entre particulares diz respeito, agora, também à sociedade, é natural que o fundamento da tutela do contrato passe a ser justamente a sua importância socioeconômica, isto é, a sua própria função social. Assim,

As obrigações resultantes de contratos (e de outros negócios jurídicos) valem juridicamente, são tuteladas pela lei, não apenas porque as partes as assumiram (e quer porque as tenham querido, como sustenta a teoria da vontade, quer porque tenha sido nesse sentido a sua declaração, como sustenta a outra teoria), mas principalmente porque interessa à sociedade a tutela da situação criada, por causa das consequências econômicas e sociais que produz.³³²

Consagra-se, portanto, a função social do contrato. O fundamento dessa percepção social é a teoria preceptiva do contrato, fruto da doutrina italiana, sistematizada por Emilio Betti, para quem o negócio jurídico tem verdadeira natureza de *fato social*.³³³ Para Betti, sendo o negócio jurídico um fato social, é preciso que ele seja reconhecido pelo ordenamento jurídico e, como tal, mereça ser tutelado, em razão de sua importância socioeconômica. Trata-se, portanto, de uma exigência de reconhecimento jurídico do fato social.³³⁴ A doutrina preceptiva retira o relevo da vontade interna e da declaração, para exaltar o contrato como fenômeno

correspondente, no domínio econômico, ao *lasseir faire* da Escola Liberal de que os resultados práticos da manifestação da vontade são necessariamente eqüitativos.” Cf. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 11.

³³¹ “In materia di interpretazione dei contratti si riproduce, in dottrina, la contrapposizione che deriva dalla tendenza a concepire il negozio o come atto essenzialmente di volontà riduceno a tale misura i problemi del suo trattamento, o, alternativamente, ad identificarlo com la mera dichiarazione esteriore. Così se, da un lato, si ritiene che oggetto dell’interpretazione sia in definitiva la volontà negoziale, l’attività dell’interprete deve riggersi principalmente alla ricerca di questo interno volere, sostanziandosi nell’accertamento, con tutti i mezzi consentiti del fatto psichico o, comunque, nell’iter psicologico di formazione della volontà (in tal senso v. particolarmente G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, 1947, 223 ss.). Di contro, se si ritiene che l’interpretazione debba cadere prevalentemente sul comportamento esteriore, come si è realizzato nel dato testuale ed in ogni manifestazione esterna relevante, in vista dell’aspettativa che può suscitare, l’attività interpretativa tenderà a concretarsi in un giudizio dal punto di vista oggettivo esteriore del significato del negozio (cfr. particolarmente Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, 335).” Cf. ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L’interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza**. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 100.

³³² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88.

³³³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Fernando de Miranda. vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1969, p. 85 e ss.

³³⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Fernando de Miranda. vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1969, p. 51.

social.³³⁵ Parece-nos pertinente a lembrança, aqui, da concepção de Antonio Junqueira de Azevedo acerca do sistema jurídico como um sistema de 2^a ordem: com efeito, o contrato, antes de ser criação doutrinária ou legislativa, é fato social, apto a ser regulamentado e tutelado pelo ordenamento.³³⁶

³³⁵ “La dottrina *precettiva* muove dal rilievo che la volontà come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile’, e che essa può avere rilevanza giuridica solo in quanto si sai tradotta in un fatto sociale. La nozione di contratto non consiste nell’elemento psicologico della volontà e neppure nel dato materiale della dichiarazione, bensì in um fenomeno viene identificato nella disposizione con la quale il soggetto regola da sè i propri interessi in rapporto ad altri, e cioè appunto nell’autoregolamento.” Cf. BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile III – II Contratto.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 19-20.

³³⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2^a ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 17/05/2016. É necessário, nessa questão, mencionar a posição de Luigi Ferri. Para Ferri, estaria equivocada a concepção de Emilio Betti de considerar o negócio jurídico como fato juridicamente relevante assim como qualquer outro fato social juridicamente relevante, e não como autêntica fonte de direito. Para Betti, o contrato seria um regulamento, mas não um regulamento jurídico desde sua formação. O contrato só se torna jurídico porque o ordenamento assim o reconhece. Ferri se contrapõe, então, à teoria preceptiva de Betti, compreendendo que, se se aceita a autonomia privada como poder atribuído aos indivíduos de criar, modificar ou extinguir normas jurídicas, então se reconhece que as normas contratuais são normas jurídicas. Para Ferri, o negócio jurídico não é um fenômeno social que depois se converte em jurídico, mas sim um fenômeno jurídico que, como qualquer outro, tem uma importância social. Nesse sentido, se o negócio jurídico fundamenta direitos e deveres, isto é, relações jurídicas individualizadas, significa que, assim como a norma legal, essa norma negocial contém imperativos próprios, que não se confundem com imperativos de outras normas, ainda que superiores. Assim, conclui Ferri que pode-se afirmar que todo e qualquer efeito jurídico somente se origina do ordenamento jurídico, que é gênero do qual o negócio jurídico é espécie, isto é, o negócio jurídico compõe o ordenamento jurídico. Cf. FERRI, Luigi. **La autonomía privada.** Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 67-70. A nosso ver, com o intuito de colaborar com a discussão, a questão deveria ser colocada da seguinte maneira: compreendemos, conforme se afirmou acima, baseado nas concepções de Enzo Roppo, Ana Prata e do próprio Ferri, que a autonomia privada é o poder atribuído às partes para a autorregulamentação, isto é, o poder de criarem, modificarem e extinguirem direitos e deveres, *dentro dos limites estabelecidos em lei*. Ocorre, entretanto, que essa autonomia privada, manifestada na *declaração de vontade*, não é, por si só, fundamento para que o negócio jurídico seja digno da tutela estatal, mas tão somente requisito de existência do suposto contrato, de acordo com a concepção de Antonio Junqueira de Azevedo. O que o torna digno dessa tutela, então? Pensamos ser justamente a sua função social. Desse modo, um acordo entre partes, fruto da autonomia privada, que não apresente função social, não se torna digno de receber a tutela estatal, isto é, não se configura um regulamento jurídico. Compreendemos, portanto, que, para que o negócio – contrato – seja um negócio jurídico, é necessário a conjugação de dois elementos: autonomia privada e presença de função social. A autonomia privada, sozinha, não confere juridicidade ao acordo. Concluindo: todo exercício de autonomia privada constitui um *fato*, mas esse exercício só constituirá um *fato social*, digno da tutela estatal, quando estiver acompanhado de uma *função social*. Assim, o negócio só é negócio jurídico e, portanto, *fato social* digno de tutela, quando a autonomia privada apresentar função social. *A priori*, presume-se que o acordo fruto da autonomia privada, compreendida como liberdade negocial a ser exercida nos limites da lei, apresenta função social e é, por isso, negócio jurídico digno de tutela. Esse negócio não produzirá efeitos jurídicos somente na hipótese de se comprovar que não há função social digna de ser tutelada e, portanto, que não configura fato social. Parece-nos que, dessa forma, acabamos por conjugar as concepções de Betti e Ferri, uma vez que, pressupondo a presença de função social no exercício da autonomia privada, o que configuraria esse exercício como fato social, reconhecemo-nos sua juridicidade e, portanto, seu merecimento de tutela; por sua vez, ausente a função social, esse exercício não será um fenômeno jurídico e, portanto, não merecedor de tutela. Ao fim e ao cabo: para que o negócio seja negócio jurídico e, portanto, para que componha o ordenamento jurídico, apto a produzir efeitos jurídicos, é necessário que seja fruto da autonomia privada acompanhada de função social, ao passo que, na ausência desse segundo requisito, o negócio deixa de ser jurídico e, assim, deixa de compor os quadros do ordenamento jurídico, não sendo capaz, por fim, de produzir efeitos jurídicos.

Sendo fato social, o contrato desprende-se das partes contratantes, “ganhando vida própria”. Retomamos, aqui, a noção de “objetivação do contrato”, de Enzo Roppo, para quem o contrato, na moderna economia massificada, exige a máxima estabilidade e continuidade possível, o que perpassa pelo seu “desprendimento” da esfera psicológica e subjetiva da pessoa. O contrato, então, para adequar-se ao moderno sistema de relações econômicas objetivas e impessoais, deve também objetivar-se e tornar-se impessoal, sob pena de perpetuar o anacronismo do modelo liberal de contrato. O contrato deve modificar-se para poder cumprir adequadamente sua função social, qual seja, possibilitar o pleno exercício da autonomia privada – limitada e voltada, também, aos interesses sociais gerais.³³⁷

A importância da sua função social é que fundamenta o dever de tutela estatal, isto é, o princípio da obrigatoriedade do contrato – intangibilidade contratual - agora encontra seu fundamento também na importância social do pacto, aliado ao exercício da liberdade contratual. O contrato, enquanto instituição social, enquanto fato social apto a exercer função social, interessa tanto aos contratantes quanto à coletividade³³⁸. É interesse geral da coletividade (ainda que indireto) que os contratos sejam bem cumpridos e alcancem seus objetivos lícitos, na medida em que isso fomenta a circulação de riquezas e a realização da autonomia privada. A proteção dos contratos é também proteção da coletividade. A sociedade *confia* no contrato, nos contratantes e espera, legitimamente, o cumprimento contratual.³³⁹

³³⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 309-311. Roppo, ainda, faz a seguinte comparação entre os dois modelos de contratos, o subjetivo (liberal) e o objetivo (solidarista), o que parece confirmar o que foi até agora defendido nesse trabalho, da necessidade de se apreender os contextos históricos para a exata compreensão dos institutos específicos de direito privado. Segundo o autor: “Tudo isto tem uma correspondência precisa no plano da história das ideias: se se pretender associar a cada um destes dois modelos o nome de um cientista social (ou ideólogo), parece possível afirmar que o primeiro corresponde à ideia de contrato propagada por Herbert Spencer (1820-1903), o teórico do utilitarismo liberal-individualista, enquanto o segundo reflecte a ideia de contrato adoptada por Émile Durkheim (1858-1817), um dos primeiros sociólogos a ocupar-se da fenomenologia das sociedades de massa.” Cf. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 310.

³³⁸ “Dessa forma, desvendado o substrato teórico da nova legislação social, mostra-se a verdadeira e mais importante quebra de paradigma do que a mera alteração do texto legal, que se revela na concepção do contrato como um fato social orgânico, no mais das vezes normatizado e disciplinado pelo Estado, e não uma criação voluntária auto-interessada das partes.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. In. **Revista dos Tribunais**, vol. 844/2006, p. 85-95, fev./2006. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016, p. 6.

³³⁹ “Proteger o tráfico jurídico é indispensável para a normalização e incremento da circulação de bens e o aprimoramento do bem-estar das pessoas que nele atuam como agentes econômicos (fornecedores, consumidores e civis em geral). É sinal de eficiência da segurança formal e de sua repercussão sobre o mercado e da adequação dos negócios jurídicos nele realizados.” Cf. LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51; “É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas, que constitui, obviamente, interesse social.” Cf. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 16-17.

Fernando Noronha, ao tratar do dever de respeito à palavra dada, em razão do exercício da autonomia privada, como fundamento da força vinculativa dos contratos, ressalta que o principal valor a ser considerado ainda é o da segurança jurídica, de sorte que, “mais importante do que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos.”³⁴⁰ Noronha, portanto, relaciona a força vinculativa do contrato – princípio da obrigatoriedade – à necessidade social de segurança jurídica, de modo que, ao tutelar o contrato, está-se também a garantir sua função social.³⁴¹

É nesse ponto que merece destaque a teoria da confiança, como desenvolvimento da teoria da declaração antes analisada. Essa teoria não se presta, aqui, a explicar a existência ou fundamento do negócio jurídico, como pontua Roberto Senise Lisboa,³⁴² mas sim a explicar um de seus princípios, no caso, o da intangibilidade contratual. Orlando Gomes faz questão de deixar claro que, pela teoria da confiança, também denominada teoria do crédito social, não se tutelam os interesses gerais da sociedade face aos interesses individuais dos contratantes, muito pelo contrário, busca-se a proteção do interesse individual de uma das partes contratantes, aquela que recebeu a declaração de vontade e nela acreditou. Atribui-se valor à aparência da vontade exteriorizada, caso não haja indícios de má-fé naquele que recebeu a declaração e acredita ser verdadeira. Em suma: pela teoria da confiança, em havendo divergência entre a vontade interna e a vontade declarada por um contratante, o outro contratante, que de boa-fé recebeu a declaração, tem direito a ter sua legítima expectativa, gerada pela confiança na declaração, tutelada, prestigiando-se, assim, a segurança jurídica.³⁴³

Com efeito, a teoria da confiança prestigia a declaração de vontade emitida, mas conjuga-a com a expectativa do declaratário de boa-fé. Tal fato propicia maior segurança

³⁴⁰ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94.

³⁴¹ É essa também a percepção de Judith Martins-Costa: “[...] já assentado o capitalismo comercial como base das relações socioeconômicas e transformada a sociedade por conta da instauração do capitalismo industrial, a preocupação se volta mais propriamente à *segurança do trâfico jurídico*: da ênfase no valor *liberdade* como emanação ontológica do indivíduo, que havia marcado o período da Revolução Francesa, se passa a acentuar o valor *certeza* da ordem estabelecida.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 1121-1148, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 4.

³⁴² “Se é correto que o negócio jurídico não pode ser explicado pela teoria da vontade (privilegia-se nela uma etapa anterior à própria declaração de vontade) nem pela teoria da declaração (valoriza-se a manifestação de vontade e de despreza quase que por completo a liberdade individual), também não incumbe às teorias intermediárias (responsabilidade e confiança) fazê-lo. Negócio jurídico não é responsabilidade e nem confiança. Responsabilidade é efeito do descumprimento de uma obrigação, não o acordo que, eventualmente descumprido, enseja o dever de reparação. Confiança é expectativa de conduta, nada tem a ver com acordo. [...] Não há dúvida de que a confiança se constitui elemento a ser considerado na teoria do negócio jurídico, mas não se presta a explicá-lo. [...] Não se confunde, pois, a proteção da confiança com o negócio jurídico.” LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52-55.

³⁴³ GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 15-17.

jurídica no tráfego comercial, contribuindo para que o contrato alcance sua função social. Almeja-se a tutela do direito ao adimplemento da obrigação, em razão da legítima expectativa criada no declaratário de que o contrato seria cumprido.³⁴⁴ A vontade exteriorizada gera, nas palavras de Joaquim de Sousa Ribeiro, uma *impressão do destinatário* e, assim, uma legítima confiança a ser tutelada pelo ordenamento jurídico, pois representa os interesses do declaratário e, também, dos interesses gerais do comércio jurídico, que exige fluidez e segurança.³⁴⁵ Essa responsabilidade do declarante por algo que não foi internamente querido, mas que fora externamente representado, ainda que de boa-fé, compõe mais um traço da autonomia privada, que não pode ser considerada de forma apenas unidimensional, composta exclusivamente pela vontade, mas sim de modo pluridimensional, onde, além de instrumento de realização da personalidade individual, também é pressuposto da ordem socioeconômica e, portanto, responsável por uma função social.³⁴⁶

³⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-50.

³⁴⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 243.

³⁴⁶ É interessante, quanto a essa pluridimensionalidade da autonomia privada, a diferenciação formulada por Joaquim de Sousa Ribeiro quanto aos termos autodeterminação e autorresponsabilidade. Para o autor, o campo de atuação da autodeterminação é sempre também campo da autorresponsabilidade, porque “[...] o exercício da primeira da azo, não só a autovinculações, mas também a imputações de resultados jurídicos negociais, como forma de responsabilidade pela declaração.” Entretanto, a recíproca não é verdadeira, uma vez que o indivíduo poderá ver-se autorresponsável por um ato que não pretendeu, que não foi fruto da autodeterminação ou que foi fruto de uma autodeterminação errônea. Esse ato, do ponto de vista da autodeterminação, é um ato falho. Entretanto, esse ato “se mantém de pé” devido “[...] à actuação vigilante do princípio corretivo da autorresponsabilidade, tutelador da autodeterminação e da confiança da contraparte.” Assim, pela autorresponsabilidade, o sujeito poderá responder por um ato mesmo quando sua autodeterminação é falha, o que, sem dúvida, mostra-se uma construção “violadora” do “dogma da vontade” do período liberal individualista. Amparado em Menezes Cordeiro, o autor cita o exemplo do erro irrelevante, que não preenche os requisitos do art. 247º do Código Civil português, hipótese em que se produzirão os efeitos não queridos pelo contratante, “ao arrepio da autonomia privada”. Em suas palavras: “Nem todos os efeitos jurídico-negociais promanam da vontade do vinculado, não competindo ao ordenamento um seguidismo absoluto em relação ao significado atribuído pelo próprio à sua conduta. [...] Eles têm que se submeter aos critérios sobredeterminantes do ordenamento, delineados por uma bitola de apreciação que também tem em conta interesses que estão fora do raio de acção da vontade individual do declarante.” Adiante, Ribeiro complementa esse raciocínio por meio da diferenciação entre os conceitos de autodeterminação e autonomia privada, o que “[...] ajuda a compreender como o negócio jurídico e a autonomia privada podem conviver com outros princípios, sem desvirtuação, e sem necessidade de se expurgar do campo negocial tudo o que não tenha a ver com a vontade dos sujeitos envolvidos. A autonomia privada, nesta perspectiva, é um ‘aglomerado de diferentes valorações’ [...] sem prejuízo de o ponto de vista da autodeterminação (quer numa óptica pessoal quer como elemento de um sistema económico) desempenhar um papel fundamental no seu reconhecimento.” Em seguida, o autor arremata a questão criticando a concepção tradicional do negócio jurídico, cuja toda construção dogmática foi realizada no singular, levando-se em conta somente o sujeito da declaração, enquanto que, estruturalmente, o negócio jurídico é formado por dois sujeitos, simultaneamente declarante e declaratório, de modo que o princípio voluntarístico sempre deixaria de fora um desses sujeitos. Baseado em Enzo Roppo, reconhecendo o processo de “objetivação do contrato”, mas ressaltando que, ao menos no ordenamento jurídico português, a figura central do negócio jurídico não estaria em decadência, Ribeiro conclui, por fim, que “[...] a tutela que o objectivismo consubstancia é caracterizada unicamente como protecção da confiança, como se a declaração fosse para o declaratório, sempre, apenas um signo, uma mensagem que, uma vez recebida, lhe desperta expectativas fundadas.” Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 243-252.

Percebe-se, portanto, a importância da constatação da função social do contrato. Foi necessário uma revisão dos fundamentos do próprio instituto, bem como da justificativa de sua tutela. O princípio da função social dos contratos exigiu uma nova explicação do negócio jurídico, a qual a teoria preceptiva se propôs a oferecer, bem como nova justificativa ao princípio da intangibilidade contratual, baseada na teoria da confiança e da necessidade de segurança jurídica ao corpo social. Como ensina Pietro Perlingieri, “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.”³⁴⁷

Ocorre, contudo, que o princípio da função social não se esgota somente nesses termos. Vejamos, ainda que sinteticamente, outros desdobramentos desse princípio no direito dos contratos.

Como adverte Francisco Amaral, a função social do contrato, fruto da funcionalização dos institutos de direito civil, deve ser compreendida no contexto ideológico e sistemático em que se desenvolve. Ideologicamente, caracteriza a teorização e prevalência dos interesses sociais (bem comum) aos meramente individuais, reflexo do solidarismo. Sistematicamente, opera seus efeitos nas bases do contrato, como se viu, e na afirmação da pessoa.³⁴⁸ A nosso ver, a função social do contrato tem seu grande mérito na “nova” abrangência do conceito de “pessoa relacionada ao contrato”.

No período liberal, o conceito de parte contratante ou pessoa interessada era restrito, dizendo respeito somente àqueles que participaram da formação do contrato. Tratava-se de uma concepção restrita do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Agora, consagrada a função social dos contratos, esse princípio sofre alterações, em razão do alargamento do próprio conceito de parte contratante ou pessoa interessada. Nesse sentido, o contrato passa a ostentar tanto uma *função social interna*, que diz respeito às partes contratantes, como uma *função social*

³⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

³⁴⁸ “A teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida. E é precisamente o contrato, instrumento da autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida primeiramente no Código Civil italiano, art. 1.322, segundo o qual ‘podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei, e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a realizar interesses dignos de tutela, segundo o ordenamento jurídico’. Do mesmo modo e de forma idêntica a consagra o Código Civil português, no seu art. 405.º, ao dispor que as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato, nos limites da lei, e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo Código, completando-se esse dispositivo com o art. 280.º, que fixa limites ao exercício da autonomia privada, estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. Por seu turno, o projeto de Código Civil brasileiro dispõe, no art. 421, que: ‘A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. Cf. AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016, p. 17.

externa, que se relaciona com a sociedade, com as partes interessadas que não necessariamente participaram da formação do contrato.³⁴⁹

Em que pese a posição de alguns autores contrários ao reconhecimento da eficácia interna da função social dos contratos, a exemplo de Calixto Salomão Filho³⁵⁰ e Humberto Theodoro Júnior³⁵¹, compreendemos, como já exposto em outra oportunidade³⁵², que a eficácia social do contrato se revela tanto a nível interno ao contrato, afetando a relação jurídica entre os dois polos contratante, como a nível externo, relacionando o contrato com a sociedade e com os terceiros interessados.³⁵³ A nosso ver, ao contrário do que afirmado pelos autores citados, a função social do contrato possui campo próprio de atuação no interior da relação jurídica, que não se confunde com os campos de incidência dos princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual.³⁵⁴

³⁴⁹ FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 27-29. Marcelo Benacchio oferece um conceito de parte contratual ligeiramente distinto, à luz do princípio da força obrigatória do contrato, que pode ser oriunda da vontade ou da lei. Em suas palavras: “Parte, enfim, é todo aquele que está sujeito ao efeito obrigatório interno do contrato, por sua vontade ou por normas jurídicas que assim o determinem, em vista da utilidade social do instituto jurídico do contrato. Terceiro é o que não tem a condição de parte em uma relação jurídica contratual e, assim, não está sujeito aos efeitos internos do contrato.” Cf. BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

³⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3, p. 655-682, jun./2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 678-679.

³⁵¹ THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41.

³⁵² “Questão polêmica na doutrina diz respeito à eficácia interna da função social dos contratos, isto é, se ela existe, ou se o termo ‘função social’ diz respeito somente à análise dos efeitos externos ao contrato, não englobando seus efeitos internos. Dentre os autores que militam em desfavor da eficácia interna da função social, cita-se Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual, ‘Quando o art. 421 do Código brasileiro fala em ‘função social’ para o contrato está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros’. Os autores que militam nessa corrente – de ineficácia interna da função social – utilizam principalmente o seguinte argumento: a relação interna já está regulada pelos princípios da boa-fé objetiva e pela justiça contratual, de modo que, ao inserir a função social também no âmbito interno, ocorreria uma sobreposição de princípios, o que acabaria por prejudicar a aplicação dos dois princípios anteriores.” Cf. BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. In. **Revista de Direito Privado** vol. 58/2014, p. 111-137, abr.-jun./2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124-125.

³⁵³ Ao nosso sentir, esta também é a posição de Judith Martins-Costa quando, ao analisar o significado da expressão “em razão”, da redação do art. 421 do CC, conclui que o referido dispositivo legal permite várias eficáncias, compostas de dois grupos: eficáncias intersubjetivas, que operam efeitos somente entre as partes, e eficáncias transsubjetivas, que externam os efeitos do contrato para a esfera de terceiros. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV.** v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-princípio-funcao-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 50.

³⁵⁴ “Pois bem, enquanto o princípio da boa-fé objetiva atua sobre a conduta dos contratantes, exigindo Eticidade, o princípio da justiça contratual atua sobre o objeto do contrato, em sua conotação objetiva, isto é, preocupa-se com o equilíbrio contratual, com o sinalágma que deve haver no contrato, tratando do aspecto quantitativo das prestações assumidas pelos contratantes. A função social, em sua eficácia interna, atuará, ao nosso sentir, no aspecto qualitativo das prestações assumidas pelos contratantes, isto é, servirá como filtro ao conteúdo material da prestação, de modo que não serão admitidos contratos cujos objetos sejam ofensivos à dignidade de um ou de todos os contratantes.” Cf. BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva

Nossa percepção acerca da eficácia interna da função social do contrato parece estar corroborada no pensamento de Claudio Luiz Bueno de Godoy, que expressamente reconhece sua incidência *inter partes*, na medida em que o contrato deve proporcionar às partes contratantes os valores socialmente desejados, como igualdade substancial, justiça distributiva, etc. A função social do contrato, para o autor, incide primeiro nas próprias partes, para depois projetar-se sobre o corpo social. Junto aos interesses metaindividuais da sociedade, há os interesses individuais dos contratantes, notadamente os relacionados à dignidade e personalidade, que devem ser tutelados e promovidos.³⁵⁵ A função social dos contratos, em sua eficácia interna, portanto, representa mais um limite à autonomia privada. Enquanto mitigação da autonomia privada, a função social interna configura também um abrandamento da força obrigatória do contrato, tendo em vista que atua como limites às cláusulas abusivas que, ainda que aparentemente “cláusulas legais”, apresentam, em verdade, conteúdo ofensivo à dignidade do contratante.

Feita a brevíssima menção ao embate doutrinário acerca da função social interna dos contratos³⁵⁶, bem como ao que seria seu conteúdo, passamo-nos agora a analisar os desdobramento de sua eficácia externa.

Judith Martins-Costa, compreendendo o contrato como fato social, afirma que, invariavelmente, tais fatos sociais afetarão, em graus e medidas diversas, terceiros que não participaram de sua formação. Devemos compreender, portanto, o fenômeno da transindividualidade dos efeitos do contrato. Para a autora, esse fenômeno se divide em três grandes grupos: a tutela externa do crédito, a interdependência funcional entre vários contratos e a projeção de efeitos sobre terceiros não determinados ou a bens fundamentais da

civil-constitucional. In. **Revista de Direito Privado** vol. 58/2014, p. 111-137, abr.-jun./2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125-126.

³⁵⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132-134. Não foi outra a nossa conclusão: “Desse modo, a função social do contrato, através de sua eficácia interna, restringe a autonomia privada dos contratantes, estabelecendo limites quanto ao conteúdo material das prestações. Tais limites se referem, basicamente, à preservação da dignidade humana e, como consectário lógico, a preservação dos direitos da personalidade. A autonomia privada não engloba a possibilidade de disposição desses interesses constitucionalmente protegidos – dignidade e personalidade.” Cf. BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. In. **Revista de Direito Privado** vol. 58/2014, p. 111-137, abr.-jun./2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

³⁵⁶ Acerca desse embate doutrinário, importante mencionar o Enunciado nº 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que reza o seguinte: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”

comunidade.³⁵⁷ É nesse ponto que se opera a revisão do princípio clássico liberal da relatividade dos efeitos contratuais.³⁵⁸

É indiscutível, nos dias atuais, a necessidade de se revisar os conceitos de “parte” e “terceiro”, seja para permitir a atenuação do efeito relativo dos contratos, de forma a obrigar o contratante frete a terceiros, seja para reconhecer a existência de “terceiros qualificados”, os quais, mais do que respeito ao contrato (condutas negativas), lhe devem obediência (condutas positivas).³⁵⁹

Sendo o contrato um fato social, uma instituição que diz respeito não somente aos contratantes, mas a toda a coletividade, é natural que o conceito de “parte” ou de “interessado” sejam revisitados, afinal, a função social fez com que se transcendessem seus efeitos para além da esfera individual dos contratantes.³⁶⁰ Passamo-nos à breve análise das três hipóteses gerais de eficácia externa da função social do contrato, a fim de que a mitigação do princípio da relatividade contratual se mostre mais evidente.

A primeira hipótese, traduzida por Martins-Costa como a tutela externa do crédito, é chamada por Teresa Negreiros de “credor prejudicado pelo comportamento do terceiro”.³⁶¹ Nessa hipótese, analisa-se a responsabilidade de um terceiro que contribui para o

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-principio-funcao-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 54-58.

³⁵⁸ Por todos, vide GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134 e ss. Em suas palavras: “De pronto vale dizer que essa face externa da função social do contrato, essa sua eficácia social, como se prefere dizer, significa flagrante corte no elastério clássico de um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade. Conforme seus termos, em rigor o contrato não prejudica nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato, como sempre se disse, é *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*). Todavia, em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, o princípio da relatividade sofre, ou deve sofrer, uma nova releitura, por isso que pode ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. [...] De qualquer forma, importa é considerar que o contrato em hipótese alguma pode ser considerado indiferente à sociedade em cujo seio se insere. A nova teoria contratual impõe-se o compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe se compreenda sua interferência na esfera alheia.”

³⁵⁹ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 62.

³⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223. É esse também o entendimento de Luis Renato Ferreira da Silva: “Ora, aceitando-se a idéia de que o contrato é um elo da cadeia econômica e que transcende, desta forma, os interesses exclusivos dos contratantes (ainda que primariamente seja construído a partir e para estas vontades), acaba-se por ter de admitir que a função social faz com que se tenha que pensar em uma minoração da idéia de relativismo.” Cf. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 158.

³⁶¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 240. Em estudo anterior, denominamos essa primeira hipótese de “terceiro ofensor”, e as demais de “terceiro ofendido” e “ofensa a interesses metaindividualis”. BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. In: **Revista de Direito Privado** vol. 58/2014, p. 111-137, abr.-jun./2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128-134.

descumprimento de um contrato do qual não participou.³⁶² O *leading case* brasileiro envolvendo essa hipótese é o famoso parecer de Antonio Junqueira de Azevedo sobre os contratos de exclusividade que as distribuidoras de gasolina mantêm com os postos que utilizam sua “bandeira”. O autor concluiu que, em razão da função social dos contratos, as demais distribuidoras que celebraram contratos com os postos “bandeirados” acabaram violando o contrato originário entre os postos e a distribuidora representante da “bandeira”.³⁶³

Teresa Negreiros traz o exemplo do terceiro que contrata a revelação de informações sigilosas de uma pessoa que, em razão de um contrato anterior, tinha a obrigação de não-fazer de não revelar as informações privilegiadas.³⁶⁴ O terceiro, nesse caso, atua positivamente para o inadimplemento do primeiro contrato, o que configura violação da função social do contrato pela modalidade “terceiro ofensor” ou “terceiro cúmplice”.³⁶⁵

Significa isso dizer que o contrato formulado entre os contratantes deve ser respeitado pelos terceiros que de sua formação não participaram, o que contraria o princípio clássico da relatividade dos efeitos contratuais, uma vez que, por esse princípio, o terceiro não poderia, juridicamente, interferir com o crédito alheio e, portanto, a ele não estaria vinculado ou

³⁶² “[...] a responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual encontra-se bastante difundida em países como a França, Inglaterra, Itália e Portugal, cuja legislação foi estudada, muito embora a matéria não tenha sido positivada naqueles ordenamentos jurídicos.” Cf. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 116.

³⁶³ Nesse famoso parecer, ficou célebre a afirmação do autor de que “Aceita a idéia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são *partes* no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse. Com muita precisão, os juristas franceses distinguem entre dois termos: relativé (relatividade dos efeitos) e opposabilité (oponibilidade dos efeitos).” Cf. AZEVEDO, Antonio 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 inadimplemento contratual. In. **Revista dos Tribunais**, vol. 750/1998, p. 113-120, abr./1998. Disponível em www.revistadostribunais.com.br. Acesso em 26/11/2016, p. 5. Para uma excelente compreensão desse caso, além da leitura do referido parecer, vide 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, Claudia Lima (org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 209 e ss.

³⁶⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 242-243. Poderíamos trazer, ainda, o famoso “Caso Zeca Pagodinho”, analisado por Martins-Costa, quando uma cervejaria contratou o cantor, “atravessando” o contrato anterior do mesmo cantor com outra cervejaria. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro. *Migalhas*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro\]](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro].). Acesso em: 29/07/2013

³⁶⁵ “A doutrina do terceiro cúmplice funda-se num preceito ético de inegável alcance solidário. A violação ao direito das partes pela interferência indevida do terceiro pode e deve ser reparada.” Cf. RODRIGUES JR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 1225-1250, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br. Acesso em 26/11/2016, p. 11.

responderia civilmente.³⁶⁶ O contrato, assim como pontuado por Junqueira de Azevedo no citado parecer, em razão do princípio da função social, possui oponibilidade frente a terceiros, algo semelhante ao que ocorre com os direitos reais, que estipulam um dever geral de cautela, de não lesão.³⁶⁷ Trata-se, com efeito, da função social do contrato enquanto proteção do próprio contrato, cuja formação e adimplemento são benéficos à sociedade.³⁶⁸⁻³⁶⁹

A segunda hipótese da eficácia externa da função social dos contratos revela-se a situação contrária à primeira, qual seja, a de que o contrato originário prejudique os interesses de terceira pessoa que não participou de sua formação. Martins-Costa relaciona essa hipótese, de *eficácia na esfera de terceiros determinados*, às chamadas redes contratuais, onde diversos contratos, formados por pessoas distintas, possuem uma independência funcional, em que o descumprimento de um contrato específico pode causar efeitos danosos nos demais, que não tiveram relação com o próprio inadimplemento.³⁷⁰

³⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV.** v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-princípio-funcao-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 55.

³⁶⁷ Segundo Hugo Evo Magro Urbano, “Em suma, a possibilidade de um terceiro lesar um direito de crédito é uma realidade inegável e que vai de encontro aos valores protegidos pelo Direito, inclusive o vigente no Brasil. A constatação de que o direito de crédito, enquanto direito subjetivo, traz em si o dever de respeito já é suficiente para conferir-lhe proteção, que se concretizará com o conhecimento pelo terceiro de sua existência. [...] O fato de apenas o devedor encontrar-se adstrito a cumprir a prestação não significa que terceiros não se devam abster de interferir sobre ele judicialmente.” Cf. URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3. P. 1053-1100, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016, p. 31.

³⁶⁸ “[...] se o contrato tem relevância social, todos devem laborar para a sua fiel e exata execução, ainda que não tenham manifestado sua vontade para a conclusão do negócio. [...] Assim, torna-se imprescindível o reconhecimento de efeitos internos e externos ao contrato. Os contratantes podem exigir, uns dos outros, o exato cumprimento das obrigações assumidas. Igualmente, podem reclamar da sociedade o respeito àquela relação. E a oponibilidade implica, justamente, nesse dever negativo de abstenção.” Cf. FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 120-121. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado n. 21 do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”

³⁶⁹ Marcelo Benacchio, em estudo específico sobre o tema, aponta outro fundamento para a tutela externa do crédito. Para o autor, o fundamento da defesa do contrato perante ataques injustos de terceiro é o fato de o contrato configurar *situação jurídica*. Em suas palavras: “O contrato como troca econômica é um fato social e, por reconhecido pela ordem jurídica, é também fato jurídico cujo regramento acaba por caracterizá-lo como situação jurídica, no que concerne à posição de cada parte e mesmo de seu inter-relacionamento, seja na seara dos efeitos internos, seja na dos efeitos externos. Nessa linha, teremos dois campos de eficácia dessas situações jurídicas contratuais, uma que as vincula entre si e se refere aos efeitos internos da relação jurídica, e outra, de nosso particular interesse, que tem relação com a projeção da situação jurídica contratual como objeto de direito, a permitir vinculação com sujeitos externos ao âmbito da relação contratual. [...] Do exposto é que vamos concluir que, possibilitando, o contrato, a constituição de situação jurídica, cabe a sua proteção externa para os ataques injustos, por parte de terceiros, e esse o fundamento de sua defesa – situação jurídica.” Cf. BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86-87.

³⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV.** v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-princípio-funcao-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 56.

Ricardo Luis Lorenzetti, após analisar as teorias acerca dos contratos coligados ou redes contratuais, conclui que a melhor explicação se dá pela teoria que os identifica como um “grupo de contratos unidos por uma operação econômica”, na qual há um negócio jurídico que se desmembra em distintos contratos, coligados entre si. Oferece como exemplo o contrato de compra e venda de equipamentos de computação, onde há, em verdade, variados contratos: compra e venda de *hardware*, de *software* e de assistência. Para Lorenzetti, o enfoque na análise desse fenômeno não pode basear-se no voluntarismo dos contratos individualmente considerados, mas sim na interação econômica efetuada pela rede contratual, de forma objetiva, onde cada contrato é um instrumento específico para a realização global dos negócios.³⁷¹ Com essa compreensão, fica fácil entendermos o porquê de as partes contratantes do primeiro contrato terem responsabilidades perante terceiros, os quais são partes contratantes em um segundo contrato, por sua vez funcionalmente dependente do primeiro.

Para Teresa Negreiros, trata-se da hipótese do “terceiro vítima”, que é aquela pessoa lesada pelo descumprimento de um contrato do qual não teve participação e, para que possa ser resarcida, deverá ser incluída no conceito de “parte”. Opera-se, portanto, um alargamento do conceito de “parte”, para que se compreendam, além das pessoas que manifestaram vontade na formação do contrato, também aquelas que por esse contrato são afetadas.³⁷²

No ordenamento jurídico brasileiro, temos duas expressivas hipóteses legais que consagram essa concepção de “terceiro ofendido”. Ambas constam do Código de Defesa do Consumidor. A primeira, prevista no art. 12 do CDC, diz respeito à responsabilidade solidária do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelo fato (dano) do produto ou serviço causados aos consumidores. Analisemos essa hipótese: o consumidor, geralmente, celebra o contrato de consumo de compra e venda com o vendedor, o comerciante. Entretanto, em caso de dano causado por fato do produto ou serviço, a responsabilidade civil será solidária entre os agentes acima listados. Notemos, portanto, que, apesar do contrato do consumidor ter sido celebrado com o comerciante, o fato do produto causador de dano será considerado como inadimplemento contratual referente ao contrato entre algum daqueles agentes e o comerciante,

³⁷¹ LORENTTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. In: **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 1293-1314, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016, p. 4-9. Segundo Godoy, os contratos coligados ou rede de contratos são os “[...] ajustes interdependentes e inter-relacionados que, podendo vincular pessoas diversas, podem bem fazer-lhes oponível um contrato de que não fizeram parte.” Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.

³⁷² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-231.

de sorte que o consumidor, considerado “terceiro vítima” ou “terceiro ofendido”, terá direito à indenização.³⁷³

A segunda hipótese, mais facilmente concebível, é a do chamado consumidor *bystander*, previsto no art. 17 do CDC, que equipara aos consumidores, para fins de responsabilidade pelo fato do produto, todas as vítimas do evento. Nesse caso, embora o produto ou serviço encontre sua relação jurídica originária entre consumidor e fornecedor, os danos causados pelos seus defeitos a terceiros “alheios” ao contrato originário deverão ser a ele resarcidos. Há uma equiparação legal do terceiro ao próprio consumidor, privilegiando a função social do contrato de consumo.³⁷⁴

Afigura-nos aqui, fortemente, a concepção preceptiva do contrato, compreendido como fato social que deve ser suportado pela sociedade e regulamentado pelo Direito, bem como pela necessidade de segurança jurídica social, uma vez que a sociedade confia no bem cumprimento dos contratos e, uma vez ocorrido o inadimplemento, resta quebrada a confiança tanto social como do próprio contratante, o que não se mostra benéfico ao tráfego jurídico e comercial. Assim se justifica, portanto, a figura do consumidor *bystander* que, enquanto membro da coletividade, confia que o contrato formulado entre consumidor originário e fornecedor seja adimplido corretamente. O acidente de consumo é inadimplemento e, como tal, prejudicial à sociedade, razão pela qual deve ser coibido e corrigido pelo ordenamento.

As hipóteses até agora analisadas trataram dos casos em que o contrato relacionava-se com um *terceiro determinado*, seja o “terceiro ofensor”, seja o “terceiro ofendido”.³⁷⁵ Na terceira hipótese, contudo, trataremos da relação do contrato com *terceiros indeterminados*.

Segundo Martins-Costa, é nessa hipótese que se revela a mais inovadora eficácia do art. 421 do CC, que se estende tanto a *terceiros não-determinados* quanto a *bens de interesse comum*, cujas hipóteses mais corriqueiras e de maior destaque são as que envolvem a proteção

³⁷³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 233-235.

³⁷⁴ “A proteção do terceiro, *bystander*, foi complementada pela disposição do art. 17 do CDC. [...] O art. 17 do CDC tem encontrado excelente aplicação na jurisprudência, muito tendo em vista a solidez da noção de ‘acidente de consumo’, trazida por Antônio Herman Benjamin ao Brasil, que tem sensibilizado o julgador como fato do serviço e do produto na sociedade de riscos brasileira, na exata medida da finalidade do próprio art. 17 do CDC de superar a destinação final do serviço ou produto ou eventuais relações contratuais existentes ou futuras.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 383-384.

³⁷⁵ Sobre o “terceiro ofensor” ou o “terceiro ofendido”, Menezes Cordeiro fundamenta o dever dos contratantes de se comportarem protetivamente a terceiros ou dos terceiros conduzirem suas condutas voltadas a proteger os contratos alheios com base na boa-fé objetiva que, no alargamento dos deveres acessórios, opera como verdadeira regra de conduta a ser observada tanto pelos contratantes como pelos terceiros. Cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 619-625.

e promoção do meio ambiente e da livre concorrência.³⁷⁶ Trata-se, efetivamente, da proteção dos interesses metaindividuals, dos quais são espécies os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, previstos no art. 81 do CDC.³⁷⁷

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais experimenta, nessa hipótese, sua maior mitigação – ou maior alargamento. Segundo Roberto Senise Lisboa, “[...] é terceiro prejudicado – e, portanto, interessado – todo aquele que, embora indeterminado, não é parte no contrato, mas por ele é afetado.”³⁷⁸ Vejamos, então, que até mesmo pessoas indeterminadas possuem, agora, direitos e interesses merecedores de tutela relacionados ao contrato sobre o qual não participaram. Dito de outro modo, um contrato *inter partes*, voltado inicialmente somente para o benefício individual dos contratantes, poderá ser invocado por qualquer pessoa que, por causa dele, tenha sofrido consequências negativas.

Ganham relevo aqui as chamadas “contratações coletivas”, cuja origem remonta ao direito do trabalho, tendo avançado, posteriormente, ao direito do consumidor. Essa modalidade de contratação, por força do princípio da função social, “[...] cria obrigações de ordem contratual para partes que não intervêm diretamente na avença.”³⁷⁹ Notamos, aqui, duas situações: em primeiro lugar, pressupondo a legalidade dessa contratação coletiva, materializa-se a incidência de seus efeitos sobre uma indeterminabilidade de pessoas, mas que poderão determinar-se, a exemplo dos trabalhadores filiados a um sindicato, ou de certos consumidores em relação a determinado produto; em segundo lugar, pressupondo a ilegalidade dessa avença, há a violação de interesses metaindividuals (coletivos, difusos ou individuais homogêneos), de modo que pessoas indeterminadas serão afetadas pelo contrato.

Com efeito, nessa terceira modalidade de eficácia externa da função social do contrato se revela com afinco a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais – solidarismo

³⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-princípio-função-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 56-58.

³⁷⁷ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

³⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 59.

³⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: A função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 388.

jurídico -, uma vez que os contratos entre particulares são tanto limitados pelos interesses metaindividuais como são por eles guiados, é dizer, os contratantes terão de adotar não só uma postura negativa, mas também uma postura positiva em relação a esses interesses – funcionalização do contrato -, o que lhes impõe, segundo Martins-Costa, legítimos deveres de atuação.³⁸⁰

Após a análise das duas eficácia da função social, interna e externa, bem como as modalidades dessa última, é possível, agora, concordarmos com a seguinte definição desse princípio, proposta por Jorge Cesa Ferreira da Silva:

Assim, visando a estabelecer um perfil conceitual do princípio da função social, *pode-se dizer que ele é o que impõe a observância das consequências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.*³⁸¹

A função social dos contratos, como se viu, operou profundas modificações na concepção do direito dos contratos – no direito privado em geral. Influiu na teoria do negócio jurídico, conferiu novo fundamento à obrigatoriedade do contrato, representou mais um limite à autonomia privada, e modificou o princípio da relatividade dos efeitos contratuais.³⁸²

Cientes de que não exaurimos seu conteúdo, pedimos licença para passarmo-nos ao próximo princípio contratual do paradigma social.

³⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-princípio-função-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016, p. 56.

³⁸¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 132.

³⁸² “Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificante da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supra individuais – repita-se ainda uma vez -, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada. [...] A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras. [...] Em síntese apertada, o debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro insere-se no âmbito deste processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete verificar o merecimento de tutela dos autos de autonomia privada, os quais encontrarão proteção do ordenamento se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes, perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses, mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção dos valores constitucionais.” Cf. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 402-405.

2.4.3 JUSTIÇA CONTRATUAL

Como se viu no primeiro capítulo, na perspectiva do Estado Liberal, época em que os direitos fundamentais exerciam somente a função de defesa e, assim, havia uma nítida separação entre o público e o privado, vigorava de forma absoluta o princípio da igualdade formal dos contratantes que, enquanto sujeitos de direito livres e racionais, tinham a livre escolha de vincular-se uns aos outros por meio de contratos, estipulando seu conteúdo da forma como melhor lhes aprouvessem. É nesse ambiente que se afirmava “quem diz contratual, diz justo”.³⁸³

A justiça contratual – equilíbrio contratual, equivalência das prestações³⁸⁴ - estaria garantida, assim, se estivessem garantidas a livre autonomia da vontade e a igualdade formal – perante a lei – dos contratantes. Isso demonstra, segundo Fernando Noronha, ao contrário do que comumente se afirma, que os juristas positivistas liberais se preocupavam sim com a justiça contratual no paradigma liberal: ocorre, entretanto, que a concebiam em termos hoje totalmente inaceitáveis ou, pelo menos, insuficientes. A justiça contratual foi vista, assim, por duzentos anos, em termos formais, configurada na igualdade de oportunidades, não importando as diferenças socioeconômicas entre os contratantes.³⁸⁵

No período social, a igualdade formal cedeu lugar à igualdade substancial, no processo pela busca da justiça social. Não foi diferente, também, em relação à justiça contratual. Antes meramente formal, preocupada com o processo de formação do contrato, agora passa a ser vista sob a perspectiva substancial, buscando assegurar o efetivo equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada uma das partes contratantes. É nesse sentido que se considera o princípio da justiça contratual.³⁸⁶ Segundo Fernando Martins,

³⁸³ Vide o Capítulo 1, especialmente itens 1.2 e 1.3 *supra*.

³⁸⁴ O termo “princípio da justiça contratual” é utilizado por Fernando Rodrigues Martins e por Fernando Noronha. Por outro lado, Andrea Cristina Zanetti denomina-o “princípio do equilíbrio contratual”. Por fim, Karl Larenz utiliza a expressão “princípio da equivalência nos contratos sinalagmáticos”.

³⁸⁵ Noronha nos informa, ainda, que raras foram as vozes discordantes nesse período liberal, dentre as quais se destacaram as de Jhering, para quem a justiça estava acima da liberdade, e de Gounot, segundo o qual a vontade deveria adequar-se ao justo, e não cria-lo. Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 218-219.

³⁸⁶ Segundo Noronha, a justiça substancial deve presumir-se da justiça formal. Em suas palavras: “[...] em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma equitativa. [...] Tal presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo das partes, consubstanciado no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseia não se verifiquem – como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como

De qualquer forma, fica a ideia de que a construção da justiça contratual no Estado liberal deu-se de forma mais acendrada através do subjetivismo kantiano, o qual se procurava tangenciar o justo ou o injusto por meio dos defeitos do estado de espírito (vício do consentimento), ou seja, na vontade, conforme apregoou Werner Flume. Para o Estado social, nos termos da teoria contemporânea de Zweigert e Kötz, é a justiça contratual – tendo por vedor a igualdade absoluta – a única figura que se posta como princípio material do funcionamento do direito dos contratos.³⁸⁷

Com efeito, como se demonstrou no início desse Capítulo 2, os fundamentos do Direito liberal contribuíram para uma extrema desigualdade social, fruto da virtual liberdade e igualdade entre os contratantes. O poder de fato do contratante forte aniquilava o poder de direito do contratante débil, que não podia efetivamente decidir sobre o conteúdo contratual. O Direito, no paradigma social, foi chamado a corrigir essa situação. Nesse sentido, Karl Larenz trabalha com o princípio da equivalência nos contratos sinalagmáticos.³⁸⁸

Após analisar a posição dos autores do BGB e da concepção de Flume, para quem a justiça contratual deveria ser reflexo da autonomia da vontade dos contratantes, cujo único limite seria os bons costumes e, portanto, questão *interna corporis* ao próprio contrato, o que impediria qualquer interferência externa a seu respeito, Larenz explica a posição contrária, capitaneada por Schmidt-Rippler, segundo o qual o contrato, enquanto norma jurídica especial entre as partes, deveria atender, como qualquer outra regulação jurídica, às exigências de justiça, que se concretizaria em dois momentos: inicialmente, como a concreta justiça ética em sentido estrito e, em segundo momento, como a conveniência do conjunto de interesses contemplados. Larenz, adiante, afirma peremptoriamente que “No se puede considerar ‘equitativa’ la determinación llevada a cabo cuando la contraprestación exigida excede claramente de la prestación realizada.”³⁸⁹

Significa isso, portanto, que Larenz, em nome do princípio da equivalência das prestações – justiça contratual –, comprehende que o contrato não pode ser considerado justo

acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado seu negócio.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220-226.

³⁸⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163.

³⁸⁸ “En el contrato sinalagmático surge el problema de la relación entre prestación y contraprestación. Regularmente cada uno desea recibir del otro una prestación que sea por lo menos equivalente a la suya. Seguramente cada uno busca también una ventaja especial. Cada uno quiere comprar o vender en los términos más favorables. Pero para cada uno es claro que el otro quiere mantenerse en sus márgenes de gasto y que tiene por esto que ofrecerle algo que considere como un contravalor suficiente. En este sentido se puede decir que es innamericamente al contrato sinalagmático tipo la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, de modo que cada uno pueda encontrar una ventaja.” LARENZ, Karl **Derecho Justo.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 76.

³⁸⁹ LARENZ, Karl **Derecho Justo.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 78-86. Nesse mesmo sentido, Franco Carresi afirma ser relevante o estudo do equilíbrio das prestações especialmente nos casos de contratos celebrados em estado de perigo e em estado de necessidade. Cf. CARRESI, Franco. **Il Contratto.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 348-362.

somente por ter sido obra da vontade dos contraentes, pelo contrário, que a justiça do pacto está condicionada à um balanceamento entre a prestação e a contraprestação.³⁹⁰

No fenômeno de funcionalização do direito, o contrato, no paradigma social, deixa de ter relevância somente para as partes para ostentar posição essencial ao bom funcionamento da sociedade. O contrato justo, portanto, é um contrato benéfico à coletividade. Para que se cumpra a função social, o contrato deve atender ao princípio da justiça contratual.³⁹¹

Nesse sentido, foi preciso estabelecer parâmetros para que se avaliasse a (in)justiça contratual. Larenz, assim, afirma que o preço – aqui entendido como prestação – pode ser considerado justo pela simples observação do funcionamento do mercado, mas desde que o mercado esteja funcionando normalmente. Assim, em momentos de anormalidade do mercado, a exemplo dos monopólios, oligopólios, elevadíssimas flutuações cambiais, etc., não será possível retirarmos os parâmetros objetivos de justiça do preço diretamente do mercado. São nessas hipóteses que o ordenamento jurídico está legitimado a atuar, para que se chegue ao preço adequadamente justo.³⁹²

Considerando, portanto, que a justiça contratual é alcançada através da equivalência entre prestação e contraprestação, e sendo a justiça contratual um pressuposto necessário para

³⁹⁰ “Una de las razones que se esgrime al indagar sobre la fuerza obligatoria del contrato, es que éste es útil, con la condición de ser justo. Lo útil y lo justo aparecen, así, como los principios fundamentales de la teoría general del contrato. A los fines de la cuestión que nos ocupa, es esencial poner de relieve la trascendencia que modernamente alcanza la noción de sinalagma y de su preservación. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos son aquellos que presuponen un intercambio; es la reciprocidad de las obligaciones lo que caracteriza a dicha categoría contractual. Esta correspondencia de deberes es la que hace efectiva (potencia) el intercambio de bienes o de servicios, que es lo que constituye la función económica esencial del contrato. La bilateralidad, el principio comunitativo, el sinalagma, presupone la relación de equivalencia. Cuando aludimos a ella, hacemos referencia, como quedó expresado, al intercambio de prestaciones, cada una de las cuales, a juicio de las partes, es equivalente a la otra. Es inherente al contrato bilateral dar por supuesto que cada contratante obtenga, por su prestación, un equivalente, considerado tal por quien ejecuta la suya.” Cf. STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992, p. 55-56.

³⁹¹ Fernando Martins comprehende a função social como um postulado da justiça contratual, que poderá se verificar em quatro situações: “[...] (i) na exigência de solidarismo para o amparo da dignidade da pessoa humana nas avenças celebradas entre as partes; (ii) na investigação dos efeitos e efetividade do estipulado pelas partes ante determinado terceiro; (iii) na verificação de efeitos negativos perante a sociedade; e na (iv) solução do contrato por falta de fim.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320-332.

³⁹² LARENZ, Karl **Derecho Justo**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 82-83. Acerca das falhas de mercado e da possibilidade de um contratante economicamente forte impor a sua “lei negocial” ao economicamente débil, Jorge Mosset Iturraspe elenca as seguintes hipóteses de contratações injustas: “[...] a) celebrar un negocio oneroso en situación de desequilibrio; b) celebrar un negocio comunitativo forzando al co-contratante a asumir áleas o riesgos anormales; c) limitar las consecuencias de las ‘externalidades’, es decir de efectos no contratados que resultan de actividades que el sistema establecido de derechos considera como prohibidas; d) no incorporar la necesaria compensación de los daños; e) autorizar plazos de caducidad respecto del ejercicio de los derechos subjetivos por la parte contraria; f) possibilitar la rescisión unilateral incausada, porque sólo o porque se me da la gana, con o sin plazo de preaviso; g) incorporar a las cláusulas negociales un plazo de duración de la relación y, a la vez, el derecho a apartarse de ella en cualquier momento.” Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991, p. 27-28.

que o contrato cumpra com sua função social,³⁹³ comprehende-se, portanto, que, no âmbito da funcionalização do direito e das normas interventivas – na busca por justiça social -, afigura-se legítima a atuação do Estado diretamente no conteúdo contratual privado, para que se coíba a injustiça ou se promova a justiça contratual. Trata-se do dirigismo contratual com vistas à justiça contratual.

Dentre as anormalidades do mercado, observou-se que, em decorrência dos contratos de adesão e das condições gerais de contratação³⁹⁴, as partes que detém superioridade na relação contratual acabaram utilizando-se desses mecanismos para a exploração unilateral da autonomia de sua vontade, em contraposição à liberdade contratual do contratante débil, cuja única liberdade seria aceitar ou não as condições unilateralmente estabelecidas.³⁹⁵ Observa-se, portanto, que esse fenômeno – abuso contratual mediante contratos de adesão e condições gerais – é proveniente da concepção liberal do direito dos contratos, uma vez que a parte contratante forte, no uso de sua autonomia da vontade, estipulava suas condições de contratação, ao passo que a parte contratante fraca, presumidamente em igualdade de condições de negociação e contratação, exercia sua autonomia somente quanto ao “sim” ou “não” em relação à aceitação do contrato.

Convencido, portanto, da necessidade de se preservar o sinalágma interno das relações contratuais privadas e da necessidade de se revisar os excessos para o bom cumprimento da função social do contrato, o Estado, diante da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, opera, através do princípio da justiça contratual, meios de se garantir o equilíbrio mínimo dos contratantes, protegendo o contratante débil.³⁹⁶

Essa ingerência do Estado para preservar a justiça contratual se fez, no Brasil, inicialmente, por legislações esparsas específicas³⁹⁷ – a caracterizar o processo de

³⁹³ Acerca da relação entre justiça contratual e função social, Eugênio Facchini Neto, embora utilizando-se da análise econômica do direito, chega a conclusão parecida com a nossa, de que a justiça contratual (máximo aproveitamento econômico do contrato) é pressuposto necessário para que se cumpra sua função social (para que se evite desperdícios econômicos). Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 130-132

³⁹⁴ Os conceitos de “contrato de adesão” e de “condições gerais de contratação” serão abordados adiante, quando da exposição do “panorama geral do contrato no paradigma social”.

³⁹⁵ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

³⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 293.

³⁹⁷ Zanetti cita os seguintes exemplos: a) Decreto n. 19.573/31, que possibilitou a rescisão da locação de funcionário público ou militar em caso de remoção ou redução de seus vencimentos; b) Decreto n. 23.501/33, que decretou a nulidade da cláusula-ouro; c) Decreto n. 24.150/34, conhecido como Lei de Luvas, que tratou de forma especial a locação de imóveis comerciais e industriais, conferindo proteção ao locatário; d) introdução do instituto da lesão em nosso ordenamento a partir do Decreto n. 22.626/33, que limitou a cobrança de juros; e) Decreto n. 869/38, que tratou dos crimes contra a economia popular; f) a Medida Provisória n. 2.172-

descodificação e intervencionismo³⁹⁸. O segundo passo ocorreu com o advento do CDC³⁹⁹ e o terceiro, por fim, com o CC/2002.⁴⁰⁰

Interessante notar, contudo, que o sistema jurídico, ao se preocupar em garantir a justiça contratual, o faz negativamente, isto é, promove-se a justiça contratual evitando-se as injustiças manifestas. É o que afirma Fernando Martins, com base em José de Oliveira Ascensão, Canaris e Joaquim de Sousa Ribeiro, após analisar diversos dispositivos do Código Civil de 2002 que utilizam expressões tais como “obrigação excessivamente onerosa (art. 156) ou “onerosidade excessiva” (art. 480). Em suas palavras:

Em suma: tem-se no CC/2002, ao lado do chamamento da equidade e da limitação dos efeitos contratuais negativos, imposições mais nítidas de restrição à injustiça contratual. No CDC, igualmente, a invocação da equidade e do equilíbrio contratual convive com uma intensidade deveras profundamente destinada à proibição de injustiças.⁴⁰¹

32/2001, que disciplinou novamente a usura nos contratos de direito privado. Cf. ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual.** São Paulo: Saraiva, 2012, p.148-150.

³⁹⁸ Cássio Penteado Júnior afirma que a análise histórica do direito positivo nos permite vislumbrar diversos diplomas legais que, pouco a pouco, introduziram mecanismos para limitar a plena autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*. Tal intervenção legislativa no direito privado denominou-se “dirigismo contratual”. Em seguida, consolidou-se também a intervenção jurisdicional nos ajustes privados, campo fértil de discussões acerca dos limites da possibilidade de alteração do conteúdo de cláusulas contratuais e da questão da onerosidade excessiva. Cf. PENTEADO JÚNIOR, Cássio. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. In. **Revista de Direito Privado.** vol. 14/2003, p. 148-161, abr.-jun./2003. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 04/07/2016.

³⁹⁹ Dentre as previsões do CDC que asseguram a justiça contratual, destacam-se: “[...] previsões sobre as atividades do fornecedor que configuram práticas abusivas (arts. 39, incisos e parágrafo único, a 41); a nulidade de cláusulas abusivas previstas nos contratos de consumo (arts. 51, incisos e parágrafos, a 53 e parágrafos), a definição e regulamentação da forma que deve tomar as cláusulas dos contratos de adesão (art. 54 e respectivos parágrafos); além do fato de ter preconizado, como direito básico do consumidor, a revisão judicial de cláusulas contratuais ‘que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas’ (art. 6º, inc. IV).” Cf. ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

⁴⁰⁰ O Código Civil de 2002 trouxe diversos dispositivos voltados à proteção da justiça contratual, do sinalágma, dentre os quais se destacam: art. 156, que prevê a contratação em estado de perigo; art. 157, que disciplina o instituto da lesão; o art. 187, que veda o abuso de direito; art. 317, que trata da onerosidade excessiva superveniente; e art. 478, que prevê a resolução por onerosidade excessiva.

⁴⁰¹ “Por esse motivo, há uma parcela da doutrina que converge no sentido de que a existência do princípio da justiça contratual advém, na realidade, do necessário impedimento às injustiças que possam seguir a partir do contrato. Interessante a esse respeito a indicação de José de Oliveira Ascensão: ‘a ordem jurídica traduz exuberantemente esta constrição: só admite intervenções fundadas na desproporção ou injustiça do conteúdo nos casos em que o desequilíbrio seja manifesto. Essa revelação acompanha o que em parte já fora transrito quanto ao pensamento de Canaris, de que pouco se sabe sobre a justiça contratual e que não se deve exigir o asseguramento de resultados justos, senão evitar graves injustiças. Ou, considerando o pluralismo, ‘as formas de agir justas não sejam, em princípio, impostas aos cidadãos, mas que certos atos sejam interditos como insuportáveis’. Também em Joaquim de Sousa Ribeiro se encontra uma análise que acompanha, em parte, as posições acima. Nesse sentido, adverte que é mais fácil verificar a justiça do contrato do ponto de vista do caso concreto do que consagrá-la numa ‘fórmula vazia’. Assim, disserta que para a justiça contratual ‘não basta referir a disparidade de poder; é necessário conexioná-la com a típica situação do objecto de regulação imperativa, para caracterizar a sua concreta forma de expressão e clarificar as razões da sua inaceitabilidade na ordem jurídica. Só assim esses tópicos ganham desenvolvimentos aplicativos e um conteúdo operacionalizável.’” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295-297.

Percebe-se, portanto, que o princípio da justiça contratual, ao determinar negativamente o que pode dispor o contrato, revela-se, também, um autêntico limite à autonomia privada. Ao coibir o manifesto desequilíbrio contratual, o princípio da justiça contratual retira da autonomia privada determinado campo de regulação, isto é, reserva para si determinadas hipóteses em que a liberdade contratual não poderá ingerir-se. Compreendido dessa maneira, o princípio da justiça contratual presta homenagem aos princípios da autonomia privada e da função social: buscando resguardar a função social do contrato, o princípio da justiça contratual limita negativamente a autonomia privada, evitando as situações manifestamente injustas; ao limitar apenas negativamente a autonomia privada, o princípio da justiça contratual reconhece o seu campo de atuação, que deve ser por ela preenchido, na busca da realização pessoal e econômica dos contratantes. Determinar, *a priori*, o que é ou não é contratualmente justo, seria aniquilar a autonomia privada.

Nesse sentido, concordamos com o conceito de equilíbrio contratual – justiça contratual – fornecido por Zanetti, para quem “O princípio do equilíbrio é o preceito jurídico que visa evitar a falta de equidade das relações contratuais em geral e sobretudo nas sinalgmáticas, o que faz com base na normatização e em colaboração com outros princípios vigentes no sistema.”⁴⁰²

Diversas foram as criações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais a fim de garantir e/ou promover a justiça contratual. Fernando Noronha as divide em três grandes categorias, a saber: a primeira refere-se às situações em que a violação ao princípio já ocorre desde o nascimento da relação jurídica, vale dizer, trata-se de um vício genético (ex.: lesão, estado de perigo, etc.); a segunda ocorre quando a justiça contratual é prejudicada durante a execução do contrato por causas supervenientes (ex.: onerosidade excessiva); a terceira, por fim, revela-se nos casos de contratos padronizados e de adesão, em que, apesar da possibilidade de não configurar uma das duas hipóteses anteriores, poderá ou não representar violação à justiça contratual, a depender do abuso ou não das cláusulas unilateralmente impostas, o que deve ser verificado no caso concreto.⁴⁰³

Não nos cabe, contudo, a análise pormenorizada dessas hipóteses, por fugir ao objetivo aqui proposto, de apenas fornecer o “modelo social de contrato”.⁴⁰⁴ Entretanto, parece

⁴⁰² ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

⁴⁰³ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 227.

⁴⁰⁴ Para um estudo completo do tema, vide, dentre outros: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226 e ss.; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345-415; CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 903-1116;

pertinente uma simples menção à evolução do instituto da revisão contratual por onerosidade excessiva decorrente de circunstâncias supervenientes⁴⁰⁵, por representar, a nosso ver, exatamente essa passagem do paradigma liberal para o paradigma solidarista do contrato.

Clóvis do Couto e Silva nos explica que, em razão da vontade ter tido o valor supremo durante o século XIX, auge do liberalismo individualista, aliado ao fato das relações econômicas serem estáveis até o início do século XX, os códigos não se preocuparam, expressamente, com a inserção de mecanismos limitadores dessa autonomia, a exemplo da cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual, em razão das modificações econômicas entre o momento da formação e da execução do contrato que criassem dificuldades, deveria haver a revisão ou resolução contratual. Esse entendimento, contudo, não prevaleceu face à força dos princípios liberais, notadamente do *pacta sunt servanda*.⁴⁰⁶

Entretanto, ainda que por interesses meramente acadêmicos, alguns autores daquele período preocuparam-se em resolver a questão da mudança das condições econômicas em que o contrato estava inserido. Inicialmente, ainda extremamente vinculado ao “dogma da vontade” do período liberal, Windscheid criou a “teoria da pressuposição”, definindo-a como um “[...] conceito que tinha como fundamento o fato de as partes contratantes fazerem depender o seu acordo, ainda que de modo tácito, da existência de certas situações.”⁴⁰⁷ Desse modo, a mudança das condições econômicas exteriores ao contrato, como não foram previstas pelas partes, dariam ensejo à revisão ou resolução do contrato. Trata-se, como se vê, de uma teoria voluntarista, que condiciona a execução do contrato à psique de cada um dos contratantes.⁴⁰⁸

ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991, p. 97 e ss; LARENZ, Karl. **Base do Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos.** Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002; GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 45 e ss.

⁴⁰⁵ “A onerosidade excessiva caracteriza-se como um evento inesperado no curso da execução de um contrato de longa duração e que afeta drasticamente sua base negocial, tornando a entabulação prejudicial a uma das partes, já que a equivalência entre a prestação e a contraprestação, em virtude de fato superveniente, é quase que totalmente rompida. Por isso que o sistema jurídico admite dois remédios excepcionais para essa patologia: a revisão (modificação) do contrato, para o retorno da normalidade, ou sua resolução. Essas, pois, são as diferenças entre a onerosidade excessiva superveniente e o estado de perigo e a lesão especial, porque o campo de atuação dos dois últimos institutos dá-se na formação contratual depauperada, ao contrário da imprevisão incidental, na qual, diga-se de passagem, reflete bem mais um desequilíbrio econômico do que significativo.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 400.

⁴⁰⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 4, p. 529/536, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016, p. 1-2.

⁴⁰⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 4, p. 529/536, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016, p. 2-3.

⁴⁰⁸ “A pressuposição, de Windscheid, corresponderia, pois, a uma relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estados de coisas. A sua eficácia emergiria de ser cognoscível pela outra parte. Podendo reportar-se ao desaparecimento futuro de factos presentes na celebração ou à não concretização, no futuro, de ventos aguardados no desenrolar subsequente da situação, a pressuposição

Em seguida, foi elaborada a “teoria da base subjetiva do negócio jurídico”, capitaneada por Oertmann. Segundo Jorge Mosset Iturraspe, essa teoria, além de ter sido útil à posterior “teoria da base objetiva do negócio jurídico”, de Larenz, teve o mérito de evidenciar as diferenças entre os motivos internos de cada um dos contratantes dos motivos determinantes, por sua vez comuns a ambos contratantes. Assim, segundo Oertmann, a base subjetiva do negócio jurídico estaria formada quando ambos os contratantes tivessem conhecimento dos motivos da outra parte, de suas condições para contratar e, a respeito delas, demonstrassem, ao menos, uma aceitação tácita. Essa comum representação mental das partes constituiria a base subjetiva do negócio jurídico que, caso quebrada ou frustrada, levaria à sua necessária revisão ou resolução.⁴⁰⁹ Embora tivesse superado a concepção voluntarística individualista da “teoria da pressuposição”, visto exigir o conhecimento dos motivos por ambos os contratantes, essa teoria ainda mostrou-se apegada ao “dogma da vontade” e, por isso, não foi capaz de resolver os problemas socioeconômicos evidenciados na passagem do paradigma liberal para o social.

Visando retirar a suma importância da subjetividade da base do negócio jurídico, em razão do declínio do “dogma da vontade” e do fenômeno da objetivação do contrato acima referido, Karl Larenz elabora a “teoria da base objetiva do negócio jurídico” que, segundo Clóvis do Couto e Silva, vincula a base do negócio jurídico à “[...] finalidade real do contrato e procura responder à questão de saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se, em face das modificações econômicas sobrevindas.”⁴¹⁰ Noronha nos explica que

As circunstâncias objetivas que fundamentam a teoria são, como diz Larenz, o conjunto de fatores de caráter geral essenciais para a subsistência do próprio negócio e que as partes têm como absolutamente seguros, como a ordem social e econômica existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico e outras semelhantes – “sem as quais o contrato não cumpre a finalidade para ele pensada, nem pode realizar a intenção das partes.” A desaparição desta base negocial objetiva pode acontecer em dois grupos de casos típicos, que fazem subdistinguir duas situações, a da *destruição da relação de equivalência* entre prestação e contraprestação e a da *frustração do fim contratual*.⁴¹¹

⁴⁰⁹ cobriria, de facto, as hipóteses de alteração das circunstâncias na constância do contrato.” Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 870-871.

⁴¹⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato.** Santa Fe: Rubinzel-Culzoni Editores, 1991, p. 97-98.

⁴¹¹ “A tendência inicial da objetivação do negócio jurídico manifestou-se com a adoção da teoria da declaração, ou mesmo da teoria preceptiva, com o que se deu ênfase à posição do destinatário da manifestação de vontade. O conceito de ‘base objetiva’ revela a mesma problemática, com a diferença relevante de que não se leva em conta a posição de apenas uma das partes do contrato, e, sim, a de ambos os figurantes. A ‘base objetiva do negócio jurídico’ decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional, o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente.” Cf. SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 4, p. 529/536, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016, p. 3-4.

⁴¹¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 238-239. Segundo Iturraspe, devemos considerar “[...] como la ‘base objetiva’ del contrato, conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone

Com efeito, para o tema da justiça contratual, importa-nos a primeira hipótese da quebra da base objetiva. Assim, em razão de circunstâncias supervenientes que alterem as condições objetivas do contrato, causando grande distorção na equivalência entre prestação e contraprestação, estaremos diante de hipótese que enseja a revisão ou resolução contratual, a fim de se recuperar o sinalágma, a justiça contratual.⁴¹²

Segundo Claudia Lima Marques⁴¹³, a teoria da base objetiva do negócio jurídico foi adotada pelo CDC quando, na segunda parte do art. 6º, inc. V, prevê como direito básico do consumidor a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” Notemos, ainda, que esse mesmo dispositivo consagra o direito de revisão contratual tanto por lesão (prestações desproporcionais desde a formação do contrato) como por onerosidade excessiva superveniente (prestações desproporcionais durante a execução do contrato).

O Código Civil de 2002, por sua vez, adotou, nos arts. 317 e 478, a teoria da imprevisão que, aliada à quebra da base objetiva do negócio jurídico por fato superveniente, exige, ao contrário do CDC, que tal fato seja também imprevisível e extraordinário. Imprevisibilidade e extraordinariedade são dados objetivos, que devem ser aferidos no caso concreto, vale dizer, deve-se constatar o poder dos contratantes de, naquela situação, terem o poder de prever a ocorrência daquele fato. Não se perquire se o fato foi ou não previsto, mas sim se era previsível. Ainda, no caso concreto, a análise deverá recair, também, sobre se a “[...] alteração estaria coberta pelos riscos próprios do contrato, como instrumento normativo entre as partes, caso em que o operador da lei interpreta o contrato como norma declarada.”⁴¹⁴

debidamente éste, sépanlo o no los celebrantes, ya que de no ser así no se lograria el fin del contrato; el propósito de las partes y la subsistencia del negocio no tendría sentido, fin u objeto.” Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991, p. 108.

⁴¹² Larenz, após explicar que é da essência de um contrato bilateral que haja uma prestação e uma contraprestação que satisfaçam os interesses de ambas as partes, mesmo que monetariamente os valores não sejam os mesmos, afirma que: “Si esto pertenece a la ‘esencia’ del contrato bilateral en sí, constituyendo su peculiaridad específica y, por tanto, su ‘naturaleza’ jurídica, un contrato celebrado como ‘bilateral’ pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto, que ya no puede hablarse de ‘contraprestación’, de un equivalente que pueda considerarse como tal. Em semejante supuesto ha de afirmarse que ‘la base’ de todo el contrato ha desaparecido.” Cf. LARENZ, Karl. **Base do Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos.** Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002, p. 122.

⁴¹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 293-295.

⁴¹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 401-403. Nesse sentido, também ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 262. Sobre os riscos previsíveis, foi aprovado o Enunciado n. 175 da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser

A diferença entre a sistemática da revisão por onerosidade excessiva – superveniente – entre o CDC e o CC está, portanto, no fato de que o segundo, ao contrário do primeiro, exige, além da alteração objetiva da base do negócio jurídico, que a causa dessa alteração seja um fato imprevisível e extraordinário. O CDC e o CC, assim, ainda que em níveis diferentes, objetivaram o direito à revisão por onerosidade excessiva superveniente. Essa objetivação, como se vê, acompanhou o processo de objetivação do próprio contrato, como apontado nos tópicos acima. O processo de revisão, no contrato objetivado, não poderia ficar à mercê do voluntarismo interno aos contratantes, sob pena de disfuncionalidade do instituto frente às transformações socioeconômicas experimentadas na passagem do Estado liberal para o Estado social.

O princípio da justiça contratual, assim, além de limite à autonomia privada, constitui também, a partir da análise da revisão contratual, importante mitigação ao princípio da força obrigatória dos contratos, na medida em que o *pacta sunt servanda* não mais subsistirá face à manifesta injustiça contratual.⁴¹⁵

O princípio da justiça contratual, portanto, é importante vetor do “modelo social de contrato” e opera conjuntamente aos demais princípios analisados, na perspectiva da funcionalização do direito exposta acima.

2.4.4 BOA-FÉ OBJETIVA

Dentre os princípios fundamentais do modelo social ou solidarista de contrato, estudamos, por fim, o princípio da boa-fé objetiva. A escolha de deixá-lo por último foi proposital: dentre os quatro, talvez tenha sido o que mais foi objeto de estudos durante os anos e, por isso, angariou, para si, um campo vastíssimo de aplicação. Sob o princípio da boa-fé objetiva, poderíamos ter analisado os três princípios anteriores.⁴¹⁶ Não temos a inocente pretensão, portanto, de esgotar o tema nessas poucas linhas. O objetivo será traçar algumas

interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.”

⁴¹⁵ “O princípio da fidelidade ao contrato perdeu a rigidez com que se expressava na locução *pacta sunt servanda*. Interpretado em seu sentido literal, significava a impossibilidade de qualquer das partes desvincular-se do contrato sob o fundamento de que suas condições, ainda por circunstâncias imprevisíveis, se tornaram extremamente desvantajosas ou desfavoráveis. A sujeição inelutável a êsse princípio conduz, em certas circunstâncias, a situações manifestamente injustas. Torna-se descabida, em consequência, sua aplicação. Passou-se a admitir, então, que deve comportar exceções.” Cf. GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 45.

⁴¹⁶ A vastidão de temas que podem ser analisados sob a perspectiva da boa-fé pode ser conferida, por todos, na obra de Menezes Cordeiro, fruto de seu doutoramento na Universidade de Lisboa, onde estuda o tratamento da boa-fé do direito romano aos nossos dias, dividindo a obra em três grandes partes, a saber, a partes histórico-crítica, institucional e sistemática. Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

características fundamentais do princípio, para que possamos, ao final, compreender o modelo social de contrato.

Inicialmente, cumpre já destacar a dualidade entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Como destaca Noronha, a boa-fé subjetiva confunde-se com os dados internos, psicológicos da pessoa, caracterizado por um “estado de ignorância” sobre questões jurídicas. É também denominada “boa-fé crença”, na qual a pessoa acredita, erroneamente, ser titular de um direito que, em verdade, não tem, porque só existe aparentemente. Essa aparência do direito poderá vir a ser objeto de tutela jurídica.⁴¹⁷

Por sua vez, a boa-fé objetiva, também chamada de “boa-fé lealdade”, não é o *estado psicológico* da pessoa, mas sim uma *regra de conduta* a ser obrigatoriamente observada no tráfego jurídico. Trata-se do dever de agir eticamente, conforme os padrões socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. O fundamento jurídico desse dever ético de conduta é a proteção da confiança da outra parte. Por isso, é também denominada “boa-fé confiança”. É nesse sentido objetivo que o princípio da boa-fé interessa ao direito dos contratos.⁴¹⁸

Compreendida essa questão terminológica, ainda com Noronha, é imperioso ressaltar que o termo “boa-fé” consta nas legislações codificadas já desde o próprio *Code* de 1804 que, em seu art. 1.134, al. 3º, previa que as convenções deveriam ser executadas de “boa-fé”. Assim também se deu no BGB de 1900 que, no §242, estabeleceu que “o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé”. Ocorre, entretanto, que a “boa-fé” aí tratada não

⁴¹⁷ Analisando dispositivos do CC/1916, Noronha afirma que “Neste sentido subjetivo é a boa-fé considerada na maioria dos preceitos do Código Civil onde é referida, como nos arts. 221 (efeitos do casamento putativo), 255, parágrafo único (terceiros de boa-fé prejudicados pela anulação de atos praticados por um só dos cônjuges), 490 e 491 (posse de boa-fé [...]). Na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito, que só existe na *aparência*. É esta situação de aparência que, em determinadas circunstâncias, presentes certos requisitos, deve ser tutelada. Seria desnecessário advertir que a tutela da aparência jurídica não é privativa dos contratos. [...] Os pressupostos absolutamente necessários são a existência de uma *situação de fato externa*, geradora da situação de aparência (elemento visível, encobrindo a realidade), e a *confiança legítima* do interessado (fundamentando a sua boa-fé). O terceiro pressuposto, às vezes dispensável, é a *imputabilidade objetiva* da situação ao prejudicado. Fala-se em imputabilidade objetiva, porque nem sempre a tutela da aparência jurídica depende de uma conduta culposa ou dolosa do prejudicado, embora se exija que este tenha contribuído, por ação ou omissão, para ela.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131-146.

⁴¹⁸ “Realmente, de forma similar à subjetiva, também a boa-fé objetiva tem na sua base uma idéia de *confiança*, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem. [...] Como estamos vendo, a boa-fé objetiva é, ao mesmo tempo, boa-fé *lealdade* e boa-fé *confiança*. Dever de lealdade de uma parte, expectativa de confiança da contraparte.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136-139.

recebeu a devida atenção doutrinária e jurisprudencial, sendo compreendida, no máximo, como os usos e costumes próprios do mercado e como modo de interpretação das convenções.⁴¹⁹ Como vivia-se sob os auspícios do liberalismo individualista, ao termo “boa-fé”, portanto, foi conferir uma significação coerente com os valores da época, o que acabou por esvaziá-la de sentido. O termo só adquire conteúdo próprio e de suma importância no tráfego jurídico e comercial quando da falência do modelo liberal e individualista, quando a exigência de eticidade nas relações jurídicas passa a se tornar um imperativo categórico.⁴²⁰

A boa-fé objetiva, assim, é vista como uma “[...] regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.”⁴²¹ Perceba-se, desde já, que a boa-fé objetiva exige a compreensão do alter, do outro, de modo a afastar o individualismo metodológico presente nas codificações liberais. Trata-se, também, de reflexo do “holismo” metodológico do Estado social. Essa regra de conduta é melhor concretizada quando da análise das funções da boa-fé objetiva.

Costuma-se conferir três funções à boa-fé objetiva: a função interpretativa, função integrativa e função de controle⁴²². No ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva encontrou previsão, inicialmente, no art. 4º, inc. III e no art. 51, inc. VI do CDC e, posteriormente, em alguns dispositivos do CC, vistos a seguir. Vejamos, brevemente, cada uma

⁴¹⁹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 125-131.

⁴²⁰ Não estamos, aqui, afirmando que esses dispositivos, em especial o §242 do BGB não tiveram importância. Pelo contrário, esse artigo do código civil alemão talvez tenha sido um dos mais importantes de toda a codificação dos últimos tempos e talvez um dos mais estudados. O que se disse, repita-se, é que à época – fins do século XIX e início do século XX –, em que vigorava fortemente o liberalismo individualista, a doutrina e a jurisprudência não conferiram a eles, de imediato, a importância hoje reconhecida.

⁴²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016, p. 13-14. Noronha explica o que seria essa regra de conduta: “Quando no conceito são referidos padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa, razoavelmente diligente, o que costuma tudo ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

⁴²² Sobre essa tríplice função da boa-fé objetiva, cabe aqui mencionar que há uma pequena divergência doutrinária a seu respeito. Judith Martins-Costa considera que a função de interpretação e integração contratual como uma função uma, ao passo que as demais seriam a de limite (controle) e a de fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões (deveres anexos). Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016, p. 14. Por sua vez, Fernando Noronha também comprehende uma tríplice função da boa-fé objetiva, mas de modo ligeiramente diferente, com o qual aqui concordamos. Para o autor, as três funções seriam a de interpretação, de controle e a de integração, sendo que, nesta última é que se encontrariam os deveres anexos ou laterais de conduta. Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.152 e ss.

de suas funções, ressaltando, desde já, a observação de Teresa Negreiros, segundo a qual essa tríplice função da boa-fé é dividida em tipos ideais, sendo que, na prática, as três funções se complementam, “[...] sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada”.⁴²³

A função interpretativa da boa-fé objetiva encontra previsão no art. 113 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Sendo vetor interpretativo, a boa-fé objetiva atua diretamente sobre as teorias da vontade e da declaração acima expostas, superando-as⁴²⁴. Trata-se, em verdade, da coroação da teoria da confiança. Sendo a boa-fé objetiva um dever de conduta ética, íntegra, honesta e, portanto, denominada “boa-fé confiança”, seu efeito interpretativo será exatamente a proteção da confiança contratual. Busca-se, na interpretação conforme a boa-fé objetiva, não a vontade interna ou a vontade declarada, mas sim o significado apreendido pelas partes, que nele confiaram.⁴²⁵ Segundo Paulo Lôbo, “Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo real.”⁴²⁶

Com efeito, o contrato possui uma significação econômica e social (exerce função social) que desperta a confiança tanto do destinatário quanto da sociedade. Segundo Negreiros, é justamente essa “[...] ideia de finalidade econômico-social do contrato que deve ser considerada pelo intérprete a fim de conformá-la ao princípio da boa-fé.”⁴²⁷ A boa-fé, assim, conforma a interpretação contratual para preservar a confiança estabelecida entre os contratantes e entre o contrato e a sociedade. A interpretação não pode se dar num sentido em

⁴²³ “O novo Código Civil refere-se à boa-fé a propósito da interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), a propósito do exercício de direitos (art. 187) e, no art. 422, como norma de conduta imposta aos contratantes, seja para a conclusão seja para a execução do contrato.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131-140.

⁴²⁴ Doutrina italiana reconhece que a utilização da boa-fé objetiva reduz a subjetividade das partes. No entanto, realçam que a Suprema Corte italiana a considera “somente” um critério hermenêutico secundário, a ser utilizando nas hipóteses em que seja impossível desvendar a vontade negocial a partir do critério literal e da pesquisa à intenção comum das partes. Cf. ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L'interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza.** 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p 87-88 e 153.

⁴²⁵ “Fala-se em tutela da confiança do destinatário da declaração, tutela do ‘valor social da aparência’, porque isto é que é essencial para o intercâmbio de bens e serviços, para a segurança das transações.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

⁴²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3, p. 829-840, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016, p. 6.

⁴²⁷ “Contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador. Assim [...] deve-se ‘invocar o princípio da boa-fé como fundamento para se considerar a finalidade da relação jurídica *sub judice*, e, neste sentido, condicionar a sua interpretação às circunstâncias concretas do caso em exame na medida em que reveladoras desta finalidade.’” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 136-137.

que desprestigue a função social do contrato, compreendida aqui em toda a sua amplitude, o que abrange, portanto, também a proteção dos próprios contratantes.⁴²⁸

A segunda função da boa-fé objetiva revela-se na função de controle ou de limite ao exercício de direitos subjetivos, prevista no art. 187 do CC, segundo o qual “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber,

No que tange à segunda função indicada, a boa-fé vem servir de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se, assim, como critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na relação contratual.⁴²⁹

O princípio da boa-fé objetiva, então, é utilizado como critério para o exercício regular de um direito – subjetivo, potestativo, etc. -, de modo que sua violação constitui uma das formas de abuso de direito.⁴³⁰ É dizer, o abuso de direito é gênero, do qual uma das espécies é a violação da boa-fé no seu exercício.⁴³¹

Nesse sentido, a boa-fé objetiva exerce importante limite à autonomia da vontade, isto é, compõe também a autonomia privada, uma vez que regula o exercício de direitos por meio de limites objetivos – regras de conduta. A nosso ver, essa manifestação é típica do paradigma do Estado social, onde, sob a perspectiva do solidarismo, os direitos devem ser exercidos com equidade, posto não haver direitos absolutos, na medida em que todo exercício de direitos é exercido em face do outro, do coletivo. O exercício abusivo de posições jurídicas individuais e egoístas, que se afigurava possível – ressalvada a hipótese de violação de bons costumes – no Estado liberal, mostra-se agora combatida.

⁴²⁸ “Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.” Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In. TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁴²⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In. TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁴³⁰ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 210.

⁴³¹ “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nessa medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.” Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-141.

Lembrando o dirigismo contratual privado, na classificação de Paulo Lôbo, que se opera pelos contratos de adesão e pelas condições contratuais gerais predispostas, a boa-fé como limite ao abuso de direito ganha proeminência, na medida em que se mostra importante critério para a aferição da abusividade das cláusulas unilateralmente instituídas. Dito de outra maneira, o direito, por exemplo do fornecedor de produtos, de confeccionar um contrato de adesão, deve ser exercido com respeito à boa-fé objetiva e, portanto, não se mostra admissível a imposição de cláusulas leoninas em desfavor do aderente. A estipulação dessas cláusulas, dentre várias possíveis violações, como da justiça contratual, mostra-se autêntica violação da boa-fé objetiva por abuso de direito da liberdade contratual. Vale dizer, o exercício abusivo de direitos não contribui para o bom funcionamento da sociedade e, por isso, afigura-se ilegítimo: o que, *a priori*, poderia ser considerado lícito, torna-se ilícito ao se considerarem seus efeitos. O abuso, seja qual for, não condiz com uma sociedade solidária.⁴³²

A terceira e última função da boa-fé objetiva é a função integradora. A ordem das funções aqui expostas em nada tem a ver com o grau de importância no ordenamento jurídico. Pelo contrário, ainda que a boa-fé como vetor hermenêutico – função interpretativa - e como limite à autonomia privada – função de controle – seja extremamente importante, a nosso ver, é em sua função integradora que a boa-fé exerce seu principal papel para os fins do presente estudo, uma vez que, como veremos, atua direta e positivamente na autonomia privada dos contratantes, determinando seu conteúdo através da imposição de direitos e deveres às partes, independentemente de suas vontades.

Foi dito que a regulação do contrato pode ser fruto da autonomia privada ou da heteronomia, por meio da incidência de normas interventivas que geralmente buscam determinado resultado. Pois bem, é esse o caso da boa-fé objetiva em sua função integradora.

O tráfego jurídico e comercial, como se viu, por ser *fato social* – teoria preceptiva - exerce *função social*, de modo que revela importância a tutela da *confiança* entre as partes e entre estas e a sociedade.⁴³³ Buscando conferir segurança jurídica a essa necessária confiança,

⁴³² O abuso de direito enquanto violação da boa-fé objetiva possui várias hipóteses de concretização. Dentre elas destacam-se o *venire contra factum proprium*, a *exceptio doli*, e a *suppressio e surrectio*. Não nos cabe, contudo, a análise pormenorizada dessas figuras. Para um estudo completo do tema, vide, dentre outros: FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 208-234; CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 661-900.

⁴³³ “El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protergerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que há producido o aquella a la que há dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho – con independencia de cualquier mandamiento moral – tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general

maximizando os efeitos benéficos do contrato e evitando sua frustração⁴³⁴, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes alguns “deveres anexos ou laterais de conduta”.⁴³⁵

A função integradora da boa-fé objetiva encontra-se prevista no art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípio de probidade e boa-fé.” A observância da boa-fé na conclusão e execução do contrato requer a observância de deveres legais desvinculados da vontade autônoma do contratante, mas que, em conjunto com ela, compõem o conteúdo da obrigação, ou melhor, compõem as obrigações do referido contrato.⁴³⁶

Nasce, assim, o conceito de obrigação complexa, em oposição ao de obrigação simples, que só abrangia o interesse do credor ao crédito e o dever do devedor para com o adimplemento. Com a incidência da boa-fé objetiva, fonte autônoma de direitos e deveres (anexos), a conformação da obrigação altera-se. Com a agregação dos deveres anexos da boa-fé objetiva aos deveres principais, a obrigação simples se torna complexa.⁴³⁷ Sem mais delongas, passamo-nos aos deveres anexos propriamente ditos.⁴³⁸

Menezes Cordeiro divide os deveres acessórios – laterais, anexos, etc. – em três grandes categorias, a saber: deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Para o autor português, os deveres acessórios de proteção exigem que as partes, enquanto estiverem ligadas pelo contrato, atuem de forma a evitar que, no âmbito desse contrato, sejam atingidas por danos mútuos pessoais ou patrimoniais. Quanto aos deveres de esclarecimento, surgem para as partes a obrigação de informarem-se mutuamente sobre todos as questões relacionadas ao contrato, da formação à execução e seus efeitos. Por fim, os “[...] os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.”⁴³⁹

de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual.” Cf. LARENZ, Karl. **Derecho Justo.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 91.

⁴³⁴ Por todos: Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

⁴³⁵ “[...] o princípio da boa-fé estabelece que os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, supletivas ou imperativas, aplicáveis ao negócio celebrado: a boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta, que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica, ou globalizante.” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

⁴³⁶ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 38.

⁴³⁷ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

⁴³⁸ Clóvis V. do Couto e Silva adverte, desde já, que os deveres provenientes da boa-fé objetiva são chamados de deveres secundários, anexos ou instrumentais. Fernando Noronha, com base em Antunes Varela, complementa trazendo os termos “deveres acessórios” ou “deveres laterais” de conduta.

⁴³⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 603-606.

O conteúdo concreto desses deveres acessórios dependerá do tipo contratual, do conteúdo do contrato e da qualificação das partes⁴⁴⁰. Assim, por exemplo, Claudia Lima Marques confere extrema importância aos deveres acessórios de informação (esclarecimento) nos contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade (técnica, informacional, etc.) dos consumidores.⁴⁴¹ A definição, *a priori* ou *in abstrato* de todos os possíveis deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva mostra-se missão impraticável, por sua configuração depender, justamente, das peculiaridades dos casos concretos.⁴⁴²

Não resta dúvida do conteúdo ético inserido nas obrigações por meio da boa-fé objetiva. Esses deveres laterais de conduta visam proteger tanto as partes, umas às outras, como as prestações, sua conservação e bom adimplemento. Tratam-se, portanto, de imperativos aptos a conservarem e promoverem o sucesso da obrigação. Com isso, fortalecem a confiança das partes e protegem o contrato, o que colabora para que se cumpra sua função social.

A boa-fé objetiva, em sua vertente integradora, portanto, colabora com o conteúdo da obrigação, acrescentando-o. Aumentam-se deveres às partes para o bom andamento

⁴⁴⁰ “Tanto a existência como a própria medida dos comportamentos que serão adotados pelas partes sofrerão variações conforme as circunstâncias concretas. A integração do conteúdo contratual pela boa-fé respeitará a ‘ética da situação’. Haverá uma constante mutação dos deveres de conduta no tempo e no espaço, pois sua concretização respeitará o sentido do contrato conforme a aferição casuística dos fins comuns. Enfim, a eficácia da boa-fé nunca será ‘apenas uma’, uma vez que se trata de princípio carecedor de concreção, avaliado contextualmente, mediante necessária ponderação com os demais princípios do ordenamento.” Cf. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

⁴⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 214 e ss. A autora traz interessante exemplo quanto à necessidade de informações quanto ao risco à saúde pelo uso de cigarro. Segundo a autora, a ausência de informação quanto aos riscos conhecidos, pela fabricante, é falha informacional que viola o dever lateral de esclarecimento/informação. Para a análise completa do assunto, vide MARQUES, Claudia Lima. **Violado o dever de boa-fé de informar corretamente. Atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito à resarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios.** In. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. vol 3, p. 445-526, abr./2011.

⁴⁴² Keila Pacheco Ferreira afirma que: “Estes deveres anexos não admitem uma enumeração exaustiva, ou uma descrição definitiva, conforme esclarece Manuel A. Carneira da Frada, podendo-se incluir nesta categoria deveres de informação, de conselho, de cooperação, de segredo, de não-concorrência, de custódia, de vigilância, de lealdade, entre outros. Sua identificação poderá ocorrer, entretanto, por meio da função que referidos deveres desempenham no âmbito obrigacional. De um lado, entre os deveres anexos podem distinguir-se aqueles que visam possibilitar o interesse perseguido pelo credor com a prestação, determinados pela boa-fé. De outro, podem individualizar-se aquele que visam defender as partes de intromissões danosas com relação à sua pessoa ou patrimônio, que surgem no contato recíproco da relação obrigacional.” Cf. FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 220. Essa é também a conclusão de Martins-Costa: “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, não podendo o seu conteúdo ser rigidamente fixado, eis que dependente sempre das concretas circunstâncias do caso.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016, p. 16.

obrigacional. Quanto à conduta das partes, a função integradora as limita, na medida em que impede comportamentos desviantes, desonestos e prejudiciais ao contrato.

Após o exposto, podemos concordar com a conclusão de Giselda Hironaka, cujas palavras acabam por resumir o que foi até aqui analisado sobre a boa-fé objetiva:

Para a análise da boa-fé objetiva, o intérprete deve sempre partir de um padrão de conduta comum, conduta do homem médio, no caso concreto. É um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. As noções de agir corretamente com o próximo, ou seja, de honrar a palavra dada, de não causar prejuízos desnecessários a outrem, de cooperação em relação ao outro contratante, refletem o conceito de norma ética de conduta, segundo os padrões do homem médio. Trata-se de uma norma impositiva de conduta leal, geradora de um dever de correção que domina o tráfego negocial.⁴⁴³

Com efeito, a boa-fé objetiva elege um padrão ótimo de comportamento para a sociedade, exigindo do contratante condutas voltadas à colaboração e proteção da obrigação e também do outro contratante. São os dois contratantes protegendo-se a si mesmos, ambos voltados ao adimplemento obrigacional, ápice do contrato. O princípio da boa-fé objetiva, assim, tem suas nuances com os demais princípios contratuais: ao estipular deveres de conduta, incide sobre a autonomia privada, limitando-a e compondo-a; ao atuar como vetor hermenêutico, volta suas energias à interpretação que melhor atenda aos chamados da boa-fé e da função social; por fim, ao vedar o abuso de direito, colabora para que os contratantes reciprocamente se respeitem e procurem trocas justas, homenageando, então, a justiça contratual.⁴⁴⁴

⁴⁴³ HIRONAKA, Giselda. Princípio de boa-fé objetiva e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/principiologia-contratual-e-a-valoracao-etica-no-codigo-civil-brasileiro/> Data de acesso 30/11/2016, p. 10.

⁴⁴⁴ Como se adiantou no início desse tópico, essa exposição não tem o condão de exaurir o conteúdo da boa-fé objetiva, mas somente traçar alguns pontos principais, suficientes para que compreendamos o modelo solidarista de contrato. Desse modo, deixamos de abordar, por exemplo, a incidência da boa-fé objetiva e dos deveres laterais de conduta em todas as fases contratuais, inclusive nas fases pré e pós-contratual. Também não abordamos, dentre outros aspectos, os referentes ao descumprimento dos deveres anexos, que, para a maioria da doutrina, importam em responsabilidade civil objetiva (Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do CJF). Sobre esses e outros temas referentes à boa-fé objetiva, além das obras já aqui utilizadas, vide: FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/> Data de acesso 30/11/2016; LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no Direito Civil. In. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, vol. 1, n. 3, nov./2006, p. 44-54. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito> Acesso em 30/11/2016; DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual:** no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

2.4.5 MODELO DE CONTRATO NO PARADIGMA SOCIAL

Após essa incursão pelos princípios do contrato no paradigma social – autonomia privada, função social, justiça contratual e boa-fé objetiva -, é hora de apontarmos, por fim, qual seja esse modelo social ou solidarista de contrato.

Vimos no item 1.4.5 que o contrato, no paradigma liberal, assumia um “modelo descontínuo”, marcado pelas seguintes características: impessoalidade, presentificador, elaborado pela barganha instrumental e composto pelo mútuo consentimento⁴⁴⁵. Era materializado pela figura dos contratantes racionais e iguais que, “apertando as mãos”, compunham o acordo final para os mútuos interesses. Tratava-se dos contratos paritários, em que ambas as partes tinham as reais condições de, exercendo suas liberdades contratuais, negociarem a respeito dos termos do contrato.⁴⁴⁶

Essas características, contudo, modificam-se no paradigma do Estado Social. Vimos, no início desse capítulo, que o liberalismo individualista pautado somente na igualdade formal dos contratantes levou a abusos de poder econômico e a falhas de mercado que exigiram uma resposta do Estado. A nova sociedade exigeu novos modelos contratuais. A desigualdade real, causada pela virtual igualdade jurídica, necessitou ser revisitada: através da desigualdade jurídica (igualdade substancial) procura-se a igualdade real.

Com efeito, o surgimento do Estado social, como apontado no início desse capítulo, inicia-se com a derrocada do Estado liberal, em fins do século XIX, auge da Revolução Industrial. É nesse cenário que, acompanhando a produção e circulação em massa dos produtos e serviços, massifica-se também o contrato. Surgem as condições gerais de contratação e os contratos de adesão.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147 e ss.

⁴⁴⁶ “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas e preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

⁴⁴⁷ “A emergência da contratação em massa, fenômeno social, econômico e cultural de nosso tempo, surgiu com a expansão industrial e se desenvolveu com a consequente Revolução Comercial [...] O aumento da produção industrial levou à maior circulação de mercadorias, aumentando o consumo e a necessidade de meios financeiros para sustentá-la. Tais transformações atingiram o contrato em sua substância, fazendo com que deixasse de ser um acordo de vontades fundado em discussão prévia.” Cf. MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais** (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002). São Paulo: Sarava, 2008, p. 1-2. Na observação de Claudia Lima Marques, “Alguns compararam essa predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (*lawmaking power*) – poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex privada* e os que a ela se

Em verdade, os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais são frutos do próprio liberalismo individualista: os detentores do poder econômico, agora sob os auspícios da Revolução Industrial e da produção em massa, necessitaram readequar seus instrumentos negociais para essa nova escala de comércio e, nesse ambiente, desenvolveram as novas técnicas contratuais ora em análise.

Vimos, com base em Roppo, que esse fenômeno foi acompanhado pela objetivação do contrato. Numa visão simplista do fenômeno, os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais são o produto intelectual do contratante forte que, exercendo sua liberdade contratual, determina as únicas regras sob as quais se dispõe a contratar, relegando ao contratante débil, desigualado jurídico e economicamente, a única liberdade de aceitar ou não tais condições. Enzo Roppo denomina esse fenômeno de “contrato standard”:

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogéneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negoceiam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos por adesão*).⁴⁴⁸

Percebemos na doutrina alguns termos similares, correspondentes, todos eles, a esse processo de massificação das relações contratuais, cada qual dando ênfase a uma particularidade.⁴⁴⁹ Assim, fala-se, principalmente, em “contratos de adesão”, “condições gerais

submetem, podendo apenas aderir à vontade manifestada pelo outro contratante.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71. Paulo Lôbo, como já estudado, classifica esse fenômeno como uma espécie privada de dirigismo contratual (vide item 2.4.1).

⁴⁴⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 312. Segundo Claudia Lima Marques, “Certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão se tornaram inerentes à sociedade industrializada moderna – em especial, nos contratos de seguro e de transporte já se observa a utilização dessas técnicas de contratação desde o século XIX. Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica e técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-72.

⁴⁴⁹ “A ciência jurídica constatou a especificidade do fenômeno, que, no princípio do século XX, recebeu seu primeiro batismo doutrinário, com o epíteto de *contratos de adesão*, inventado pelo jurista francês Raymond Saleilles, em seu livro *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code*

dos contratos”, “cláusulas contratuais gerais” ou “cláusulas padronizadas”⁴⁵⁰. A distinção é polêmica, havendo quem entenda ser o contrato de adesão o gênero, do qual as cláusulas contratuais gerais seriam a espécie, ou o contrário, ou até mesmo que seriam sinônimos.⁴⁵¹

A priori, concordamos com o posicionamento de que os contratos de adesão são gênero, do qual são espécies os contratos formados sob condições gerais de contratação. Com efeito, podemos imaginar um contrato de adesão elaborado sob circunstâncias específicas, em que, por exemplo, um determinado fornecedor impõe determinadas condições às quais o determinado consumidor não poderá discutir, mas tão somente aceitar ou não. Nesse caso, portanto, trata-se de um contrato de adesão com cláusulas específicas. Por outro lado, também é fácil imaginar um contrato de adesão padronizado, formado por cláusulas contratuais gerais, nos quais, por exemplo, a empresa estabelece com todos os seus funcionários as mesmas condições de trabalho, independente das características de cada um. Trata-se, nesse caso, de um contrato de adesão sob a forma de condições gerais de contratação. Esse último exemplo também é facilmente percebido nas relações de consumo.⁴⁵²

Orlando Gomes, por sua vez, ao tratar dos contratos de adesão, já reconhecia que essa técnica contratual surgiu pelo fato de que apareceram uma multiplicidade de situações uniformes, que reclamavam tratamento igualitário, de modo que esse contrato de adesão se

Civil alleman (1901). Referindo-se à mesma situação, outros preferiram salientar, em vez dos limites de negociação a que uma das partes está de fato sujeita, o conteúdo repetitivo dos contratos formados, usando expressões como ‘contratos standard’, ‘contratos padronizados’, ‘contratos-tipo’ ou ‘contratos pré-redigidos’. A incidência da mesma idéia sobre um alvo diferente (em vez do resultado obtido, as cláusulas a partir das quais os contratos se formam) gerou a expressão de origem germânica *cláusulas contratuais gerais [...]*.” Cf. MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais** (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002). São Paulo: Sarava, 2008, p. 5.

⁴⁵⁰ “A designação de *cláusulas gerais* tem origem alemã [...] A denominação de *condições gerais* é, como já anteriormente referido, de origem italiana (*condizioni generali di contratto*) [...] A expressão cláusulas padronizadas é de origem anglo-saxônica (*standard forms*).” Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 10.

⁴⁵¹ Compreendendo o contrato de adesão como gênero, Diogo L. Machado de Melo afirma que “A relação existente entre as *cláusulas contratuais gerais* e o *contrato de adesão* é, respectivamente, de *conteúdo* e *continente*, ou seja, o contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos das *cláusulas contratuais gerais*. Mas nem todo contrato de adesão é padronizado ou *standardizado*. Só será se estiver contido por *cláusulas abstratas, uniformes e gerais*.” Cf. MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais** (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002). São Paulo: Sarava, 2008, p. 46. Por outro lado, Claudia Lima Marques afirma que a doutrina alemã comprehende o contrato de adesão como espécie: “Segundo a doutrina e a lei alemãs, porém, a expressão “*condições gerais*” pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, os contratos-modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateralmente e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença de que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo. Eis por que muitos autores utilizam indistintamente as expressões.” MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-75.

⁴⁵² “Um contrato não é de adesão porque possui termos padronizados, mas sim porque mostra maior aversão à discussão em torno de seu conteúdo.” Cf. MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais** (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002). São Paulo: Sarava, 2008, p. 47.

mostrava como uma única oferta a toda a coletividade. O autor ainda reconhecia que a necessidade de uniformização das cláusulas contratuais eliminava a possibilidade de qualquer discussão quanto à proposta, de sorte que, ao oblato, restava somente a escolha de aderir ou não ao predisposto no contrato. A característica marcante desse contrato era, portanto, a “[...] preponderância da vontade de um dos contratantes, em razão da qual o contrato é obra exclusiva sua, por lhe ter sido possível predeterminar-lhe o conteúdo.”⁴⁵³

Percebe-se, portanto, que, em geral, as situações de cláusulas contratuais gerais vêm instrumentalizadas em contratos de adesão⁴⁵⁴. Não nos interessa nesse trabalho, contudo, aprofundarmos essa discussão terminológica.⁴⁵⁵ Contentar-nos-emos, assim, com a observação de Fernando Noronha, de que há os contratos de adesão, há os contratos padronizados e há os contratos de consumo, podendo haver – e hoje é a maioria dos casos – os contratos de adesão padronizados, sejam de consumo ou não. Assim, ao falarmos indiferentemente sobre contratos de adesão ou contratos padronizados, estamos nos referindo a esses *contratos padronizados de adesão*,⁴⁵⁶ que é a categoria que requer maior atenção e cuidado no trato, pois exige a intensa

⁴⁵³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 130-131.

⁴⁵⁴ Segundo Noronha, “A noção de contratos de adesão, corretamente entendida, não coincide com a de contrato padronizado – mas devemos desde já esclarecer que as duas noções tendem a coincidir, quando se considera como característica essencial do contrato de adesão a mera anuência a uma proposta de contrato cujas cláusulas hajam sido predispostas pela outra parte. Enquanto contrato padronizado se contrapõe a contrato comum, já o contrato de adesão contrapõe-se a negociado. Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 11. Nas palabras de Jorge Mosset Iturraspe, “Equivale a decir que las denominadas cláusulas generales del contrato son, en rigor, las proprias de um contrato celebrado por la adhesión, donde, según hemos visto, pueden deslizarse las cláusulas abusivas.” ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratación (informe del derecho argentino). In. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 44/2002, p. 49-67, out.-dez./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016, p. 3.

⁴⁵⁵ Como esse trabalho não tem o objetivo de especificar tecnicamente as diferenças entre contratos de adesão e condições gerais dos contratos, compreenderemos, daqui em diante, como dois fenômenos similares, ambos representativos da contratação de massa e da mitigação da liberdade contratual. Para finalizar essa questão, Diez-Picazo parece compreender os conceitos como sinônimos: “La idea tradicional de contrato no casa con la la contratación de masa. [...] Las empresas mercantiles o industriales, mediante esos contratos de massa, imponen a sus clientes un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar su adhesión o rehusar. [...] De esta suerte, los fenómenos de estandarización y de automatización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contratos tipo, con un contenido preformulado, denominado hoy condiciones generales de la contratación, y lo que pueden denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica.” Cf. DIEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Primeiro. Introducción. Teoría del Contrato. 5^a ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 131-132.

⁴⁵⁶ “Como temos vindo a fazer notar, é possível, no fenômeno da contratação massificada, encontrar um grupo de contratos que participa simultaneamente das características dos contratos padronizados e de adesão. Ele é constituído por aqueles contratos em que, como nos padronizados, há obediência a cláusulas gerais pré-estabelecidas e em que, como nos de adesão, a contraparte não tem condições de discutir tais cláusulas. [...] Dissemos que o aderente não é necessariamente um consumidor. Efetivamente que há casos em que ele é outro empresário, que intervém nesta sua qualidade. É o que acontece em contratos como os de distribuição ou concessão comercial, de franquia ou *franchising* e de faturização ou factoring. Estes contratos não são de consumo, mesmo que ainda padronizados e de adesão – ainda que neles o aderente continue figurando como

aplicação dos princípios contratuais sociais, haja vista ser a categoria em que se encontra a maior limitação à liberdade contratual do contratante débil.

O que nos importa, realmente, é constatar que, seja por meio de contratos de adesão, seja por meio de condições gerais de contratação, haverá uma diferença substancial no exercício das liberdades entre os contratantes, o que denota, claramente, a falácia liberal da autonomia da vontade e da igualdade formal.⁴⁵⁷ Os contratos massificados tiveram a importante função de concretizar, de materializar a efetiva desigualdade entre os contratantes: aquele que elabora unilateralmente o contrato exerce sua liberdade em maior grau em relação àquele que apenas o adere.⁴⁵⁸ Os abusos cometidos nos contratos massificados, de adesão e padronizados⁴⁵⁹, pelas cláusulas abusivas⁴⁶⁰, foram importantes impulsos para que a doutrina e as legislações

parte “mais fraca”. Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 15-16.

⁴⁵⁷ Massimo Bianca, ao perceber que as “condições gerais” são “impostas” e, portanto, objeto da “adesão”, destaca a preocupação doutrinária com a real vontade do contratante que se submete aos contratos de adesão padronizados: “Le condizioni generali di contratto sono le clausole che um soggetto, il predisponente, utilizza per regolare uniformemente i suoi rapporti contrattuali. [...] Ciò significa che il contenuto dei contratti di massa viene di fatto imposto ai consumatori, i quali aderiscono ad un regolamento che non sono in grado di negoziare e di cui spesso ignorano anche il contenuto. Seguendo la teoria prevalente il codice riconduce le condizioni generali a clausole del contratto ma la sostanziale mancanza o irrilevanza della volontà dell’aderente rispetto a tali clausole pone le condizioni generali al centro del dibattito teorico sul contratto e ne fa l’indicazione più vistosa del tramonto del dogma della volontà.” Cf. BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile III – Il Contratto**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1998, p. 341-342.

⁴⁵⁸ “Sujeito a aceitar um esquema contratual em cuja modelação não participou, o aderente vê bloqueado, na prática, o seu poder de conformação, sendo-lhe coarctada a possibilidade de afirmar, por via negocial, os seus desejos e interesses. Em contrapartida, o utilizador das ccg, afastando-o da fixação do conteúdo do contrato, elimina um contrapoder limitativo das suas pretensões, ficando com o caminho livre para estabelecer, sem oposição, condições favoráveis aos seus interesses, com o intuito de as inserir numa multiplicidade de contratos a celebrar. Com isso, volatiliza-se a pressuposta paridade de posições contratuais das partes, condição do funcionamento adequado do mecanismo contratual e garantia da justiça do seu resultado.” Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 270-271.

⁴⁵⁹ Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados, são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais.” Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 2, p. 1311-1320, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 6.

⁴⁶⁰ “Hoje em dia as cláusulas abusivas têm campo fértil para proliferarem. Em nossa sociedade massificada até os contratos são produzidos em série. E no contrato massificado a autonomia da vontade e a liberdade contratual passam a ser a autonomia à liberdade de apenas uma das partes – o predisponente das cláusulas gerais dos contratos. Nem mesmo o próprio predisponente poderia evitar a imposição de cláusulas abusivas, mesmo sabendo que implicam em sistemático sacrifício dos interesses dos consumidores (e, com frequência, até de empresas, porque, na verdade, elas não são privativas dos contratos de consumo): elas, afinal, são efeito necessário do progresso econômico e da luta das empresas por melhores condições de produtividade e de competição. Empresa que não se ‘protegesse’, estaria correndo o risco de se perder, na luta concorrencial.” Cf. NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 19.

desenvolvessem esse novo capítulo da teoria geral dos contratos, que culminou no modelo solidarista de contrato, informado pelos princípios acima analisados.⁴⁶¹

Feitas essas considerações sobre os contratos massificados, marca do período do Estado social, é possível compararmos com o modelo liberal que utilizamos, do “contrato descontínuo”. Com efeito, as duas grandes características daquele modelo apontadas por nós no primeiro capítulo, mútuo consentimento alcançado por meio da barganha instrumental, são justamente as duas características que mais sofreram transformações no modelo solidarista de contrato, para não dizer que efetivamente desapareceram. Vimos que, em razão do acúmulo de capital e formação de monopólios e oligopólios, dentre outras falhas de mercado, estabeleceu-se um cenário de grande desigualdade econômica. Os contratantes fracos, notadamente os consumidores, frente aos contratos massificados – padronizados e de adesão –, não possuíam a chance de barganhar, de discutir os termos contratuais e o mútuo consentimento, por fim, acabava por ser, em verdade, apenas uma aceitação a um consentimento pré-estabelecido. Não há barganha instrumental e não há mais mútuo consentimento propriamente dito.

Os princípios fundamentais do contrato solidarista, então, tiveram a importantíssima função de buscar esse equilíbrio contratual, de “salvar o contrato”. A autonomia privada, em substituição à autonomia da vontade, a descortinação da função social e a incidência da justiça contratual e da boa-fé objetiva transformaram o modelo clássico de contrato: operaram mudanças dogmáticas e servem, ainda, de princípios informadores, metas a serem alcançadas. Podemos, então, reproduzir a paráfrase de Paulo Luiz Netto Lôbo, em crítica àqueles que decretaram a morte do contrato: “[...] o contrato está morto; viva o contrato!”⁴⁶² Encerra-se o contrato liberal e renasce o contrato solidarista.⁴⁶³

⁴⁶¹ Iturraspe afirma que, dentre os contratos, é justamente o contrato de consumo, formado entre empresário provedor e consumidor, quase sempre por adesão e com cláusulas gerais de contratação, aquele em que com maior frequência se observam as cláusulas abusivas. Dentre as cláusulas abusivas, o professor argentino destaca quatro grupos: cláusulas que desnaturalizam as obrigações, as que limitam a responsabilidade por danos, as que importam em renúncia ou restrição nos direitos e as que ampliam os direitos do fornecedor, e as que dispõem sobre a inversão do ônus da prova. Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratación (informe del derecho argentino). In. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 44/2002, p. 49-67, out.-dez./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016, p. 4-8.

⁴⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 2, p. 1311-1320, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 5.

⁴⁶³ Michele Giorgianni, analisando a “crise” do direito privado desflagrada pela sua “publicização” e “socialização”, no ambiente do intervencionismo estatal, acaba por concluir de maneira similar: para o autor, esses fenômenos não fizeram com que o Direito Privado perdesse territórios, pelo contrário, fez com que adquirisse novos, impondo seus instrumentos à atividade econômica do Estado. Assim como o contrato, portanto, o Direito Privado, no paradigma social, não morreu, apenas transformou-se, reinventou-se. Utilizando da mesma paráfrase, portanto, poderíamos dizer que o “O direito privado morreu; viva o direito privado!”. Cf. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 1, p. 275-304, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/11/2016, p. 18.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, esse contrato solidarista, cuja maior expressão no nosso sistema estaria no Código de Defesa do Consumidor, não se mostra apenas uma atualização do conceito de contrato liberal clássico. É mais que isso. Trata-se, de uma ruptura, operada no âmbito do *Welfare State*, que representou uma nova forma de pensar a própria sociedade, dentre as quais se insere a socialização do direito, a exigir uma nova racionalidade jurídica.⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵ É nessa perspectiva que ganham impulso os princípios acima analisados, pautados na solidariedade.

No paradigma do Estado Social, a filosofia e a moral dos contratos liberais foram substituídas pela doutrina baseada na sociologia, por meio da distribuição dos lucros e prejuízos entre os atores sociais. Para Carlos Alberto da Costa Dias, com fulcro em Ewald, esse novo modelo de contrato seria algo completamente diverso do modelo anterior. De comum, apenas a denominação “contrato”. Enquanto o “primeiro contrato” valorizava a autonomia da vontade, o “segundo contrato” privilegia a inter-relação entre os atores sociais, através da intervenção estatal.⁴⁶⁶ Segundo Fernando Martins, essa dualidade se expressa, respectivamente, na autonomia da vontade para o contrato liberal e a igualdade, através da justiça, para o contrato solidarista.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Mudanças dos Contratos no âmbito do Direito Social. In. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 25/1998, p. 99-115, jan.-mar./1998. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016, p. 8-9. Podemos compreender a existência de três rationalidades jurídicas: a formal, a substantiva e a reflexiva. Segundo Carlos Alberto da Costa Dias, a “[...] rationalidade jurídica formal estabelece as esferas das atividades dos atores privados, privilegiando a autonomia da vontade e o individualismo. [...] A rationalidade jurídica substantiva, por sua vez, é instrumento de regulação coletiva das atividades sócio-econômicas. Ajusta, dessa forma, o mercado via intervenção estatal. [...] Por fim, a rationalidade reflexiva, também denominada procedural, caracteriza-se pela justificação do direito como forma de auto-regulação e autocoordenação dos atores sociais.” O contrato no modelo solidarista, para o autor, seria a evolução do contrato da rationalidade formal para a rationalidade substantiva. Cf. DIAS, Carlos Alberto da Costa. Moderno dirigismo econômico e direito contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 77-86, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 1-2.

⁴⁶⁵ “[...] o ideário solidarista comporta e mesmo exige uma nova rationalidade jurídica, ao buscar um estado de equilíbrio nas relações privadas, por meio da proteção e do amparo aos fracos – elemento que depende de uma aferição concreta da justiça ou da adequação das normas jurídicas ao caso, ou dito em outras palavras, de uma rationalidade essencialmente ‘material’ e não mais ‘formal’ (como acontecia no modelo liberal). [...] Essa referência à comparação entre rationalidade ‘formal’ do modelo liberal e ‘material’ do modelo solidarista deriva da distinção tornada clássica por Weber entre um direito formal [...] e um direito material [...] ‘o direito racional-formal busca a sublimação lógica do sistema, ao passo que o direito racional-material busca a justiça e a equidade do caso concreto.’” Cf. TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125-126.

⁴⁶⁶ DIAS, Carlos Alberto da Costa. Moderno dirigismo econômico e direito contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 77-86, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016, p. 2.

⁴⁶⁷ “Interessante notar, neste ponto, que, se para a teoria liberal de Werner Flume a vontade (liberdade contratual) é a fonte única da justiça do contrato, no Estado social ganhará destaque, sob tempos hodiernos, a análise feita por Zwigert e Kötz, para quem a liberdade contratual não tem relevância, porque é a igualdade, através da justiça, que dita a pauta do contrato. Ou, por outro modo, a liberdade contratual em si mesma só existe para

Luciano Benetti Timm, em análise permeada pela teoria dos sistemas, comprehende que os alicerces liberais que “irritaram” o contrato foram a concepção individualista, voluntarista, liberalismo econômico e formalismo jurídico. Com o surgimento de novas “informações” do ambiente, esses alicerces foram atacados, substituídos por outros, que por sua vez “irritaram” o contrato e deram origem ao modelo solidarista⁴⁶⁸. Essas novas informações são justamente o contexto econômico, político e social acima expostos, do declínio do Estado Liberal, dentre outros, o solidarismo, a objetivação da vontade e o intervencionismo estatal. As irritações, por sua vez, são os princípios sociais do contrato, que conformaram o instituto às novas contingências.

Ainda com Luciano Benetti Timm, no modelo liberal de contrato, inserido no contexto do positivismo legalista da Escola da Exegese e do positivismo conceitual, com suas concepções fechadas, almejando ser um sistema completo, coerente e autônomo, o direito dos contratos enclausurou-se em si mesmo, não aceitando conexões com os subsistemas econômico e social, isto é, não realizou o “acoplamento estrutural” necessário para o bom funcionamento dos subsistemas dentro do sistema social global. Centrado no “dogma da vontade” e no racionalismo, o contrato liberal renunciou à “abertura sistêmica”, desprezando o ambiente dentro do qual estava inserido.⁴⁶⁹

Por sua vez, no paradigma solidarista,

[...] o modelo solidarista promove a “abertura do sistema jurídico” para fatores metajurídicos, especialmente aspectos éticos e dados da realidade empiricamente constatável no caso. É como se o subsistema jurídico se programasse para receber informações do ambiente, a fim de processá-las no seu interior, de acordo com sua linguagem e seu código binário. Tudo isso em busca de maior equilíbrio nas relações sociais.⁴⁷⁰

Foi através dessa “abertura sistêmica” que o direito dos contratos constatou, na realidade socioeconômica, a insuficiência de seus princípios liberais, notadamente a autonomia da vontade e a igualdade formal. Em razão de experiências metajurídicas (pobreza, desigualdades econômicas, abusos em contratos de adesão, etc.), admitindo o “acoplamento estrutural”, o contrato “abriu-se” para os novos princípios contratuais, cuja missão foi e continua sendo a

grandes empresários, porque aos pequenos e aos consumidores é somente a justiça que baliza o contrato.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

⁴⁶⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 98.

⁴⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92-93. Essa concepção liberal dos contratos foi tratada no item 1.4.5 supra.

⁴⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126. Em outra passagem (p. 143), o autor afirma que “Por tudo isso, o princípio da solidariedade social é o grande princípio do modelo solidarista de contrato, trazendo consigo a preocupação do legislador com os interesses sociais, sem renunciar, naturalmente, ao princípio da liberdade contratual, que é o seu oposto (contrário).”

correção dessas mazelas. É nesse ponto que o estudo da “jurisprudência dos interesses” se fez necessário: essa escola, rechaçando a metodologia neutra e “fechada” da “jurisprudência dos conceitos”, abriu-se à realidade concreta, permitindo a evolução do instituto do contrato frente à evolução do cenário socioeconômico. Em última instância, ocorreu o “acoplamento estrutural” entre os campos do próprio direito: o campo jusprivatístico, tradicionalmente fechado e supostamente completo, recebeu os influxos do campo juspúblico, que já havia consagrado os direitos fundamentais sociais e o intervencionismo estatal.

O modelo de contrato solidarista ou social, com efeito, compatibilizou a liberdade contratual com a função social da relação econômica que o subjaz. Na pauta da igualdade substancial, que recolocou a igualdade negocial na perspectiva da tutela do contraente débil,⁴⁷¹ operou-se um balanceamento das liberdades, afinal, “A ‘liberdade contratual’ não é senão uma das liberdades”,⁴⁷² isto é, somente um dos diversos valores a serem privilegiados numa sociedade que se diz justa.⁴⁷³

Veremos, no capítulo seguinte, que esse modelo deverá, por sua vez, também adequar-se às novas informações recebidas pelo ambiente. O próprio excesso de “abertura sistêmica”, que pode causar a “corrupção sistêmica”, será criticado. No próximo capítulo, abordaremos a evolução necessária por qual terá de passar o modelo solidarista de contrato.

⁴⁷¹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 104 e ss. Ronaldo Porto Macedo Júnior denomina esse fenômeno de “metamorfose da igualdade”. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 55 e ss.

⁴⁷² “Ora, se a liberdade contratual não é senão uma das liberdades do indivíduo e se estas são diversas e variadas, deve-se estabelecer uma hierarquia entre elas, porque algumas são mais importantes para o homem em sociedade do que outras. ‘A liberdade de exprimir o pensamento, a liberdade de trabalhar, de se alimentar convenientemente, de morar decentemente, de se instruir, são liberdades mais necessárias que a de contratar.’ ‘A liberdade de contratar a não importa que condições, a não importa que preço, com não importa quem, mostrou que pode conduzir à asfixia dos outros direitos e liberdades, que são mais importantes para a felicidade de todos e de cada um. Se ao preço de um certo abandono da liberdade contratual, nós aumentarmos a eficácia dos outros direitos e liberdades, o balanço será ainda positivo e benéfico.’” Cf. NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 121-122.

⁴⁷³ “Esto, que muchas veces aparece como novedoso, no es absolutamente original: conforme al pensamiento de Rousseau, ‘hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la libertad general’ concerniente al ‘interés común’.” Cf. ALTERINI, Atílio A; CABANA, Roberto M. López. **La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 15-16.

3 ABORDAGEM ESTRUTURAL E HISTÓRICO-PARADIGMÁTICA DO CONTRATO À LUZ DO ESTADO PÓS-SOCIAL

Como já observamos, a História é marcada por uma sucessão de acontecimentos interligados, cada qual buscando superar as deficiências do momento anterior e suscetível de ser superado pelo posterior. Assim se deu com a derrocada do Absolutismo e o surgimento do Estado Liberal, que por sua vez foi superado pelo Estado Social. Percebemos, contudo, que os paradigmas não se excluíram completamente, isto é, não há uma passagem absoluta de um momento para o outro.

A grande demonstração dessa “agregação de paradigmas” pode ser conferida nas gerações/dimensões de direitos fundamentais, com a agregação dos direitos fundamentais sociais ou de prestação ao catálogo de direitos fundamentais liberais ou de defesa, aumentando o leque de direitos fundamentais a serem protegidos e promovidos. Esse fenômeno de agregação também é perceptível nos princípios contratuais: observamos que os princípios contratuais liberais persistiram no paradigma social, embora tenham sofrido alterações para se adequarem ao novo momento, tal qual a transformação da autonomia da vontade em autonomia privada, a mitigação da força obrigatória e do relativismo contratual.

Adentramos, agora, em um novo momento. Por uma série de motivos, a seguir expostos, o Estado Social, que havia superado o Estado Liberal, será também superado por um novo modelo, o chamado Estado Pós-Social, dotado de características próprias, como teremos oportunidade de analisar. Iniciamos esse terceiro e último capítulo com uma nova passagem de paradigmas.

Buscaremos, nesse capítulo, seguir a mesma metodologia de análise do capítulo anterior, agora sob o paradigma do Estado Pós-Social. Serão abordadas as características principais desse modelo, com a consequente evolução na teoria dos direitos fundamentais. Estudaremos o movimento paradoxal da recodificação e da deslegalização, bem como analisaremos a chamada jurisprudência das valorações, movimento que se seguiu à jurisprudência dos interesses acima abordada. Quanto ao contrato, entre outras coisas, exporemos a necessidade de se criar e de se trabalhar com uma duplidade de regimes – contratos existenciais e contratos de lucro.

3.1 O ESTADO PÓS-SOCIAL: NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO ESTATAL

Ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, que tiveram eventos e constituições significativas, que funcionaram como “marcos” de seus inícios, o Estado Pós-Social e a

polêmica pós-modernidade que o acompanha não possuem, ainda, um marco temporal claro, de modo que, como veremos abaixo, a análise de seu surgimento será permeada pela consideração de peculiaridades que nos permitirão concluir, ao final, que vivenciamos um momento ao menos diferente do que fora o paradigma anterior do Estado Social.

O Estado Social, após anos de pujança, crescimento econômico, diminuição da taxa de desemprego e melhoria da condição social da população, que foram chamados de “anos dourados”⁴⁷⁴, apresentou sinais de sua falência.⁴⁷⁵ Conscientes do perigo dos reducionismos e almejando somente contextualizar a passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social, pensamos ser possível apontar três grandes fatores desse processo: os excessos da burocracia estatal e a ineficiência dos serviços públicos; o fim da bipolaridade mundial (fim da Guerra Fria), que abriu espaço para o neoliberalismo; e o extraordinário desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, com a aceleração da globalização. Esses processos acompanham o discurso da passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade, como veremos.

Para Daniel Sarmento, a crise do Estado de Bem-Estar Social é instaurada com os dois choques do petróleo da década de 70, que abalaram as economias dos países desenvolvidos. O Estado Providência, que havia se agigantado, mostrou-se desordenado e excessivamente burocrático para dar conta dos momentos de crise e de tensão, passando a inadimplir as funções antes assumidas. Ainda, com a progressiva democratização, demandas antes reprimidas vieram paulatinamente à tona, o que tornou cada vez mais difícil o atendimento de todos os setores sociais. Para o autor, por fim, a melhoria da qualidade de vida proporcionada pelo Estado Social

⁴⁷⁴ “A maioria dos seres humanos atua como os historiadores: só em retrospecto reconhece a natureza de sua experiência. Durante os anos 50, sobretudo nos países ‘desenvolvidos’ cada vez mais prósperos, muita gente sabia que os tempos tinham de fato melhorado, especialmente se suas lembranças alcançavam os anos anteriores à Segunda Guerra Mundial. Um primeiro-ministro conservador britânico disputou e venceu uma eleição geral em 1959 com o *slogan* ‘Você nunca esteve tão bem’, uma afirmação sem dúvida correta. Contudo, só depois que passou o grande *boom*, nos perturbados anos 70, à espera dos traumáticos anos 80, os observadores – sobretudo, para início de conversa, os economistas – começaram a perceber que o mundo, em particular o mundo do capitalismo desenvolvido, passara por uma fase excepcional de sua histórica; talvez uma fase única. Buscaram nomes para descrevê-la: ‘os trinta anos gloriosos’ dos franceses (*les trente glorieuses*), a Era de Ouro de um quarto de século dos anglo-americanos (Marglin & Schor, 1990). O dourado fulgiu com mais brilho contra o pano de fundo baço e escuro das posteriores Décadas de Crise.” Cf. HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914-1991.** Trad. Marcos Santarrita. Rev. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 253.

⁴⁷⁵ “O período progressista, de enriquecimento e estabilidade do capitalismo, logo deu sinais de exaustão, provocando as primeiras desordens. Os anos dourados da propaganda, da música, do sonho americano, da imigração para o continente americano, da reconstrução do pós-guerra, da corrida espacial, da conquista da Lua, logo se transformaram em anos de chumbo, com consequências socioeconômicas as mais nefastas. Isso porque, juntamente com a crise econômica, adveio a crise do próprio Estado, tais os comprometimentos entre as duas instâncias.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141. Nesse sentido, também GHERSI, Carlos Alberto. **La Posmodernidad Jurídica – Una discusión abierta.** 3^a ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Gowa, 2000, p. 25 e ss.

e o consequente envelhecimento populacional colocaram em xeque as duas grandes vedetes desse modelo, o financiamento da saúde e a previdência social.⁴⁷⁶ O Estado Social, encarnado no Poder Executivo, que havia tomado para si as “rédeas da sociedade”, portando-se como benfeitor e segurança, viu-se diante de limites operacionais, posto que as pretensões sociais passaram a crescer em ritmo mais acelerado que a possibilidade de o Estado provir as prestações.⁴⁷⁷

A burocracia, que antes havia sido a “fórmula mágica”, o mais alto grau de racionalidade, responsável pelo bom funcionamento do Estado, passou a ser um dos problemas do próprio Estado Social, encarnando cada vez mais a noção de ineficiência do serviço público. Se, por um lado, a divisão do trabalho estatal em assuntos especializados exigiu a especialização do próprio servidor público e, teoricamente, proporcionou a profissionalização desse servidor – com todas as benesses de uma atividade profissionalizada -, a burocracia, por meio da própria especialização, apresentou desvantagens consideráveis, como “[...] os perigos do

⁴⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26. Nesse sentido, Zippelius: “Já Tocqueville nos advertia acerca do Estado que administra tudo, tutela e dirige todos, que ele se converte em único socorro em todos os casos de necessidade, em educador e benfeitor nacional. O Estado social-democrático de previdência arroga-se, em larga medida, a protecção do cidadão pretensamente adulto contra si mesmo. [...] Um Estado deste tipo envolve a sociedade numa rede de complicadas prescrições de pormenor, minuciosamente formuladas e uniformes, que não quebram a vontade dos cidadãos, mas a orientam, inibem, oprimem e desgastam. [...] O dirigismo globalizante entra em conflito com a necessidade, profundamente enraizada, de desenvolvimento pessoal. Ela esvazia os direitos individuais de liberdade, asfixia a iniciativa privada e paralisa a função selectiva da concorrência.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 472-473.

⁴⁷⁷ Zippelius acata esse ponto de vista, mas também propõe uma outra hipótese. Para o autor, a “falência” do Estado Social também pode estar associada a uma mudança de postura da pessoa humana, que “se cansa” de ser totalmente provida pelo Estado e passa a buscar seus objetivos com suas próprias forças, o que lhe traria mais felicidade. Em suas palavras: “Quando a procura existencial do Estado atinge um determinado grau de intensidade, a continuação do alargamento das prestações públicas de assistência e abastecimento parece já não ser acompanhado por uma aceitação crescente face ao Estado, mas antes por um certo desagrado sentido por largas partes da população em relação ao Estado. Isso pode significar que as pretensões crescem com maior rapidez do que as prestações. No entanto, bem pode ser indício de na pessoa humana se encontrar intimamente associada ao respeito por si própria, a necessidade de autonomia e autarquia, pelo menos em pequena escala. Quase todas as pessoas sentem maior prazer com aquilo que alcançaram por elas próprias do que com aquilo que lhes foi dado. Dentro de certos limites o indivíduo também quer ser desafiado a responder e cuidar de si e dos que lhe são próximos, procurando a oportunidade, com os riscos inerentes, de vencer na vida e de destacar-se perante os outros. Em suma: contraria a natureza humana tanto ser totalmente assistido como ser universalmente tutelado. Dito com as palavras de Abraham Lincoln: ‘Não se ajudarão as pessoas a longo prazo, fazendo por elas o que elas deveriam e poderiam fazer por elas próprias’.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefcke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 473-474. Ao nosso ver, parece que essa segunda hipótese proposta por Zippelius tem cabimento somente naqueles dois tipos de Estados Sociais denominados por Bonavides de “Estado Social transformador do *status quo*” e de “Estado Social totalizador”, que são os tipos estatais em que há realmente um maior ou completo aniquilamento das liberdades individuais em prol de um projeto estatal. Quanto aos outros dois tipos de Estado Social, o “Estado Social conservador” e o “Estado Social concretizador da igualdade e da justiça social”, não nos parece que haja espaço para essa observação. Vide item 2.2 acima. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10^a ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 386-391.

perfeccionismo no detalhe, do egoísmo e ‘cegueira de serviço’.”⁴⁷⁸ Zippelius critica a burocracia na medida em que, ao invés de ser um instrumento a bem serviço do Estado, passou a ser um fim em si mesma, dotada de vida própria e, por isso, recheada de desvantagens. O autor, então, qualifica-a como: importuna, na medida em que o “curso normal” dos procedimentos pode esconder, em verdade, preguiça mental, falta de iniciativa e perda de responsabilidade pelo resultado global; dispendiosa, posto que morosa e propensa a automatismos perigosos; introvertida, no sentido de que quanto maior se tornam, mais se convertem em finalidades de si próprias.⁴⁷⁹ Observamos, assim, a decadência da burocracia weberiana, enquanto forma de dominação legal-racional, como instrumento apto a sustentar, racionalmente, a estrutura estatal.⁴⁸⁰

Além desse problema interno à sua própria estrutura, o Estado Providência ainda assistiu ao fim de um dos mais tensos conflitos mundiais, o fim da Guerra Fria, materializado pela Queda do Muro de Berlim, em 1989, que representou o fim da bipolaridade mundial entre Estados Unidos da América (EUA), símbolo capitalista, e União das Repúblicas Socialistas

⁴⁷⁸ “Os assuntos nos quais a pessoa é especialista e com que lida constantemente são sobrevalorizados, ao passo que outros interesses não são atendidos ou são menosprezados. Esta deficiência pode ser compensada pela participação (p. ex.: ‘co-referenda’) de outros serviços ou autoridades. Por esta via, reunir-se-ão, inclusivamente, os conhecimentos técnicos e a experiência de vários especialistas. Por outro lado, esta técnica afigura-se dispendiosa em tempo e custos, sendo, portanto, economicamente suportável apenas onde se procura alcançar um resultado de alta qualidade e bem equilibrado, como sucede, p. ex., na elaboração de um projeto de lei. A distribuição de todas as funções do Estado segundo um esquema de matérias transporta ainda o risco de as tarefas públicas não ‘programadas’ serem negligenciadas e, relacionado com isto, a falta de flexibilidade da burocracia em face de necessidades constantemente cambiantes, ou seja, uma tendência para a inércia que pode dar à burocracia um aspecto retrógrado.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 487.

⁴⁷⁹ Além dessas características negativas, Zippelius critica, por fim, o que ele denomina de “proliferação insuportável das autoridades”. Em suas palavras: “Entre os pontos negativos, deve inscrever-se, finalmente, a proliferação, cada vez mais insuportável, das autoridades. Uma das razões reside na tendência para aperfeiçoar sempre mais as estruturas jurídicas e administrativas e para submeter cada vez mais problemas da vida social à direção estatal. Uma outra razão encontra-se na pressão, não raras vezes formulada por chefes de órgãos e de serviços, no sentido de alargar o aparelho que lhes está subordinado: em parte por incapacidade de restringir o seu trabalho ao essencial, em parte também porque com o tamanho do órgão ou do serviço normalmente aumentam as oportunidades de progressão na carreira dos chefes. Foi precisamente a proliferação cancerosa das burocracias, associada a um excesso de regulações, previdências e intervenções estatais, que fez com que entrasse na consciência colectiva que a assistência e tutela excessivas pelo Estado, mesmo quando se realizam em moldes do Estado de Direito, restringem a liberdade. O seu crescente peso no jogo das forças estatais conduziu também inevitavelmente a uma politização das burocracias de um modo tal que contradiz a sua função ‘neutral’. Tudo isto levou a que um dos imperativos políticos mais prementes dos nossos tempos consista em desbastar as burocracias e limitar novamente a sua acção a uma medida razoável.” Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 491-492.

⁴⁸⁰ O rechaço da burocracia é uma das *consequências* da pós-modernidades, que rejeita as metanarrativas da modernidade, dentre as quais se destacam o racionalismo burocrático de Max Weber. Podemos interpretar, por outro lado, a decadência da burocracia como uma das *causas* da pós-modernidade, posto que sua decadência demonstra, de forma inequívoca, as falhas da modernidade. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46 e ss.

Soviéticas (URSS), símbolo socialista.⁴⁸¹ Sobre a importância e a incerteza desse momento, assim se pronunciou Eric Hobsbawm:

O fim da Guerra Fria provou ser não o fim de um conflito internacional, mas o fim de uma era: não só para o Oriente, mas para todo o mundo. Há momentos históricos que podem ser reconhecidos, mesmo entre contemporâneos, por assinalar o fim de uma era. Os anos por volta de 1990 foram uma dessas viradas. Mas, embora todos pudessem ver que o antigo mudara, havia absoluta incerteza sobre a natureza e as perspectivas do novo.⁴⁸²

Como observamos no segundo capítulo, a construção teórica e jurídica do Estado Social foi uma reação para controlar ou resolver os problemas gerados pelos excessos políticos e econômicos do individualismo e liberalismo, que haviam acentuado o quadro de exploração do homem pelo homem e propiciado extrema desigualdade e injustiça social. Vimos, ainda, que, dentre outros motivos, a Revolução Russa de 1917, que havia instalado o regime socialista e disseminado sua ideologia para cerca de um terço da humanidade, causou forte receio nas nações capitalistas industrializadas que, reduzindo seus radicalismos liberais, diminuíram as resistências para a implantação do *Welfare State*. Nesse movimento, surgiu a doutrina do solidarismo, social e jurídico, com a missão de apresentar uma terceira via, uma saída para o embate entre o liberalismo e o socialismo, visando modificar a superestrutura social sem ter que revolucionar a estrutura econômica. Enfim, o surgimento do Estado Social se deu essencialmente por necessidade do próprio liberalismo capitalista.⁴⁸³

Pois bem. Se o Estado Social mostrou-se uma reação aos infortúnios do Estado Liberal e uma opção ao Estado Socialista, o quadro que se desenha, agora, é distinto: já não mais subiste o “perigo socialista” e os excessos individualistas e liberais foram – supostamente - contidos. Pergunta-se, então: é ainda necessário o Estado Social? É nesse momento que surge com toda força a doutrina neoliberal. Segundo Bonavides,

Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida, assim como o termo das ideologias que lhes serviam de sustentação. Nunca se louvou tanto a economia de mercado do capitalismo quanto agora, apregoando-se virtudes que lhe seriam ínsitas. Os restauradores assumem ares de promotores vitoriosos de um acelerado retorno ao Estado liberal. Tudo, porém, à sombra de um neoliberalismo que, até certo ponto, desfalca e contradiz a essência do Estado social.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ “Em 1989, cai o Muro de Berlim, que dividira a antiga capital germânica entre russos e ocidentais. ‘A História mundial recente mostra a bancarrota política dos estados totalitários caracterizados pelo extremo centralismo e sufocamento das liberdades individuais e de expressão, sobre a falsa fachada de garantidores de uma igualdade social. A queda do muro de Berlim foi o marco mais concreto de que os regimes atentatórios aos direitos fundamentais, e por isso opressores, não estão encontrando legitimidade para se manterem.’ Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 170.

⁴⁸² HOBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. O breve século XX: 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. Rev. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 252.

⁴⁸³ Ver item 2.1.

⁴⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

Sob os influxos neoliberais, o Estado Social e as ideologias que lhe sustentaram passaram a ser alvo de constantes ataques.⁴⁸⁵ O Estado Providência, os direitos sociais, o solidarismo jurídico, as políticas públicas de promoção de justiça social e, principalmente, o intervencionismo estatal na economia – o dirigismo contratual –, antes tão necessários à salvação do próprio sistema capitalista, agora foram relegados à segundo plano em nome de uma nova teoria política e econômica,⁴⁸⁶ que mudou o cenário socioeconômico mundial.⁴⁸⁷

Os principais construtores teóricos do neoliberalismo foram os autores da Escola de Chicago, dentre os quais se destacam Milton Friedman e Friedrich August von Hayek, críticos ferrenhos do Estado de Bem-Estar.⁴⁸⁸ Segundo David Harvey,

⁴⁸⁵ HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 30. Ainda, nesse sentido: “O mito do Estado caro (entre nós, e. g., há uma expressão de almanaque: custo Brasil) e o horror ao funcionalismo público são repetidos à exaustão; é a velha crítica ao Estado social: ‘A dilatação do executivo [...] começou depois a desdobrar-se e a fazer expandir o fenômeno da *burocracia*. A burocracia, tendência de todas as grandes organizações históricas em sua fase final, começou a ser denunciada desde certo tempo, quando também começaram as reclamações contra a hipertrofia do poder executivo e a impressionante multiplicação dos serviços públicos.’ Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011, p. 174.

⁴⁸⁶ Bonavides tece o seguinte comentário quanto à postura neoliberal frente à atuação do Estado, apontando certa contradição na teoria: “Relegados estes a um desprezo teórico, nem por isso deixa o Estado de ser prontamente invocado e utilizado toda vez que um interesse empresarial mais influente, nascido das situações de emergência, dele se pode valer para embargar crises ou remover embaraços funcionais da própria economia capitalista.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

⁴⁸⁷ “Os futuros historiadores poderão coerentemente ver os anos 1978-80 como um ponto de ruptura revolucionário da história social e econômica do mundo. Em 1978, Deng Xiaoping deu os primeiros passos fundamentais para a liberalização de uma economia gerida por um governo comunista em um país que abrigava 20% da população mundial. O trajeto que Deng definiu iria transformar a China, em duas décadas, de um remoto país fechado num centro aberto de dinamismo capitalista com taxas de crescimento constantes sem paralelo na história humana. Do outro lado do Pacífico, e em circunstâncias completamente diferentes, uma figura relativamente obscura (mas agora renomada) chamada Paul Volcker assumiu comando do Banco Central dos Estados Unidos (FED) em julho de 1979, e no curso de alguns meses mudou dramaticamente a política monetária. O FED a partir de então assumiu a liderança na luta contra a inflação, independentemente das consequências (em particular no que se refere ao desemprego). Do outro lado do Atlântico, Margaret Thatcher já tinha sido eleita primeira-ministra da Grã-Bretanha, em maio de 1979, com a tarefa de restringir o poder dos sindicatos e levar ao fim uma destruidora estagnação inflacionária que envolvera o país na década precedente. Então, em 1980, Ronald Regan foi eleito presidente dos Estados Unidos e, armado com uma genialidade e um carisma pessoal, impeliu seu país a revitalizar a economia, ao apoiar as decisões de Volcker no FED e adicionar sua própria mistura particular de políticas destinadas a restringir o poder do trabalho, desregular a indústria, a agricultura e os setores extrativistas, assim como liberar os poderes das finanças tanto internamente como no cenário mundial. A partir desses diversos epicentros, os impulsos revolucionários aparentemente se disseminaram e reverberaram para impor ao mundo que nos cerca uma imagem totalmente diferente.” Cf. HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 11.

⁴⁸⁸ “No plano teórico, esta cosmovisão, que podemos chamar de neoliberal, tem como ícone o pensamento do austriaco Friedrich August von Hayek, elaborado ainda na primeira metade do século XX. Este crítico infatigável do *Welfare State*, partindo da premissa de que a ‘ordem espontânea’, decorrente das leis do mercado, é sempre superior às tentativas de planejamento humano, insurgia-se contra a própria idéia de justiça social (que ele chama de ‘conceito fatal’), pois esta pressupõe uma intervenção estatal na esfera privada na busca da redistribuição de riquezas, que acaba sempre oprimindo a liberdade individual. Assim, Hayek defendia o Estado mínimo, e, coerentemente com esta visão, enunciou, numa obra de maturidade, a sua definição

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos à propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados.⁴⁸⁹

O neoliberalismo enaltece apenas dois tipos de liberdade: a liberdade de ser proprietário e a liberdade contratual. Relega à segundo plano as liberdades positivas, condições mínimas de liberdade e direitos sociais. Confiando, ao melhor estilo de Adam Smith, na *Mão Invisível* do Mercado como única instância legítima a atuar sobre a economia, a teoria neoliberal rechaça toda e qualquer intervenção estatal que não seja voltada para garantir as condições de liberdade do mercado. O Estado intervencionista passa a ser encarado como vilão. Assim, as palavras de ordem são a *desregulamentação* dos mercados, com consequente mitigação de direitos sociais, trabalhistas e encargos tributários, *eliminação de barreiras* à entrada e saída do capital externo, e *fim do protecionismo* como forma de conferir ampla liberdade ao mercado e aos investidores.⁴⁹⁰

Trata-se da busca pela volta do Estado mínimo.⁴⁹¹ Parte-se do pressuposto de que a liberdade de mercado e de comércio são pré-requisitos indispensáveis à garantia das liberdades individuais. Nota-se, portanto, que a teoria neoliberal eleva a um patamar sagrado justamente

minimalista de direitos fundamentais como ‘direitos que simplesmente pretendem proteger a liberdade individual, como ausência de coerção arbitrária’.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

⁴⁸⁹ Harvey ainda nos informa que a primeira experiência neoliberal ocorreu no Chile, após o golpe de Pinochet, financiado pelas elites capitalistas chilenas e apoiado pelos EUA, contra o governo democraticamente eleito de Salvador Allende, que demonstrava tendência socialista. HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 12- 19.

⁴⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 44. “A Nova Direita, que ganhou força a partir dos governos de Margaret Thatcher e de Ronald Regan nos Estados Unidos, conjuga o conservadorismo no campo social (preocupação com os valores familiares tradicionais, truculência em relação às minorias, política do *law and order* no campo penal etc.), com o liberalismo na seara econômica, na qual preconiza uma diminuição do tamanho do Estado, com a redução drástica dos gastos sociais.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27-28.

⁴⁹¹ “Estes e outros fatores levaram autores, no passado vinculados à esquerda, como o Professor Canotilho, a proclamar, bombasticamente, mas não sem uma certa dose de melancolia, que ‘a constituição dirigente morreu!’. O atestado de óbito é especialmente significativo, pois foi lavrado exatamente por aquele que firmara e difundira o conceito da constituição dirigente. Na verdade, a visão neoliberal prefere um modelo constitucional mais sintético e procedural, no qual a constituição, castrada da sua carga substantiva e de suas pretensões transformadoras, voltaria a ser um estatuto do Estado, tal como no figurino liberal anterior a Weimar. Nesta constituição, não haveria espaço para normas programáticas ou para direitos sociais, vistos como constrangimentos para a atuação das forças políticas e entraves para o desenvolvimento econômico. O tempo, enfim, é de refluxo para o constitucionalismo.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31-32.

as liberdades dos detentores da propriedade privada (negócios, corporações multinacionais, capital financeiro).⁴⁹² Inverte-se a lógica do Estado Intervencionista: enquanto neste as liberdades individuais somente seriam plenamente exercidas quando todos tivessem as condições mínimas de exercê-las – condições a serem prestadas pelo Estado -, no Estado Neoliberal as liberdades individuais serão plenamente exercidas justamente pela ausência do Estado do cenário socioeconômico que, para essa teoria, evitaria o sufocamento das liberdades individuais, que poderiam florescer sem obstáculos. Harvey, que denomina a política econômica do Estado Social de “liberalismo embutido”, por estar circundado por uma rede de restrições sociais e políticas – dirigismo econômico -, afirma que o projeto neoliberal busca justamente desvencilhar o capital, que deixaria de estar embutido em regulações e passaria a ter plena liberdade.⁴⁹³

Percebemos, agora, que além da derrocada da burocracia, outro pilar fundamental do Estado Social cai por terra: a indiscutível necessidade de intervenção no cenário socioeconômico passa a ser o inimigo número um da nova teoria econômica. A retirada do Estado desse campo consolida-se com o evento conhecido como Consenso de Washington, financiado pela Secretaria do Tesouro dos EUA, Banco Mundial, FMI e principais instituições bancárias do G-7, quando as ideias neoliberais tornaram-se hegemônicas, as quais podem ser reduzidas à “[...] abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho.”⁴⁹⁴

Enquanto inimigo do constitucionalismo social, dos direitos de segunda dimensão, dos direitos trabalhistas, das organizações sindicais e da regulação econômica com vistas ao bem-estar social, o neoliberalismo, segundo Eros Roberto Grau, ataca diretamente a própria democracia – substancial -, elegendo como seu principal inimigo o próprio Estado Democrático

⁴⁹² HARVEY, David. **O Neoliberalismo: história e implicações**. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 17.

⁴⁹³ HARVEY, David. **O Neoliberalismo: história e implicações**. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 21.

⁴⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28. “Já em 1989 a fera afia as garras: ‘O consenso de Washington não foi fruto de uma conspiração do FMI/Banco Mundial com o governo norte-americano. Com o esfacelamento final da União Soviética e a imposição absoluta da hegemonia norte-americana, o Consenso de Washington não foi nada mais do que a sistematização e a generalização de uma receita já testada e praticada muito precocemente na América Latina, no Chile do general Pinochet, e, em termos mundiais, nos Estados Unidos e Grã-Bretanha pelos governos Reagan e Thatcher. Como se sabe, a expressão Consenso de Washington surgiu num encontro organizado em Washington, em novembro de 1989 [...]’” Cf. HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 171-172.

de Direito.⁴⁹⁵ Em sentido semelhante, Harvey afirma que o neoliberalismo pode ser interpretado sob dois enfoques: sob o enfoque econômico, seria um projeto utópico de reorganizar o capitalismo internacional; sob o enfoque político, seria um projeto que, em verdade, tem como objetivo permitir o acúmulo de capital e a consequente restauração de poder das elites econômicas. O autor expressamente confessa sua preferência pelo segundo enfoque, por ser mais condizente com a realidade dos dados econômicos e sociais oriundos da implantação das políticas neoliberais, que demonstram altíssima concentração de renda, acompanhada de um vertiginoso crescimento da desigualdade social.⁴⁹⁶

Embora a Constituição Federal de 1988 seja marcadamente uma constituição social, caracterizando o Estado brasileiro como um Estado de Bem-Estar,⁴⁹⁷ já vivenciamos inúmeras influências neoliberais: extinção de certas restrições ao capital estrangeiro (EC nº 6 e 7); flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC nº 5, 8 e 9); a implementação do programa de privatizações promovido na década de 90, que importou na alienação de empresas estatais estratégicas, como a Vale do Rio Doce e a Telebrás; a reforma da Administração Pública (EC nº 19), que visou substituir a administração burocrática por uma administração gerencial, pautada no princípio da eficiência; a reforma da previdência social (EC nº 20), que visou enxugar os gastos públicos.⁴⁹⁸

Dentro de nossa breve análise, o terceiro e último fator para a “crise do Estado Social”⁴⁹⁹ e sua consequente superação pelo Estado Pós-Social, pautado no neoliberalismo, é o fenômeno

⁴⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 49.

⁴⁹⁶ “Depois da implementação de políticas neoliberais no final dos anos 1970, a parcela da renda nacional do 1% mais rico dos Estados Unidos disparou, chegando a 15% (bem perto de seu valor pré-Segunda Guerra Mundial) perto do final do século. O 0,1% mais rico dos Estados Unidos aumentou sua parcela da renda nacional de 2% em 1978 para mais de 6% por volta de 1999 [...] O 1% mais rico da Grã-Bretanha dobrou sua parcela da renda nacional a partir de 1982: de 6,5% a 13%. [...] A onda de privatização no México a partir de 1992 lançou uns poucos indivíduos (como Carlos Slim) quase da noite para o dia na lista dos mais ricos do mundo da revista *Fortune*. [...] os dados sugerem vigorosamente que a virada neoliberal está de alguma maneira e em algum grau associada à restauração ou reconstrução do poder das elites econômicas.” Cf. HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 26-27.

⁴⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 38-39.

⁴⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32.

⁴⁹⁹ “A onda liberalizante dos anos oitenta do século XX, com as privatizações, a ‘desregulação’ e o reforço da concorrência, determinou a retração do Estado do controle e do exercício das empresas e marcou uma época de restrição do peso das intervenções estatais públicas sobre a economia, com os desdobramentos do que se convencionou rotular como ‘a crise do Estado Social’, cujo início pode ser reconhecido no início dos anos 70. A chamada ‘crise do Estado’ refere-se, em geral, à crescente complexidade (e disfuncionalidade) do Estado; à consequente ‘ingovernabilidade sistemática’ das sociedades complexas e ao fenômeno do poder difuso (pluralismo das fontes de poder). Seu alcance variava de acordo com o enfoque escolhido, de modo que, para os conservadores, é crise do Estado democrático e para os socialistas é crise do Estado capitalista.” Cf.

da globalização, propiciado, dentre outros motivos, pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação (TIC).⁵⁰⁰ Observaremos que o fenômeno da globalização, embora distinto, em muito colaborou para a expansão e “vitória” do neoliberalismo.⁵⁰¹

A “globalização”, segundo Boaventura de Souza Santos, é um processo multifacetado, pois envolve não apenas o campo econômico, mas também o aspecto político e cultural.⁵⁰² O próprio Boaventura, entretanto, reconhece que a globalização econômica é a sua principal face e, assim, a que mais influencia as demais.⁵⁰³ Giddens também reconhece que a globalização “[...] é criada pela convergência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos [...] impelida, sobretudo, pelo desenvolvimento de tecnologias da informação e da comunicação que intensificaram a velocidade e o alcance da interação entre as pessoas ao redor do mundo.”⁵⁰⁴

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 98-99.

⁵⁰⁰ David Harvey tece a ligação entre neoliberalismo e o desenvolvimento das TIC. Assim, o neoliberalismo “[...] sustenta que o bem social é maximizado se se maximizam o alcance e a freqüência das transações de mercado, procurando enquadrar todas as ações humanas no domínio do mercado. Isso requer tecnologias de criação de informações e capacidades para acumular, armazenar, transferir, analisar e usar massivas bases de dados para orientar decisões no mercado global. Disso decorre o interesse do neoliberalismo pelas tecnologias de informação e sua promoção dessas tecnologias (o que levou alguns a proclamar a emergência de um novo tipo de ‘sociedade da informação’). Essas tecnologias comprimiram a crescente densidade das transações de mercado tanto no espaço como no tempo; produziram uma expansão particularmente intensa do que denominiei alhures ‘compressão do tempo-espacó’: quanto mais ampla a escala geográfica (o que explica a ênfase na ‘globalização’) e quanto mais curtos os períodos de tempo dos contratos de mercado, tanto melhor.” Cf. HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 13.

⁵⁰¹ “A globalização é um fato histórico; o neoliberalismo, uma ideologia. A ‘globalização’ decorre da terceira Revolução Industrial – informática, microeletrônica e telecomunicações -, realizando-se como ‘globalização financeira’. [...] Quero dizer, com isso, (i) que não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo e (ii) que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas.” Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 47.

⁵⁰² “Nas três últimas décadas, as interacções transnacionais conheceram uma intensificação dramática, desde a globalização dos sistemas de produção e das transferências financeiras, à disseminação, a uma escala mundial, de informação e imagens através dos meios de comunicação social ou às deslocações em massa de pessoas, quer como turistas, quer como trabalhadores migrantes ou refugiados. A extraordinária amplitude e profundidade destas interacções transnacionais levaram a que alguns autores as vissem como ruptura em relação às anteriores formas de interacções transfronteiriças, um fenómeno novo designado por ‘globalização’. [...] Uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenómeno multifacetado com dimensões económicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenómeno parecem pouco adequadas.” Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-26.

⁵⁰³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27 e 38.

⁵⁰⁴ GIDDENS, Anthonny. **Sociologia.** Trad. Sandra Regina Netz. 4ª ed. Porgo Alegre: Artmed, 2005, p. 61. Miguel Reale também reconhece a revolução propiciada pela tecnologia da informação e da comunicação, quando afirma que “Se a primeira e a segunda fase do Direito Moderno correspondem, respectivamente, ao *vapor* e à *eletricidade* como fontes de energia, podemos correlacionar à *energia atômica* e à *eletrônica* uma nova fase da experiência jurídica, ainda em processamento e, por isso mesmo, objeto de prudente configuração, sem olvido, é claro, de fatores de ordem espiritual.” Cf. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 113.

Boaventura de Sousa Santos divide a globalização em: globalização econômica (onde atua o neoliberalismo), globalização social⁵⁰⁵, globalização política⁵⁰⁶ e globalização cultural.⁵⁰⁷ Quanto à globalização econômica, Boaventura elenca três principais inovações institucionais: restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações suscetíveis de serem objeto de propriedade intelectual; e subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais, a exemplo do Banco Mundial e do FMI. Em seguida, o autor reconhece que são os países periféricos e semiperiféricos, onde situa-se o Brasil, os que mais estão sujeitos às imposições neoliberais, posto que essas imposições são colocadas como condições indispensáveis à renegociação de dívidas externas.⁵⁰⁸ Em nome da política econômica neoliberal, os países, notadamente os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, perdem em soberania.

Em sentido parecido, Ulrich Beck distingue os termos “globalização” e “globalismo”. Para o autor, “globalização” ou “globalidade” – em sua visão um processo irreversível – representa os entrechoques de diversas formas econômicas, culturais e políticas na “sociedade

⁵⁰⁵ “Quanto às relações sócio-políticas, tem sido defendido que, embora o sistema mundial moderno tenha sido sempre estruturado por um sistema de classes, uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados externamente fracos da periferia e da semiperiferia do sistema mundial. As empresas multinacionais são a principal forma institucional desta classe capitalista transnacional e a magnitude das transformações que elas estão a suscitar na economia mundial está patente no facto de que mais de um terço do produto industrial mundial é produzido por estas empresas e de que uma percentagem muito mais elevada é transaccionado entre elas. [...] As novas desigualdades sociais produzidas por esta estrutura de classe têm vindo a ser amplamente reconhecidas mesmo pelas agências multilaterais que têm liderado este modelo de globalização, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.” Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 32-33.

⁵⁰⁶ “Por um lado, os Estados hegemónicos, por eles próprios ou através das instituições internacionais que controlam (em particular as instituições financeiras multilaterais), comprimiram a autonomia política e a soberania efectiva dos Estados periféricos e semiperiféricos com uma intensidade sem precedentes, apesar de a capacidade de resistência e negociação por parte destes últimos poder variar imenso. Por outro lado, acentuou-se a tendência para os acordos políticos interestatais (União Europeia, NAFTA, Mercosul). [...] Bob Jessop identifica três tendências gerais na transformação do poder do Estado. Em primeiro lugar, a *desnacionalização do Estado* [...] Em segundo lugar, a *de-estatização dos regimes políticos* [...] E, finalmente, uma tendência para a *internacionalização do Estado nacional*. [...] A tendência geral consiste em substituir até ao máximo que for possível o princípio do Estado pelo princípio do mercado.” Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 35-44.

⁵⁰⁷ “A questão é de saber se o que se designa por globalização não deveria ser mais correctamente designado por occidentalização ou americanização. [...] Neste contexto, os meios de comunicação electrónicos, especialmente a televisão, têm sido um dos grandes temas em debate. [...] Esta temática articula-se com outra igualmente central no âmbito da globalização cultural: o de saber até que ponto a globalização acarreta homogeneização. [...] A ideia de uma cultura global é, claramente, um dos principais projetos da modernidade. [...] Contudo, a maior parte dos autores sustenta que, apesar da sua importância, estes processos estão longe de conduzirem a uma cultura global. A cultura é por definição um processo social construído sobre a intercepção entre o universal e o particular.” Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 44-49.

⁵⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 31.

mundial”, de modo que os Estados nacionais passam a ver-se num entrecruzamento de atores transnacionais, o que afeta sua soberania, identidade, redes de comunicação e de poder. Globalização, portanto, é fenômeno plural. Por sua vez, o termo “globalismo” restringe-se unicamente ao campo do mercado mundial, que teria o condão de banir ou substituir a ação política dos Estados nacionais. Globalismo, conceito inserido na ideologia neoliberal, seria o império do mercado sobre todas as outras instituições. Tratar-se-ia de procedimento monocausal subordinador de tudo e de todos à economia.⁵⁰⁹

Pelas definições acima, podemos compreender que o termo “globalização econômica”, de Boaventura de Souza Santos, equivale-se ao termo “globalismo”, de Ulrich Beck, e, em ambos, presenciamos o “elemento subordinador” desse fenômeno sobre os países, principalmente os não desenvolvidos, que devem atender às demandas neoliberais, por meio de expedientes como a flexibilização de direitos sociais e a retirada do Estado da seara socioeconômica.⁵¹⁰ Sobre essa “violação” à soberania dos Estados nacionais, José Eduardo Faria assim dispõe sobre as consequências no mundo jurídico:

Nessa ordem sócio-econômica, de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica; suas “regras de mudança”, suas “regras de reconhecimento” e suas “regras de adjudicação”, que até então asseguravam a operacionalidade a funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora ineficazes; direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais há tempos institucionalizados são crescentemente “flexibilizados” ou “desconstitucionalizados [...]”⁵¹¹

Observamos, portanto, que a globalização debilita o Estado nacional, que cada vez mais, sob pressão neoliberal internacional⁵¹², perde o domínio sobre sua economia e, consequentemente, sobre sua política e ordenamento jurídico, que deverão se adequar ao programa neoliberal. Essa perda de domínio sobre os campos essenciais à Administração coloca

⁵⁰⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27-31.

⁵¹⁰ “E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização, dando origem a situações em que a idéia de um sistema econômico nacional auto-sustentado passa a ser vista como anacronismo, mas ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (como o do monopólio do exercício *legítimo* da violência pelo Estado) e determinados princípios (como os da *legalidade*, da *hierarquia das leis* e da *segurança do direito*), levando seu poder de controle, decisão, direção e comando a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por uma plethora de entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresariais multinacionais etc.” Cf. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 1^a ed., 4^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 14-15.

⁵¹¹ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

⁵¹² “De fato, a recusa a participar do jogo nas novas regras globais é o crime mais impiedosamente punido, crime que o poder do Estado, preso ao solo por sua própria soberania territorialmente definida, deve impedir-se de cometer e evitar a qualquer custo. Muitas vezes, a punição é econômica.” Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 212.

em xeque, finalmente, o aparato do Estado Social, do Estado Providência, que necessitava de estabilidade a longo prazo para executar suas políticas públicas e de buscar a justiça social.⁵¹³ Nessa toada, J. J. Gomes Canotilho, que havia difundido o conceito de constitucionalismo dirigente, chega a afirmar que “[...] a constituição dirigente morreu!”.⁵¹⁴

Desse modo, o modelo constitucional ideal ao modelo neoliberal de Estado não mais será o constitucionalismo social, fomentador de constituições dirigentes, que interferem de forma significativa nas relações privadas. Tal Estado Neoliberal reclamará uma constituição mais sintética, menos intervencionista, o que parece ser um retorno ao modelo liberal de antes, quando a Carta Magna tinha como âmbito de atuação somente as relações públicas.⁵¹⁵

O neoliberalismo, pautado na economia de mercado globalizada, portanto, necessita, para aumentar a flexibilidade produtiva, que se diminuam os direitos, num processo de desregulamentação estatal⁵¹⁶⁻⁵¹⁷. Enquanto que no Estado Social a palavra de ordem foi a regulamentação da economia, do social, do mercado, que caracterizou uma das faces do intervencionismo, que gerou o fenômeno da “publicização do direito privado” por meio do intenso dirigismo contratual, no Estado Pós-Social, neoliberal e globalizado, esse quadro passa a ser combatido e a desregulamentação estatal passa a ser o objetivo. O fenômeno se inverte, ocorre a “privatização do direito público.” A desregulamentação estatal é acompanhada pela crescente regulamentação privada, de modo que o monopólio estatal de produção de normas é flexibilizado, o que contraria frontalmente a teoria jurídica tradicional, alinhada a Kelsen, que confunde Direito e Estado. Avulta o pluralismo jurídico, na medida em que surgem novas

⁵¹³ “Enfim, a globalização vem alimentando o processo de esfacelamento do Estado-Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar, de modo soberano, os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida de cada comunidade política. Cada vez mais avulta a importância de variáveis exógenas sobre a economia nacional, sobre as quais o Estado-Nação não exerce nenhum poder.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

⁵¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente. In: CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul, Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 205-217. *Apud* SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27-32.

⁵¹⁵ Veremos adiante, contudo, uma situação paradoxal: embora o neoliberalismo exija uma constituição formal, sintética, mínima, a teoria dos direitos fundamentais, nesse período, apresentou extraordinário desenvolvimento, a ponto de se falar em eficácia objetiva e em eficácia horizontal. Do confronto entre esses dois dados, neoliberalismo e teoria dos direitos fundamentais, extrairemos conclusões pertinentes ao presente trabalho.

⁵¹⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165-176.

⁵¹⁷ “A ‘desregulamentação’ é a palavra da hora e o princípio estratégico a ser louvado e praticamente exibido pelos detentores do poder. A ‘desregulamentação’ é demandada porque os poderosos não querem ser ‘regulados’ – ter sua liberdade de escolha limitada e sua liberdade de movimento restrita; mas também (talvez principalmente) porque já não estão interessados em regular os outros.” (Grifos no original) Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 42.

instâncias não estatais de regulação social e arbitragem de conflitos. No Brasil, o grande exemplo de regulamentação privada é o CONAR, que edita normas referentes à matéria publicitária.⁵¹⁸

Assim, percebe-se um movimento intenso de processo legislativo privado, onde o mercado, as empresas, os grupos sociais, as ONGs, as associações, entre outros órgãos, estabelecem suas próprias normas e diretrizes. Ganha destaque, nesse quadro, a *Lex Mercatoria*, a Lei do Mercado, engendrada pelos agentes econômicos, baseada na racionalidade de mercado transnacional.⁵¹⁹ Essa produção privada de normas dá origem ao que Canaris denomina de “sociedade de direito privado”⁵²⁰, bem como ao fenômeno chamado por José Eduardo Faria de “neofeudalismo jurídico”.⁵²¹

Ganha suma importância, aqui, a figura do contrato. Segundo David Harvey, na medida em que o neoliberalismo considera o livre mercado como a condição para o exercício das liberdades individuais, acaba enfatizando as relações contratuais, que dão suporte ao livre mercado. Nessa ordem: é necessário a total ausência de coercibilidade externa ao mercado, que

⁵¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 34.

⁵¹⁹ “Desse atual e vivente terceiro paradigma do final do século XX e início do século XXI tem maior destaque a prioridade ao mercado que potencializa a economia transnacional, forcejando contratos com lastro num direito uniforme desejoso de ser ‘espontâneo’ e sedimentador da nova *lex mercatoria*. Também se presencia um pluralismo nunca antes visto, que vai afastando cada vez mais o monopólio estatal de expedição de normas e que autoriza também a terceirização, ensejando a criação de um direito privatizado e de uma justiça crítica, dando vazão, por fim, à mediação cultural dos juristas.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 166. Ainda, “Os agentes econômicos vão criando um direito comum – a *Lex Mercatoria* – permeado pela racionalidade própria do mercado, e que, formal ou informalmente, vai se impondo aos Estados. A idéia do monopólio da produção do direito pelo Estado distancia-se cada vez mais da realidade, e o ordenamento jurídico vai tornando-se policêntrico, permeado por regras engendradas por atores privados ou por entidades supranacionais.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 30.

⁵²⁰ “Não é um termo preciso, mas antes a denominação de um tipo, por conseguinte, não se pode certamente fornecer uma definição exata, mas apenas referir as características mais importantes. Neste contexto, assume evidentemente uma importância fundamental o fato de o direito privado não desempenhar, nesta ordem social, um papel marginal, mas antes um papel constitutivo. Domínios importantes da vida jurídica e econômica deve, consequentemente, ser regulamentados através de meios de direito privado.” CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. **Contratos: actualidade e evolução**. (Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 51.

⁵²¹ “As instituições jurídicas advindas com o fenômeno da globalização apareciam, assim, em termos de uma situação-limite, a linha de um retorno ao *direito pessoal* anterior ao *direito territorial* consolidado com a Revolução Francesa. Mais precisamente, de um regresso a um direito em que os indivíduos levaram consigo sua *professio juris* para onde fossem, em que a lei não era uma *lex terrae*, mas antes o privilégio de uma pessoa como integrante de um dado grupo ou associação particular, culminando na coexistência de diversas comunidades jurídicas, cujas jurisdições autônomas se sobreponham. [...] Dito de outro modo, as instituições de direito surgidas com a ‘economia-mundo’ parecem desenvolver-se na perspectiva de uma regulação de caráter ‘neofeudal’.” Cf. FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 325.

por sua vez é movimentado por meio das relações contratuais livremente estabelecidas – contrato liberal -, o que propiciará o amplo exercício das liberdades individuais.⁵²²

A tarefa do Estado neoliberal globalizado, portanto, está em propiciar as condições da livre contratação e, por conseguinte, do livre mercado. Altera-se a função do direito estatal. O direito positivo passa a preocupar-se cada vez mais com os procedimentos e menos com os comportamentos, adotando, por isso, um caráter instrumental. Na medida em que o livre mercado funciona por meio da livre contratação, o direito estatal passa a ter como foco propiciar as condições favoráveis a essa livre contratação, cuidando dos aspectos processuais e não dos materiais⁵²³, relegando aos próprios particulares o preenchimento do conteúdo contratual.⁵²⁴ É o inverso do dirigismo contratual observado no paradigma do Estado Social: o direito estatal deixa de estabelecer fins a serem seguidos, para oferecer as condições seguras para que os próprios particulares estabeleçam seus próprios fins, fruto de suas autonomias privadas.

O direito produzido pelo estado passa a ser um “direito reflexivo”, no qual, no bojo da sociedade de direito privado, regulada pelos atores privados, o papel do Estado passa a ser cada vez mais consultivo do que impositivo ou intervencional.⁵²⁵ O direito reflexivo é fruto do “trilema

⁵²² “De acordo com a teoria, o Estado neoliberal deve favorecer fortes direitos individuais à propriedade privada, o regime de direito e as instituições de mercados de livre funcionamento e do livre comércio. Trata-se de arranjos institucionais considerados essenciais à garantia das liberdades individuais. O arcabouço legal disso são obrigações contratuais livremente negociadas entre indivíduos juridicamente configurados no âmbito do mercado. A santidade dos contratos e o direito individual à liberdade de ação, de expressão e de escolha têm de ser protegidos. O Estado tem portanto de usar seu monopólio dos meios de violência para preservar a todo o custo essas liberdades. Por extensão, considera-se um bem fundamental a liberdade de negócios e corporações (vistos legalmente como indivíduos) de operar nesse arcabouço institucional de livres mercados e livre comércio.” Cf. HARVEY, David. **O Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 75.

⁵²³ “É possível entender que nesse paradigma coexiste uma racionalidade reflexiva, em que o direito positivo é apenas uma referência, considerando que o tipo de conflito é interorganizacional, advindo de uma tensão política sob o eixo da globalização e localização. Neste aspecto, a justiça contratual se reveste de forte apelo na legitimação procedural (meios disponíveis de decisão entre grupos), estando caracterizada pela subjetividade e equilíbrio funcional.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

⁵²⁴ “Trata-se, portanto, de uma racionalidade bastante peculiar, mas precisamente uma racionalidade da qual vão resultar instituições jurídicas essencialmente descentralizadas, procedimentais e acima de tudo ‘facilitativas’, em oposição àquelas altamente centralizadoras, substantivas e finalísticas desenvolvidas no pós-guerra pelo Estado intervencionista ou ‘providenciário’, com base nas políticas *keynesianas* de gestão macroeconômica e nos programas de bem-estar social. Concebidas mais com o propósito de evitar a eclosão dos conflitos do que em estabelecer regras e procedimentos para que eles sejam dirimidos e decididos, essas instituições não têm a pretensão de controlar ou regular os processos sócio-econômicos nem, muito menos, de impor fins aos seus participantes. Basicamente, elas se limitam a neutralizar eventuais disfunções do mercado. É por esse motivo que essas instituições estão voltadas menos à consecução de resultados concretos obtidos por meio da disciplina conformadora, padronizadora e tipificadora de comportamentos e mais [...] à coordenação dos particularismos jurídicos, dos microssistemas normativos com ritmos próprios de desenvolvimento e das diferentes formas de legalidade desenvolvidas no interior das inúmeras cadeias produtivas que constituem a economia globalizada.” Cf. FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 149.

⁵²⁵ “A função do Estado perante a ordem econômica também foi reordenada e parece mais voltada e regulada na defesa da concorrência, porque baliza o mercado, daí a importância de uma concorrência livre e leal, sem que

regulatório”, exposto por Gunther Teubner (indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, colonização da sociedade por parte de leis e crescente desintegração do direito por parte da sociedade), causado, por sua vez, pela “inflação legislativa” e pela “juridificação” das relações sociais perpetradas no Estado intervencionista, que acabaram por causar uma “ingovernabilidade sistemática”, em razão da “perda da unidade dogmática” do direito e de sua capacidade de regular e controlar os processos socioeconômicos, o que culminou nos anseios de flexibilização, desformalização, desburocratização, desregulação, deslegalização e desconstitucionalização do projeto neoliberal globalizado.⁵²⁶ Assim, na esteira de Teubner,

[...] o direito moderno (e, de modo muito especial, o direito dos contratos) conta com várias formas de indeterminação que não podem ser resolvidas por meio de uma política legislativa estatal externa, mas que seriam, adequada e reflexivamente, resolvidas através de medidas jurídicas como a “ponderação de interesses”. Significa que compete ao direito funcionar como um simples mediador, permitindo que o mercado se auto-regule. [...] Segundo Teubner, os mais patentes indícios da racionalidade jurídica em formação estariam representados nas novas formas de “cientificação do direito”, provenientes: (i) da crescente utilização das chamadas “cláusulas gerais”; (ii) da difusão da *sociological jurisprudence*; (iii) da *legal economics*. [...] A solução para o que Teubner chamou de “trilema regulatório” do direito estaria, portanto, no desenvolvimento de novas formas de regulação jurídica, mais indiretas e reflexivas, que conseguissem respeitar a auto-regulação social.⁵²⁷

Com efeito, a noção de direito reflexivo provém da teoria social sistemática, na qual o direito é um subsistema social autônomo, inserido no sistema social global, onde se comunica com os demais subsistemas sociais, como o político e o econômico. O direito reflexivo, assim, seria a ferramenta do subsistema jurídico para a regulação e controle dos demais subsistemas sociais, na medida em que esse modelo jurídico seria apto a neutralizar os conflitos entre as “organizações complexas” e entre os demais subsistemas. A neutralização dos conflitos ocorreria porque o direito reflexivo busca promover a boa interação entre as “organizações complexas” e entre os próprios subsistemas, propiciando os meios adequados para que esses elementos, a exemplo do mercado, atuem proceduralmente, isto é, conforme o sistema social global.⁵²⁸

a liberdade de um oprime a do outro.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179-180.

⁵²⁶ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 128-140.

⁵²⁷ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 366-368.

⁵²⁸ “Em síntese, essa não é uma norma que se *deva* utilizar; é, isto sim, uma norma que se *pode* utilizar conforme as circunstâncias, respeitando-se a autonomia de cada organização e de suas respectivas cadeias produtivas e procurando levá-las a evitar disputas predatórias e competições disfuncionais, partindo da premissa de que elas podem acarretar a perda de possibilidades de expansão e de riqueza.” Cf. FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184-185.

Como observa Keila Pacheco Ferreira, o direito reflexivo, enquanto instrumento do neoliberalismo, numa perspectiva da teoria sistêmica, acaba substituindo a democracia representativa pela democracia organizacional, “[...] cujo foco está voltado para a garantia, por intermédio de normas procedimentais, das condições de desenvolvimento tranquilo do jogo de interesses viabilizador da máxima acumulação de riqueza.”⁵²⁹

A retirada de cena do Estado da produção de normas jurídicas e a consequente ocupação desse espaço por legisladores privados, notadamente pelos atores econômicos transnacionais e multilaterais, proporcionando regulação jurídica, portanto, por fontes não estatais, apresenta o problema da perda de legitimidade democrática dessas normas, que são produzidas ao arrepio da opinião pública e do próprio Parlamento e, por isso, apresentam maiores riscos aos direitos humanos. Além disso, as normas jurídicas estatais, quando produzidas, são, em sua maioria, fruto de negociações com essas entidades supranacionais, numa espécie de “[...] verdadeiras mesas-redondas, e o Direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm o poder social.”⁵³⁰

Eros Grau, além de afirmar peremptoriamente que a globalização financeira é prejudicial à sociedade civil e à liberdade, conclui, com base nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988, que o Estado brasileiro adota um modelo social, de bem-estar e que, por isso, não pode haver, em nosso ordenamento, sem uma prévia alteração desses preceitos constitucionais citados, uma substituição da política de bem-estar pela política neoliberal.⁵³¹

Com efeito, a teoria neoliberal e a pressão internacional dos organismos econômicos transnacionais não têm o condão – teoricamente – de neutralizar o texto expresso da Constituição Federal de 1988. Como ressaltado acima, o Estado brasileiro constitui-se um Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, *caput*), o que exige a irradiação da democracia para todos os seus elementos constitutivos, e não somente ao processo eleitoral, o que significa, entre outros, democracia econômica, social e cultural.⁵³² Nossa Constituição Federal de 1988,

⁵²⁹ FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 84.

⁵³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33-34.

⁵³¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 39 e ss.

⁵³² “O princípio democrático objetiva, ainda, a *democracia econômica*, através dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna; a *democracia social*, relacionada ao implemento dos direitos sociais; a *democracia cultural*, que visa garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e incentivar a valorização e a difusão das manifestações sociais; bem como a *democracia dos meios de comunicação social*, cujo escopo é impedir restrições à manifestação de pensamento, criação, expressão e

efetivamente, estabelece um Estado intervencionista, um Estado Social-Democrático de Direito, preocupado com: a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e com o pluralismo político (CF/88, art. 1º, inc. I a V); solidariedade e justiça social, erradicação da pobreza e marginalização, redução de desigualdades sociais e bem estar de todos (CF/88, art. 3º, inc. I a IV); ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, voltada à promover existência digna conforme os ditames da justiça social (CF/88, art. 170, *caput*); função social da propriedade, pública ou privada (CF/88, art. 5º, inc. XXII e XXIII, e art. 170, inc. II e III); livre concorrência, defesa do consumidor, defesa e preservação do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (CF/88, art. 170, inc. IV a IX).

Dessa combinação entre preceitos sociais-democráticos e política interna e internacional neoliberal, resulta um modelo intermediário, ainda em construção, ainda a modelar suas características fundamentais. Segundo Feitosa,

Ao que tudo indica, esse Estado híbrido que resultou das reformas e se encontra em processo de adaptação às novas realidades deve ser aquele que procura conviver com a iniciativa privada, estimulando-a e subsidiando-a, sem, entretanto, descurar-se de impor certas limitações sobre os poderes econômicos privados, da regulação das atividades econômicas e sociais e da tutela dos menos favorecidos. A crise que atingiu o Estado Social circunscreve-se, preponderantemente, à dimensão da ordem social insatisfeita (garantia de saúde, educação, segurança, previdência social, emprego, etc.) ou do Estado-Providência. É preciso considerar que, sob o aspecto da intervenção na economia, o Estado apenas deixa de ser o grande empreendedor dos tempos áureos do Estado Social para assumir-se como disciplinador e regulador das atividades econômicas. Essa mudança de papéis, do ponto de vista jurídico-institucional, não significa desintervenção ou afastamento do Estado da cena econômica. Ao contrário, mantém-se a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, que não é abandonada à “mão invisível” do mercado.⁵³³

informação.” Cf. FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 88.

⁵³³ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 111. No mesmo sentido, Daniel Sarmento conclui que “Na verdade, mesmo com estas mudanças, o modelo normativo do Estado brasileiro plasmado pela Constituição continua sendo o de um Estado interventor, preocupado com a justiça social e com a igualdade substantiva, que, se não despreza o mercado, também não o reverencia com fervor, como desejariam os adeptos do credo neoliberal. Sem embargo, não só no Brasil, mas em vários outros países, já se desenha um modelo distinto de Estado, que se não pode ser rotulado de neoliberal, porque não se ausenta da esfera econômico-social, já recepciona os traços deste novo paradigma, em construção a partir da crise do *Welfare State*, que, à falta de nome melhor, poderíamos chamar de pós-social.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33. Nesse ponto, é ainda interessante a observação de Paulo Luiz Netto Lôbo, de que esse modelo de Estado neoliberal, ao retirar-se do cenário econômico enquanto efetivo agente econômico, ocupa outra posição, qual seja de Estado regulador. Assim, para o autor, enquanto retrai-se o intervencionismo econômico direto, aumenta-se, proporcionalmente, o intervencionismo legislativo, uma vez que o próprio neoliberalismo exige a produção de normas jurídicas estatais que garantam o bom funcionamento do livre mercado, a exemplo do direito de concorrência. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3. p. 829-840. jun./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso 15/11/2016.

Vivemos, portanto, um momento peculiar: nosso texto constitucional define um tipo de Estado – Estado Social-Democrático de Direito -, enquanto que a política internacional e os grupos econômicos detentores do verdadeiro poder social exigem outro tipo – Estado Neoliberal, Estado mínimo. Constatada a real existência dessa dicotomia de forças em nosso ordenamento, podemos mencionar, desde já, que o Direito, globalizado e plural, não poderá mais oferecer soluções únicas para situações disíspares. Nesse sentido, o Direito dos Contratos ganha notável importância, posto que, ao mesmo tempo, mostra-se responsável pela operacionalização do livre mercado, tão caro ao neoliberalismo, bem como se revela o principal instrumento de acesso aos bens de consumo na sociedade capitalista. Evidencia-se a necessidade de se adequar o Direito dos Contratos à dicotomia acima demonstrada: esse ramo jurídico deverá oferecer respostas diferentes para questões diferentes, isto é, deverá oferecer dois modelos contratuais, cada um referente a um lado dessa dicotomia. Acreditamos, como será demonstrado, que essa dicotomia refletirá na divisão em contratos de lucro e contratos existenciais: estes atenderão ao chamado constitucional e aqueles ao neoliberal.

Logo no início da Introdução, afirmamos que vivenciamos tempos de globalização, neoliberalismo e pós-modernidade. Para alguns, como se verá, esse momento peculiar que vivenciamos é uma exata característica da pós-modernidade, enquanto não se sabe, ao certo, “o que as coisas são”. Cabe, agora, já passado o estudo dos dois primeiros termos, analisarmos o que vem a ser a chamada pós-modernidade jurídica para, ao final, tecermos nossa crítica, ressaltando os pontos positivos e negativos desses fenômenos para o objetivo aqui proposto.

3.1.1 PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA

Historicamente, embora ainda muito discutido, a pós-modernidade surgiu em fins do século XX, no final da década de 60 e durante as décadas de 70 e 80⁵³⁴. Eduardo Bittar aponta o momento de maio de 1968, quando ocorreu um grande movimento estudantil na França, como

⁵³⁴ ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 20-27.

o grande marco do início da pós-modernidade.⁵³⁵ Coincide, portanto, com a crise do Estado Social, com a ascensão do neoliberalismo e com o *agravamento* da globalização.⁵³⁶

A própria expressão “pós-modernidade” não é unânime, como observaremos adiante. Entretanto, dentre as demais expressões que buscam caracterizar esse momento, a exemplo de “modernidade líquida”, “modernidade reflexiva”, etc., “pós-modernidade” mostra-se a expressão de maior relevo e aceitação no vocabulário filosófico e sociológico e, por isso, será aqui utilizada.⁵³⁷

Com efeito, a pós-modernidade surge em razão da crise da modernidade; é um momento de transição paradigmática.⁵³⁸ Cumpre, então, traçarmos o que vem a ser a modernidade, para que compreendamos sua crise e – possível – superação. O desenho da modernidade, nesse momento, será tarefa descomplicada e sucinta, posto que, nos dois primeiros capítulos, como poderemos observar, traçamos suas características principais. De início, como já tivemos oportunidade de analisar, em termos temporais, a Modernidade pode ser alocada nos

⁵³⁵ “Quando se trata de refletir a respeito dos fenômenos históricos e de suas consequências, no final do século passado, o ano de 1968 aparece como um data de ampla significação social e que, justamente por isso, não pode ser olvidada. Geralmente desprezada pela cultura jurídica, tem-se em maio de 1968 uma grande revolução se processando, esta que é o epicentro de um conjunto de transformações da sociedade contemporânea, que haverão de se consolidar na consciência da crise da modernidade. Essa consciência contagia o ambiente acadêmico, que, através do pensamento crítico de Herbert Marcuse e da sociologia de Jean-François Lyotard, incentiva, capta e descreve o estado das formas sociológicas e dos valores após maio de 1968 dando *status científico* a respeito do debate acerca do nascimento da ‘pós-modernidade’, debate este que continua profundamente aceso atualmente, não obstante enigmaticamente interpretado. Um dos grandes legados teóricos desse período será exatamente a impossibilidade, em ciências sociais, de se ignorar o sentido dessa expressão após essa data. Nesse sentido, se modernidade e pós-modernidade estão imbricadas, o direito hodierno muito deve a maio de 1968 por sua atual conformação.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

⁵³⁶ O termo *agravamento* foi utilizado em preferência ao termo *surgimento* em razão de que, como observa Boaventura de Sousa Santos, admite-se que existe uma “economia-mundo” desde o século XVI, embora seja inegável que “[...] os processos de globalização se intensificaram enormemente nas últimas décadas.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 289.

⁵³⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84-85.

⁵³⁸ “A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fracturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrónicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercutem nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercutem-se muito particularmente, tanto nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social. Daí que, uma vez transpostos os umbrais da transição paradigmática, seja necessário reconstruir teoricamente uns e outros.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. vol.1 7^a ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 257.

paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, enquanto que a Pós-Modernidade seria o momento vivente do Estado Pós-Social.⁵³⁹

Embora tenha aparecido por diversos momentos na Europa, desde o século V d. C., a palavra “modernidade” ganhou forte reinserção semântica durante o Renascimento, denotando o novo, o avançado, o progresso, sempre em contraposição ao passado, ao antigo.⁵⁴⁰ A modernidade, enquanto projeto sociocultural, constitui-se entre o século XVI e finais do século XVIII, momento em que coincide com a estabilização do capitalismo enquanto modo de produção dominante nos países da Europa que vivenciaram a primeira industrialização.⁵⁴¹ Seu processo de amadurecimento, portanto, é anterior à emergência do capitalismo.⁵⁴² Segundo Bittar,

A modernidade traz consigo a avalanche de transformações históricas que soterraram o mundo medieval em diversas dimensões (religiosa, política, social, cultural, econômica). O processo de germinação da modernidade dá-se uma vez plantada no espírito medieval a semente de sua própria corrosão: o anseio de liberdade (comercial, intelectual, científica, religiosa) e a crença na razão. A fé religiosa, a crença em valores espirituais como determinantes da vida temporal, que imperava na mentalidade e no pensamento medievais é, paulatinamente, substituída por uma fé racional, a crença em explicações racionais tornando-se cosmovisão necessária para a laicização cultural do Ocidente.⁵⁴³

⁵³⁹ BIZELLI, Rafael Ferreira. Evolução dos Paradigmas: Do Direito Privado Sólido ao Direito Privado Líquido. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SILVA NETO, Orlando Celso; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. (Coord.) **Direito civil contemporâneo II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 232-250. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 14/01/2017. Em razão de posteriores estudos, como se vê nas linhas baixo, compreendemos, hoje, que a modernidade tem início antes mesmo do Estado Liberal, embora tenha sido nesse período em que se afirmara como projeto sociopolítico.

⁵⁴⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28.

⁵⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 78.

⁵⁴² “A modernidade ocidental e o capitalismo são dois processos históricos diferentes e autónomos. O paradigma sócio-cultural da modernidade surgiu entre o século XVI e os finais do século XVIII, antes de o capitalismo industrial se ter tornado dominante nos actuais países centrais. A partir daí, os dois processos convergiram e entrecruzaram-se, mas apesar disso, as condições e a dinâmica do desenvolvimento de cada um mantiveram-se separadas e relativamente autónomas. A modernidade não pressupunha o capitalismo como modo de produção próprio. Na verdade, concebido enquanto modo de produção, o socialismo marxista é também, tal como o capitalismo, parte constitutiva da modernidade. Por outro lado, o capitalismo, longe de pressupor as premissas sócio-culturais da modernidade para se desenvolver, coexistiu e até progrediu em condições que, na perspectiva do paradigma da modernidade, seriam sem dúvida consideradas pré-modernas ou mesmo antimodernas.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. vol.1 7^a ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 49.

⁵⁴³ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29.

A modernidade tem como característica a forte influência do pensamento iluminista⁵⁴⁴, que pregava a racionalização, pautada no antropocentrismo.⁵⁴⁵ O homem eleva-se ao centro do mundo e, através da ciência, passa a querer dominá-lo⁵⁴⁶. São expressivas as ideias da ciência pautada no método⁵⁴⁷ e da racionalidade kantiana, buscando conferir “ordem ao caos”, reconhecendo, na pessoa humana, autonomia e dignidade⁵⁴⁸. A modernidade envolveu aspectos intelectuais (científico e filosófico), aspectos econômicos (Revolução Industrial e ascensão da burguesia capitalista) e políticos (ideais de soberania, governo central, legislação unificada – frutos das revoluções liberais).⁵⁴⁹ Nesse sentido,

O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobre tudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 353-354.

⁵⁴⁵ “O pensamento iluminista (e, aqui, sigo Cassirer, 1951) abraçou a idéia do progresso e buscou ativamente a ruptura com a história e a tradição esposada pela modernidade. Foi, sobretudo, um movimento secular que procurou desmystificar e dessacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos de seus grilhões.” Cf. HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 15 ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006, p. 23.

⁵⁴⁶ “A filosofia do Iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente as religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações. A mudança de atitude foi causada parcialmente pela influência da ciência moderna: sua nova concepção, de um universo dominado por elementos mensuráveis e leis de física que podiam ser provadas logicamente, substituiu a velha cosmologia, com seus espíritos e círculos celestiais. O método do direito natural do século XVIII caracterizava-se pela dedução exata e precisa de axiomas estabelecidos, exatamente como na matemática [...] De acordo com as novas concepções, o homem e a sociedade faziam parte de um universo inteligível governado pelas leis da natureza. A ideia de um ser criado à imagem de Deus e colocado acima da natureza estava agora excluída do discurso científico.” CAENEDEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2^a ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 178.

⁵⁴⁷ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁴⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

⁵⁴⁹ Bittar afirma que há grande divergência quando se tenta identificar qual seria o pensador a ser rotulado como aquele que deu início consciente à modernidade. Em seguida, o autor cita alguns: a) Nicolau Maquiavel (séculos XV-XVI), pelo seu pensamento filosófico-político; b) Thomas Hobbes (1588-1679), que se destacou pelo seu pensamento a serviço da unidade do poder estatal; c) John Locke e Adam Smith, pelas ideias de liberdade econômica e liberdade de mercado essenciais ao capitalismo então incipiente; d) Montesquieu (século XVIII), pela sua teoria de contenção do poder estatal para salvaguardar a liberdade individual; e) Jean-Jacques Rousseau (século XVIII), pela luta pela democracia; f) Immanuel Kant (século XVIII), pelo racionalismo, criticismo, etc.; g) Hegel (século XIX), pelo idealismo que consolidou Estado e razão; h) Karl Marx (século XIX), pela análise crítica da economia. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30-42.

⁵⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 77.

Hannah Arendt elenca três eventos, segundo ela ainda pré-modernos, que representam o despertar da modernidade: a descoberta da América e a posterior exploração de toda o planeta; a Reforma, que expropriou as propriedades eclesiásticas; e a invenção do telescópio. Foram esses eventos – com maior importância da Reforma – os responsáveis pelo “ascetismo do mundo interior” (“desencantamento do mundo”), identificado por Max Weber.⁵⁵¹

A modernidade significou a proeminência da razão e da ciência como os verdadeiros meios de se chegar ao progresso da humanidade. Seu projeto é universalista, pois visa levar o progresso a todos os homens, independente das barreiras nacionais. São noções típicas da modernidade, portanto, os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes, legitimação do poder pelos governados (contrato social, democracia, etc.)⁵⁵²

O Direito, como não poderia deixar de ser, sofre os influxos da modernidade. Antes, disperso no feudalismo medieval, é reunido agora dentro das fronteiras de um Estado-nação, fruto da racionalidade do legislador. Sob a aparência de neutralidade do controle social, o Direito, já na sua origem, nasce vinculado aos ideais modernos relacionados à ordem burguesa liberal. O Estado Moderno, encontro da modernidade amadurecida com o Estado Liberal pós-Revolução Francesa, tem estreita ligação com o conceito de Direito e dele é dependente para a sua legitimação. Relaciona-se, por conseguinte, a consciência social moderna com o processo de codificação do Direito, processo que é fruto do ideal de racionalidade, de completude, de – científicamente – controle social. O direito codificado, portanto, é típica manifestação da modernidade. O direito positivo é reflexo do positivismo científico do século XIX, que por sua vez é desdobramento do racionalismo da modernidade.⁵⁵³

Ganha notável importância, também, o princípio da legalidade enquanto princípio legitimador da noção moderna de Estado de Direito, que toma para si o monopólio da produção normativa – monismo jurídico –, enquanto detentor de soberania. Estabelece-se um

⁵⁵¹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 260-263.

⁵⁵² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37. “O aparecimento do Estado, a configuração do Direito, a criação do espírito das leis do mercado, a ideologização da ordem liberal, a afirmação do modelo capitalista, o surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais, a crença na ideia de progresso são características marcantes daquilo que se chama de modernidade.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45.

⁵⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46-58. “Esta ideia de criar uma ordem social assente na ciência, ou seja, uma ordem social onde as determinações do direito sejam resultado das descobertas científicas sobre o comportamento social, é preponderantemente no pensamento social dos séculos XVIII e XIX, de Montesquieu a Saint-Simon, de Bentham a Comte, de Beccaria a Lombroso.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. vol.1 7^a ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 54. Vide, também, item 1.3 supra.

ordenamento jurídico sistematizado, hierárquico e positivado, que ganhará notável *status* de cientificidade com os estudos de Kelsen.⁵⁵⁴

A crise da modernidade jurídica se opera nesse quadrante: o Estado, baseado nos valores da modernidade, que foram insculpidos entre os séculos XVI e XIX, aliena-se nos valores positivistas, isto é, encontra-se impedido de formular respostas para os novos problemas não previstos ou até mesmo não previsíveis.

Os paradigmas encontram-se em mutação, e os valores anteriormente consagrados como nucleares para o sistema jurídico se erodiram. [...] Em poucas palavras, na pós-modernidade, o sistema jurídico carece de sentido, até mesmo de rumo, e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se estruturado sobre paradigmas modernos inteiramente caducos para assumirem a responsabilidade pela litigiosidade contemporânea. Assim, a própria noção de justiça vê-se profundamente contaminada por esta falseada e equívoca percepção da realidade (uma realidade distante, infraestatal, tormentosa, carente de ‘imposições’ normativas...). As lentes do ordenamento jurídico parecem estar ainda ajustadas para miopia do homem do século XIX.⁵⁵⁵

Nesse sentido, Boaventura elabora a tese segundo a qual a modernidade, apesar de ter-se constituído antes do capitalismo ter-se tornado dominante, será antes dele extinta. As causas de sua extinção serão duas: superação e obsolescência. Será superação na medida em que a modernidade alcançou algumas de suas promessas (ex.: extraordinário desenvolvimento das ciências exatas e naturais, etc.), tendo inclusive alcançado algumas em excesso (ex.: construção da bomba atômica, acidentes nucleares, etc.). Por sua vez, será obsolescência quanto às promessas não cumpridas ou parcialmente cumpridas (ex.: aumentou-se a desigualdade socioeconômica mundial, milhões de pessoas ainda sentem fome, morrem vítimas de doenças “controláveis”, há ainda guerras, etc.). Boaventura comprehende que a modernidade não logrou êxito justamente em razão da extrema complexidade de seus projetos. O progresso da e para a humanidade, objetivo central da modernidade, encontra-se distante de ser alcançado.⁵⁵⁶

Desmistifica-se a ideia de progresso, que se mostrou inalcançável nas bases sociais capitalistas presentes. A sociedade encontra-se desencantada com as promessas, cansada das

⁵⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59; FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 322 e ss.

⁵⁵⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67-68.

⁵⁵⁶ “Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 76-77. Observação: os exemplos mencionados entre parênteses foram por nós inseridos, não se tratando de exemplos do autor citado.

metanarrativas.⁵⁵⁷ A ciência mostrou-se incapaz de “salvar” a humanidade.⁵⁵⁸ Vive-se um momento de pessimismo generalizado, de mal-estar.⁵⁵⁹ O “Breve Século XX”⁵⁶⁰ assistiu a um grande desenvolvimento da ciência ao mesmo tempo em que presenciou as maiores guerras da história da humanidade; foi testemunha de sociedades desenvolvidas alcançarem índices socioeconômicos altíssimos, ao passo que países subdesenvolvidos ainda são palco de misérias inimagináveis. A História, enfim, mostra que a promessa da Modernidade de levar progresso à humanidade fracassou.⁵⁶¹

Nesse cenário de descrédito da modernidade, abre-se espaço para novos horizontes. A pós-modernidade emerge do fracasso, da crise da modernidade. Não há, portanto, um marco histórico para a pós-modernidade, que se caracteriza por ser um momento de transição, de superação de paradigmas. Cronologicamente, confunde-se com a crise do Estado Social e sua superação pelo Estado Pós-Social. Enquanto momento de transição, vivemos já a pós-

⁵⁵⁷ “O século XX – com seus campos de concentração e esquadrões da morte, seu militarismo e duas guerras mundiais, sua ameaça de aniquilação nuclear e sua experiência de Hiroshima e Nagasaki – certamente deitou por terra esse otimismo. Pior ainda, há a suspeita de que o projeto do Iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da liberação humana.” Cf. HARVEY, David. **A condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 15 ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006, p. 23.

⁵⁵⁸ Sarmento, a esse respeito, menciona que “[...] os avanços nas ciências e na técnica multiplicaram e generalizaram os riscos para a pessoa humana e para o planeta. [...] Esse quadro alimenta certa hostilidade contra a ciência e a técnica. Adiciona-se a ele o colapso do Estado Social e a aceleração da globalização econômica excludente, e temos o solo propício para a difusão das idéias pós-modernas na comunidade acadêmica. O pessimismo geral, a percepção do fracasso das grandes utopias e a falta de perspectivas em relação ao futuro pavimentaram o caminho para a crítica radical à razão Iluminista. Daí a valorização da intuição, do misticismo, das culturas orientais e a afirmação do advento de uma ‘Nova Era’ (*Nem Age*).” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38-39.

⁵⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Trad. Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

⁵⁶⁰ A obra de Hobsbawm, intitulada “A Era dos Extremos”, relata o século XX, adjetivando-o de “breve”. Tanto o título, como a análise de seu índice, permite-nos compreender o fracasso da humanidade. O índice, dividido em três grandes partes, assim as denomina: “A Era da Catástrofe”, “A Era de Ouro” e “O Desmoronamento”. Com efeito, se o projeto da modernidade tivesse alcançado sucesso, dificilmente teríamos vivenciado eras de catástrofes e de desmoronamentos. Cf. HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos: O breve século XX, 1914-1991.** Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

⁵⁶¹ “A história é a maior testemunha das mudanças socioeconômicas, político-jurídicas e culturais ocorridas nos últimos tempos. [...] Ora, os antecedentes históricos são claramente depoimentos da falência do que se pregou como solução para a humanidade. Apesar de no século XX terem-se consolidado as legislações e as codificações de diversos países (europeus, sul e norte-americanos, asiáticos...), de terem-se multiplicado as nações democráticas, de terem-se alastrado os esforços tratadísticos de manutenção da paz mundial, de ter-se desenvolvido a lógica dos direitos humanos de modo mais expandido e global, nada disso evitou a condução da humanidade a diversos momentos e instantes em que se pensou e se vivenciou o extermínio geral, o fim das condições de sobrevivência para todas as formas de vida sobre a Terra. [...] O que se percebe é um conjunto de fracassos e mentiras se encontrando num momento peculiar da história da humanidade. Daí não se poder falar que a pós-modernidade nasceu do dia para a noite, donde o motivado desapego a datas e cronologias exatas ou aritméticas. A pós-modernidade veio se produzindo como consciência ao longo de todo o século XX, com cada fracasso, com cada engodo, com cada engano, com cada destruição [...] pois cada fator de desgaste da modernidade é uma semente ou um passo em direção à pós-modernidade.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75-80.

modernidade, embora os traços marcantes da modernidade ainda estejam presentes.⁵⁶² A pós-modernidade, nesse sentido, ainda não possui uma identidade, suas crenças e valores próprios: critica-se a modernidade e se busca sua superação, mas ainda não se sabe por quais métodos, sob quais valores e para quais objetivos.⁵⁶³

Embora Nietzsche tenha vivido no século XIX (1844-1900), é apontado por alguns como o arauto da pós-modernidade, quando descontruiu “[...] a certeza no relativismo, a razão na vontade, a hegemonia moral na imperfeição do caráter, constituindo uma doutrina céтика que haveria de declarar a morte de Deus e assinalar os primeiros indícios de falseamento na ilusão do projeto racional da modernidade.”⁵⁶⁴ Foi a Escola de Frankfurt, contudo, que dirigiu as críticas mais diretas e constitutivas à ideia de modernidade, onde se destacaram pensadores como Herbert Marcuse (1891-1979), Max Horkheimer (1895-1973), Theodor W. Adorno (1903-1969) e Jürgen Habermas (1929-). Ao contrário desses últimos, Habermas adota uma postura moderada quanto à modernidade que, com sua teoria do agir comunicativo, valoriza a intersubjetividade e combate a unilateralidade da ideia de razão (arquétipo da modernidade). Habermas, assim, ainda acredita na razão, mas na razão construída por meio da comunicação e não na razão objetivamente “dada”. Desse modo, preserva a modernidade, onde ainda é possível preservá-la, mas também a descontrói, onde não obteve êxito. Habermas propõe uma revisão do projeto da modernidade, e não a sua substituição pelo novo paradigma da pós-modernidade.⁵⁶⁵

É com Jean-François Lyotard, com sua obra “Condição pós-moderna”, por sua vez, que se amadurece o ideal de pós-modernidade e sua principal característica: a refutação de toda e

⁵⁶² “Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver *intertemporal*, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores, enfim, entre passado erodido e presente multifário.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

⁵⁶³ “Os sentimentos modernistas podem ter sido solapados, descontruídos, superados ou ultrapassados, mas há pouca certeza quanto à coerência ou ao significado dos sistemas de pensamento que possam tê-los substituído. Essa incerteza torna peculiarmente difícil avaliar, interpretar e explicar a mudança que todos concordam ter ocorrido.” Cf. HARVEY, David. **A condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 15 ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006, p. 47.

⁵⁶⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

⁵⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98-99. Nesse sentido é a posição de Sergio Paulo Rouanet, contrário à pós-modernidade, na medida em que sequer a modernidade fora alcançada. Bittar explica o pensador: “A razão não poderia deixar campo para a implantação do irracionalismo absoluto, ou para o voluntarismo exacerbado de matriz nietzschiana. Na falência da razão instrumental (cognitiva e instrumental), ou na decrepitude do projeto moderno, estar-se-ia diante de um convite à revisão da razão, agora de uma razão consciente de suas fragilidades, mas não propriamente diante do abandono do princípio segundo o qual a razão deve governar as relações.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-95.

qualquer metanarrativa.⁵⁶⁶ Assim, inexistiria uma teoria universal do Estado, dos direitos humanos, da dignidade humana, da economia, etc., que foram teorias universais, pautadas na razão, que sustentaram o projeto da modernidade. Caem em desuso, também, expressões como verdade, justiça, consenso, vontade geral, ordenamento jurídico completo, monismo jurídico, soberania, etc.⁵⁶⁷ O fracasso da modernidade teria demonstrado a falta de legitimidade dessas teorias para a solução de problemas.

Procurando desvendar a pós-modernidade, muitos autores, cada qual conferindo importância a determinados aspectos, apontaram distintas causas, distintas características e, como não poderia deixar de ser, distintas denominações.⁵⁶⁸ Dentre os autores, ganhou grande destaque mundial a concepção de Zygmunt Bauman, que utiliza as expressões “modernidade sólida” e “modernidade líquida” como correspondentes à modernidade e à pós-modernidade.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Lyotard denomina o pós-moderna a sociedade fruto das transformações ocorridas desde os fins do século XIX, que mudaram as regras dos jogos da ciência, das artes e da literatura. O autor relaciona essa mudança de regras à crise das grandes narrativas sob as quais foi construída o projeto da modernidade. O pós-moderno, é assim, a incredulidade em relação às metanarrativas. Cf. LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** 15^a ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2013, p. 11-12.

⁵⁶⁷ “Em lugar do universalismo, o fragmentário, em lugar do centralismo, o periférico, em lugar do consenso *omnium*, os regionalismos, em lugar da igualdade, a identidade. Em poucas palavras, Lyotard é daqueles que identificam o surgimento de uma nova cultura a partir de novas referências e paradigmas, desmotivados de causas modernas, geralmente fundadas no mito do consenso.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105. “Na Pós-Modernidade, as identidades se fragmentam. A nacionalidade deixa de ser um referencial importante, em razão da desterritorialização do poder, assim como as classes sociais, que se baseiam numa visão esquemática e simples do mundo, incompatível com a complexidade pós-moderna. Neste quadro, se fortalecem as solidariedades ‘guetizadas’, decorrentes do pertencimento a comunidades específicas de natureza étnica, sexual, religiosa ou cultural. Paradoxalmente, na globalização vive-se a ‘volta ao tribal’. Em certos contextos, a exacerbção deste processo acaba produzindo sectarismos e fundamentalismos diversos, além de provocar, como reação, a intolerância dos grupos hegemônicos contra as minorias.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40.

⁵⁶⁸ Eduardo Bittar traz um balanço desses autores e de suas concepções. Dentre eles, cita Cornelius Castoriadis, que utiliza a expressão pós-modernidade; Gilles Lipovetsky, que utiliza a expressão hipermodernidade; Ulrich Beck, que utiliza a expressão modernidade reflexiva; Zygmunt Bauman, que inicialmente utilizava a expressão pós-modernidade mas, em decorrência de estudos posteriores, substituiu-a por modernidade líquida, em contraposição à modernidade sólida; Anthony Giddens, que utiliza a expressão modernidade radicalizada, entre outros. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107-116.

⁵⁶⁹ As expressões são utilizadas para caracterizar diferentes fases de um mesmo objeto de estudo. Assim, Bauman caracteriza o capitalismo fordista (capitalismo da modernidade) de capitalismo “pesado” e “sólido”, enquanto o capitalismo financeiro (capitalismo da pós-modernidade) recebe os adjetivos opostos, como “leve”, “líquido”⁵⁶⁹. Em outro momento, o sociólogo denomina de modernidade “hardware” ou “pesada” o período histórico marcado pela conquista territorial, quando o homem se preocupou com a invenção das grandes máquinas e dos meios de locomoção como forma de maximizar a utilização do tempo, e de modernidade “software” ou “leve” o atual momento, em que, devido às tecnologias da informação e comunicação que criaram a “instantaneidade”, o tempo deixou de ser uma variável importante, deixou de ter valor. Como último exemplo, Bauman, com base em Richard Sennett, utiliza dois grandes empresários, ícones do capitalismo, cada qual à sua época, para representar essa “solidez” e “liquidez”. O primeiro, representante do capitalismo “pesado”, apegado à posse e à propriedade da terra, dos meios de produção, da fábrica, é John D. Rockefeller – Sennet o caracteriza como um “grande elefante”; enquanto o segundo, representante do capitalismo “leve”, virtual, desapegado do território, é Bill Gates. Ambos representam o capital: o primeiro, o capitalismo industrial “sólido”; o segundo, o capitalismo financeiro “líquido”. Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.**

O Direito, enquanto subsistema social inserido no sistema social global, não se mantém alheio a essa transição paradigmática. Os efeitos da pós-modernidade no âmbito jurídico são, como em todos os demais âmbitos, ainda incertos, embora possamos descontinar alguns pontos. Como decorrência da preferência do concreto sobre o abstrato, do local sobre o regional, da crise da soberania e da crise da legalidade estatal, o monismo jurídico cede espaço ao pluralismo jurídico, como tivemos oportunidade de observar, acima, a questão da “sociedade de direito privado” e o “neofeudalismo jurídico”.⁵⁷⁰ O Direito estatal modifica-se, passando a ostentar o caráter de direito reflexivo.⁵⁷¹ André-Jean Arnaud assim se pronunciou sobre o tema:

O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, com exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos, a importância do papel desempenhado pelas corporações, os códigos de conduta privados, o desenvolvimento de um direito negociado, a jurisdicção crescente da normalização técnica. [...] O Estado, ao mesmo tempo que conserva o controle do processo, delega de alguma forma a possibilidade de dizer o direito a um número maior de pessoas, entre as quais surge um conflito, e com uma latitude maior. [...] O direito estatal corre o risco de ser concretamente suplantado por outros tipos de regulação global em decorrência do aparecimento de ordens espontâneas que escapam à regulação estatal, bem como pela ameaça que pesa sobre o equilíbrio internacional.⁵⁷²

Além da emergência do pluralismo jurídico, outra consequência da pós-modernidade no Direito é constatada por meio de um silogismo simples: se a pós-modernidade rejeita as metanarrativas e teorias universalistas da modernidade e, posto que a construção teórica dos direitos humanos é fruto autêntico da modernidade, tendo se iniciado desde o Iluminismo, passando pelas Revoluções Liberais, sendo incorporado pelas constituições e pelas cartas internacionais, então a pós-modernidade rechaça os próprios direitos humanos – enquanto

Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007; SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. Trad. Marcos Santarrita. 16ª ed. São Paulo: Record, 2011, p. 71-72.

⁵⁷⁰ “Por outro lado, o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, através do reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalisada pelo processo de globalização. Abandona-se a idéia do ordenamento jurídico completo e coerente, estruturado sob a forma de uma pirâmide, que teria no vértice a Constituição. A imagem que melhor corresponde ao ordenamento é a de rede, em razão da presença de inúmeras cadeias normativas, emanadas das mais variadas fontes, que se entrelaçam numa trama complexa, a qual reflete a caoticidade do quadro jurídico-político envolvente.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 41.

⁵⁷¹ “O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar, comportamentos, tornando-se mais ‘suave’ o seu direito (*soft law*). Fala-se em desregulamentação e deslegalização, partindo-se da premissa de que a intervenção normativa excessiva do Estado é perturbadora da harmonia nos subsistemas sociais. Prefere-se auto-regulamentação e mercado à hetero-regulamentação estatal.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41-42.

⁵⁷² ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 157-166.

metanarrativa universalista.⁵⁷³ Valoriza-se o relativismo ao universalismo, o local frente ao global, as identidades, as minorias, as diferenças. Prefere-se posições concretas e pragmáticas às abstratas e teóricas, rejeitando as grandes construções dogmáticas da modernidade, como “sujeito de direitos”, “negócio jurídico”, “direito subjetivo”, etc.⁵⁷⁴

A pós-modernidade, enquanto fenômeno social, desconstrói o pensamento moderno; enquanto fenômeno jurídico, desconstrói as bases do Direito moderno. Essa desconstrução, contudo, não pode ser acrítica, bem como tem a consequência de abrir espaço para novas construções. Segundo Claudia Lima Marques, a pós-modernidade jurídica

É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderne que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito. É a crise do Estado do bem-estar social.⁵⁷⁵

Quanto aos direitos humanos e, por conseguinte, aos direitos fundamentais, devemos ter muito cuidado com a pós-modernidade. Como observa Sarmento, a ótica pós-moderna é francamente incompatível com o projeto de uma constituição dirigente, com uma constituição

⁵⁷³ “Em outros termos, um direito pós-moderno poderia ser, de uma certa maneira, o inverso do produto da *abstração* e da *axiomatização* do direito, do *subjetivismo*, da *simplicidade* e da *segurança* das relações jurídicas, da *separação da sociedade civil e do Estado*, do *universalismo* e da *unidade da razão jurídica*. Ele se caracterizaria por uma vontade de *pragmatismo* e de *relativismo*, pela aceitação do *descentralamento do sujeito*, por uma *pluralidade das racionalidades*, pelo *risco* que lhe é inerente, pelo *retorno da sociedade civil* e pela apreensão das relações jurídicas na *complexidade* das *lógicas bruscamente estilhaçadas*. [...] O *universalismo* é a idéia etnocentrista de que os produtos da filosofia ocidental são válidos *urbi et orbi*. Esta idéia de universalismo é, sabe-se, um vestígio deste antigo direito natural que, inventado na Grécia, chegou até os cientistas políticos das Luzes através das interpretações desviacionistas efetuadas na Idade Média e na época do Renascimento na Europa ocidental. Ela está fundada notadamente sobre o *subjetivismo*, que permitiu, entre outros desenvolvimentos, a emergência das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão. O desenvolvimento do universalismo está intimamente ligado tanto ao da noção de sujeito quanto àquele da abstração e da axiomatização em direito. O *subjetivismo* é a transformação em teoria da idéia de que o sujeito está no centro do mundo – logo, no centro do direito. A noção de sujeito se torna o conceito central da compreensão e da constituição de todo o sistema político e jurídico. Nós tivemos a ocasião de ver como este se desenvolveu, graças à elaboração da máxima ‘*jus est facultas...*’. Os juristas extraíram do subjetivismo o caráter imutável e inerente ao ser humano dos princípios da vida em sociedade, e das regras elementares que presidem as relações jurídicas. Essas regras, por consequência, serão aplicadas universalmente, já que, em qualquer lugar do mundo, um sujeito é um sujeito, e mantém, gravado no seu coração os princípios fundamentais do direito. [...] Ora, o universalismo, enquanto conceito-chave da filosofia jurídica e política está morrendo. De fato, o que juristas, sociólogos, cientistas políticos têm observado hoje em dia? Que os direitos do homem se diversificaram tanto que é difícil identificar todos como produtos da natureza do indivíduo considerado como sujeito central da regulação social e jurídica. Além disso, fala-se cada vez mais, em nome dos direitos humanos, não tanto de direitos do indivíduo do que de direitos sociais, de direitos das minorias ou dos grupos específicos (direitos das mulheres, direito dos prisioneiros, direito dos soldados, direito dos menores, direito das minorias étnicas, etc.).” Cf. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado.** Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 202-207.

⁵⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40-41.

⁵⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

social, na medida em que as normas programáticas seriam similares às metanarrativas, tão desacreditadas pela pós-modernidade, e os direitos fundamentais encarnariam o ideal universalista, por sua vez também combatido pela pós-modernidade, que valoriza o relativo e o local.⁵⁷⁶

Nesse ponto, nossa análise se assemelhará à realizada quando da compatibilidade do projeto neoliberal com nossa Constituição Federal de 1988. Com efeito, nossa Constituição revela-se social-democrática, elencando valores fundamentais de defesa dos direitos humanos em diversas passagens, como apontado acima. Desse modo, o projeto pós-modernista se revela incompatível com o nosso Direito Constitucional e, por conseguinte, com o ordenamento jurídico como um todo. Assim como o projeto neoliberal já alcançou diversos objetivos em nosso sistema jurídico, também o fez a pós-modernidade. No entanto, assim como observamos que o projeto neoliberal não pode – em teoria – subjugar nosso ordenamento jurídico aos seus desmandos, o mesmo não pode ocorrer com o projeto pós-moderno. Afinal, como observa Barroso, se ainda nem sequer conseguimos ser modernos, como queremos ser pós-modernos?⁵⁷⁷

Como salientado na Introdução, em trecho da obra de António Manuel Hespanha, o discurso brasileiro apresenta a especificidade de uma concepção crítica e socialmente comprometida com objetivos de política social, em razão, principalmente, do evidente quadro de desigualdades sociais e de cidadania.⁵⁷⁸ Nesse sentido, devemos rechaçar a pós-modernidade jurídica enquanto movimento que enfraquece ou até mesmo descarta os direitos fundamentais.⁵⁷⁹ Na esteira de Habermas, que prega a revisão da Modernidade e não a sua

⁵⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43. Para nós, alguns acontecimentos reais nos fazem refletir sobre o fim do universalismo da modernidade e a sua efetiva superação pelo relativismo e pelo local, pela pós-modernidade. Dois fatos merecem nossa atenção: o chamado *Brexit*, que resultou na saída do Reino Unido da União Europeia, que significou um sentimento de aversão ao coletivo, ao global, na medida em que a comunidade britânica preferiu, hoje, “enclausurar-se”; e a crise de refugiados que assola a Europa, que realmente colocou à prova o discurso universalista dos direitos humanos e, infelizmente, demonstrou que os países desenvolvidos, grandes defensores desse discurso no passado de colonizações, não o efetivaram plenamente quando os custos do universalismo bateram às suas portas.

⁵⁷⁷ “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excluente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

⁵⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Data de acesso 24/05/2016.

⁵⁷⁹ “De qualquer forma, parece-nos evidente que o esvaziamento do Direito e da Constituição, propugnados por certas correntes do pós-modernismo, são propostas perigosíssimas, sobretudo nos estados periféricos e subdesenvolvidos como o Brasil, onde largos setores da população ainda vivem no arcaísmo pré-moderno. [...]”

superação, a questão dos direitos humanos deve ser revista e aprimorada, ao invés de descartada.⁵⁸⁰

A “razão instrumental”, típica da modernidade e que serviu ao positivismo legalista, deve ser criticada e revisitada por novos parâmetros. Em tema de direitos humanos e direitos fundamentais, não podemos nos furtar à razão. Se os direitos humanos não foram adequadamente protegidos e promovidos pela “razão instrumental”, devemos modificar essa razão, e não suplantar os direitos humanos. A “nova razão” deve ser orientada por esses valores.⁵⁸¹

Ganha notável importância, nesse sentido, a teoria de Erik Jayme, para quem a pós-modernidade tem por característica principal a presença constante de antinomias, definindo-se, a contrário sensu, pela modernidade. A modernidade é tudo aquilo que a pós-modernidade não quer ser.⁵⁸² Para o autor, o direito, enquanto parte de uma cultura geral, tem raízes profundas na tradição e também sofre influências do desenvolvimento social, nacional e internacional. Fazendo um comparativo com a cultura, com as artes, Jayme afirma que o direito, hoje, apresenta características pós-modernas. Para o autor, a cultura pós-moderna apresenta quatro características principais: a) o Pluralismo, de formas, de estilos de vida, materializado no “direito à diferença”; b) a Comunicação sem fronteiras; c) a Narração; d) o Retorno dos Sentimentos.⁵⁸³

Soa paradoxal que no Brasil, exatamente na época em que, findo o ciclo autoritário, consolida-se a ascensão da Constituição à condição de norma jurídica, pretenda-se reduzi-la a pó, na esteira do pensamento pós-moderno, desprezando-se a sua dimensão substantiva e o seu potencial emancipatório.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45-46.

⁵⁸⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98-99

⁵⁸¹ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-95.

⁵⁸² O autor elabora três teses: “A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual, e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide, as diferenças. A segunda Tese afirma que, enquanto o direito moderno queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas, o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro. Menos para o que ficou, para aquilo que a história desenvolveu, e sim, mais, para o atual, para o contemporâneo, cujo destino histórico e permanência ainda são incertos. A terceira Tese de trabalho é interdisciplinar e afirma que: o objeto da pesquisa de direito comparado atual deveria ser a diferente reação dos sistemas de direito e dos ordenamentos jurídicos aos valores e à estrutura de pensamento pós-modernos.” JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015, p. 116.

⁵⁸³ JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015, p. 105-114.

Claudia Lima Marques assim explica os elementos da teoria do direito pós-moderno de Erik Jayme: a) o *pluralismo* seria a multiplicidade de fontes legislativas, de sujeitos a proteger, de valores a serem considerados, bem como a consagração do direito à diferença e ao tratamento desigual aos desiguais; b) a *comunicação* seria um valor máximo da pós-modernidade, pois seria o meio adequado para a legitimação do direito, da justiça, da política. Quanto mais comunicação, mais informação, mais conhecimento, mais legitimidade. Relaciona-se com as novas teorias da linguagem e do discurso, que buscam a legitimação através do consenso, que por sua vez é alcançado pela comunicação; c) a *narração*, originária da comunicação, é uma consequência na filosofia do direito e nas normas jurídicas, que, ao invés de regularem condutas, passam a narrar objetivos, princípios e finalidades elegidas pelo legislador; d) o “retorno aos sentimentos” significa, de um lado, a presença de “emoção” no discurso jurídico e, por outro lado, a busca de elementos metajurídicos, que passaram cada vez mais a estarem presentes nas decisões e discursos jurídicos, o que cria forte insegurança e imprevisibilidade sistêmica.⁵⁸⁴

O quinto e último elemento da teoria de Erik Jayme, verdadeiro *Leitmotiv*, é a revalorização dos direitos humanos (*revival* dos direitos humanos), “[...] como novos e 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.”⁵⁸⁵ Esse quinto e último elemento teria a função de guia para os demais elementos. Pluralismo, comunicação, narração e retorno aos sentimentos devem guiar-se pelo e para os direitos humanos. Dentro da miríade

⁵⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 174-176.

⁵⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 176. Cumpre, aqui, tecermos a seguinte observação: vimos, no início desse tópico, que a pós-modernidade rejeita toda e qualquer metanarrativa elaborada pela modernidade (algo afirmado pelo próprio Erik Jayme), o que inclui, necessariamente, a metanarrativa dos direitos humanos. Desse modo, parece-nos paradoxal, a nível conceitual, afirmar que o direito pós-moderno opera um *revival* dos direitos humanos. Para nós, como veremos adiante, é imperioso que os direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade e interesses existenciais sejam supervalorizados, que sofram um *revival*, como forma de salvaguardar a pessoa humana nesse cenário de crise (crise do Estado social, neoliberalismo agressivo, globalização opressora, pluralismo jurídico cujas fontes não estatais coincidem muitas vezes com gigantescos poderes privados, etc.). No entanto, tecnicamente, parece-nos que esse quinto e último elemento da teoria de Erik Jayme o aproxima da posição de Habermas, de revisitar a Modernidade, corrigindo seus defeitos, de melhorá-la, e não de substituí-la. Assim, o direito que revaloriza os direitos humanos não seria um direito pós-moderno autêntico; seria ainda um direito moderno lapidado, aperfeiçoado. Quanto às demais características, pudemos observar, no decorrer deste tópico, suas incidências. O pluralismo foi tratado quando da crise do monismo jurídico, sociedade de direito privado e neofeudalismo jurídico; a comunicação foi abordada quando caracterizamos a globalização; a narração, enquanto normas legais preocupadas com os fins e não com as condutas foi abordada no conceito de direito reflexivo; o retorno aos sentimentos, enquanto insegurança, foi traçado como característica própria da pós-modernidade, de incerteza e tensão quanto ao novo.

que é o direito pós-moderno, imperioso que haja um guia claro, objetivo e protetor da dignidade humana.

Concordamos plenamente com esse posicionamento. Como já estabelecido na Introdução, nossa posição é de fortalecimento, proteção e promoção dos direitos humanos e direitos fundamentais.⁵⁸⁶ Refutamos, portanto, o completo abandono das metanarrativas, como proposto, radicalmente, pela pós-modernidade, pois isto implicaria em descartar o próprio discurso dos direitos humanos. Não adiantaria, por sua vez, fechar os olhos para o fenômeno vivente da pós-modernidade. Suas críticas e reflexos são sensíveis até ao observador menos atento. O monismo jurídico está superado; vigora o pluralismo. A crise do Estado Social veio para ficar; neoliberalismo e globalização pautam a agenda política e econômica. Na esteira de Erik Jayme, portanto, elencamos os direitos humanos e direitos fundamentais como nortes, como guias a serem seguidos em toda e qualquer operação jurídica. Em suma, trata-se de uma pós-modernidade jurídica “temperada” pela preservação dos direitos humanos e fundamentais.

A divisão dos contratos em existenciais ou de lucro se mostra uma típica classificação pós-moderna “temperada”. Foi dito que a pós-modernidade jurídica prefere o local ao universal, o concreto ao abstrato. Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo sobre o direito pós-moderno,⁵⁸⁷ revela que as leis gerais e abstratas, bem como as noções vagas de ordem pública e função social não são mais suficientes para o presente paradigma, que tem por principal característica a *centralidade do caso*. É para o *caso concreto* que se volta a ciência jurídica nesse paradigma pós-moderno. Quanto à razão moderna – leia-se “razão instrumental” –, Antonio Junqueira de Azevedo reconhece sua precariedade, o que leva à não-admissão de dogmas racionais. Por sua vez, ao invés de desprezá-la, como deseja o radicalismo da pós-modernidade, o professor prefere aperfeiçoá-la – e aqui, ao nosso sentir, encontram-se as concepções de Habermas e Erik Jayme –, colocando ao seu lado a *intuição do justo*, posto que a interpretação jurídica não deve ser somente um “entender intelectualmente”, mas também um

⁵⁸⁶ Claudia Lima Marques, com base em Pauline Marie Rosenau, distingue dois tipos de reação frente às crises sociais: de um lado, os tomados pelo ceticismo, constatam a destruição e desconstroem as teorias gerais e universalistas, mas ficam paralisados, sem apresentar soluções; por outro lado, há aqueles que procuram reconstruir algumas certezas da modernidade por meio de novas narrativas, constatam os novos paradigmas e, com o diálogo de fontes, buscam harmonizá-los. Os primeiros, negativistas, pessimistas; os segundos, otimistas, tecem afirmações: reconhecem os problemas, as necessidades de superação e trabalham para isso. A esse segundo grupo nos filiamos. Acreditamos, como a autora, que deve prevalecer “[...] uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e justa para os mais fracos na sociedade de modo a tornar eficaz o direito.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 177-178.

⁵⁸⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP.** São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016.

“procurar resolver os problemas existenciais da pessoa humana”. Compreendemos que a *intuição do justo*, proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, assemelha-se ao *retorno dos sentimentos* e ao *revival dos direitos humanos*, propostos por Erik Jayme. São essas expressões que buscam “temperar” a pós-modernidade jurídica com a prevalência das ideias de justiça concreta e proteção dos direitos humanos.

Se a pós-modernidade rejeita grandes construções dogmáticas, a exemplo do negócio jurídico abstrato, significa que as particularidades ganham realce e devem ser levadas em conta, agora, pelos teóricos e operadores do Direito. Embora a classificação apriorística dos contratos existenciais e de lucro comporte pré definições, contornos conceituais e características constantes, serão os casos concretos, com suas particularidades, os grandes responsáveis por apontar tratar-se de contrato existencial ou contrato de lucro. A necessidade do caso concreto para a configuração do contrato existencial e sua distinção do contrato de lucro, portanto, faz com que possamos qualificar essa classificação de pós-moderna. Ainda, como essa classificação visa justamente distinguir dois modelos contratuais opostos para que normas próprias incidam e, assim, normas protetoras incidam mais incisivamente sobre os contratos existenciais, os quais, como veremos, têm íntima relação com direitos fundamentais e direitos humanos, essa classificação permitirá a construção de um modelo dogmático apto a proteger, nos casos concretos, interesses existenciais da pessoa, o que revela uma tendência à proteção de direitos humanos e da concretização de justiça, características da modernidade. Essa dupla caracterização da classificação dos contratos existenciais e de lucro, portanto, permite-nos qualificá-la, por fim, de “pós-moderna temperada”.

Na transição paradigmática que vivemos, os paradigmas se complementam, convivem entre si. Característica da modernidade desaparecem, a exemplo do monismo jurídico, enquanto outras permanecem, como a defesa dos direitos humanos e fundamentais. A vivência da pós-modernidade não indica o fim da modernidade, assim como o paradigma do Estado Social não suprimiu o Estado Liberal, e ambos não foram suprimidos pelo Estado Pós-Social. Enfim, o panorama nunca é absolutamente transformado.⁵⁸⁸

Nesse sentido, cumpre assinalar a importância dos estudos em defesa da força normativa da constituição e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas como meios de

⁵⁸⁸ “Em outras palavras, não é só de abandono e de superação que a pós-modernidade vive, pois essas são características tipicamente modernas, que avaliam o velho como superável e o novo como sinônimo de progresso; há um importante ingrediente de *reaproveitamento* nas práticas pós-modernas, operando a reciclagem de valores, ideias, conceitos, objetos, paradigmas e estruturas, que a tornam um processo ainda mais complexo de estudo da cultura do que se pode imaginar.” Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98-99

salvaguardar, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana nessa época de crise e de legislações privadas.⁵⁸⁹ A justiça social deve expandir-se, ser alcançada a nível universal.⁵⁹⁰ Buscamos o Estado Socialdemocrata da Sociedade, onde o Estado é mínimo não em razão das exigências econômicas neoliberais, mas em razão da hegemonia da Sociedade, *locus* privilegiado de institucionalização e concretização dos direitos fundamentais.⁵⁹¹ Devemos buscar, segundo Reale, o “[...] *primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas.*”⁵⁹²

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NEOCONSTITUCIONALISMO E DIMENSÃO OBJETIVA

O constitucionalismo surge, nesse cenário, como um soldado. Contra a crise do Estado Social, contra a perversidade neoliberal que agiganta a desigualdade social, contra a globalização que, além dos aspectos positivos, opõe e exclui, contra a deslegalização/desregulamentação estatal e seu sucedâneo pela legislação privada, que deslegitima o ordenamento jurídico e põe em risco os direitos humanos, contra a pós-modernidade jurídica que põe em xeque a própria noção de direitos humanos, ergue-se o constitucionalismo como movimento voltado à proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, como escudo final da dignidade humana.⁵⁹³

Ao contrário do que ocorreu nos dois paradigmas anteriores, a teoria dos direitos fundamentais do Estado Pós-Social não acompanhou sua evolução, pelo contrário, dela se

⁵⁸⁹ “De fato, se a constituição abdicar da sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça nas relações humanas, com sua omissão ela estará legitimando o *status quo*, e coonestando a exclusão social. [...] Posta nestes termos a discussão, não vemos como, em nome do pós-modernismo, negar ou minimizar a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. Pelo contrário, neste momento, em que a crise do Estado Social e a globalização neoliberal exacerbaram as desigualdades econômicas e fortaleceram os poderes privados, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, mais do que nunca, um escudo contra a barbárie, do qual não podemos prescindir.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

⁵⁹⁰ “Talvez seja chegada a hora da transformação daquilo que se entende por ‘justiça social’ rumo ao mais ajustado: a justiça universal, adequando o desenvolvimento humano isolado ao desenvolvimento da humanidade global, de forma a cumprir a máxima tarefa de proteção da cláusula de dignidade da pessoa humana, assente, reiteradamente, nos textos pluriestatais e ainda bem carecedora de geração de seus necessários efeitos.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

⁵⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33-34.

⁵⁹² REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118.

⁵⁹³ “A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acrede em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo -, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que se apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vé como um entrave ao desmonte do Estado social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313.

distanciou, ganhando vida própria e até contrastando o modelo. Esse tópico abordará, inicialmente, o chamado neoconstitucionalismo, fruto da predominância da teoria da força normativa da constituição. Em seguida, e como decorrência, explicaremos o que vem a ser a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e uma de suas principais consequências, as doutrinas sobre a eficácia horizontal (entre particulares) dos direitos fundamentais, que ao final servirão para compreendermos os “novos” limites à autonomia privada.

Vimos, no primeiro paradigma, que as constituições eram sintéticas, regulando apenas as relações entre Indivíduos e Estado: sua função era organizar o Estado e garantir os direitos fundamentais individuais ou de defesa, que ostentavam, assim, somente uma dimensão subjetiva. A constituição era o escudo da sociedade civil contra os desmandos do Estado. O constitucionalismo liberal, a par da importância histórica em fixar a constituição como documento hábil a limitar o poder estatal, não foi capaz de conferir juridicidade ao próprio texto constitucional. A Constituição era vista como Carta Política, e não como documento jurídico; desprovida, portanto, de força normativa própria.⁵⁹⁴ Com efeito, a concretização do conteúdo constitucional dependia, em regra, da intermediação do legislador, razão pela qual o Estado de Direito do período Liberal é também chamado de Estado Legislativo de Direito, época em que o Legislativo não estava vinculado juridicamente à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais.⁵⁹⁵ Até meados do século XX, a concepção dominante era a de que a constituição não possuía força normativa própria. Enquanto documento que apenas organizava o Estado e limitava o Poder, dirigia-se somente ao Legislativo e ao Executivo, como indicações, e não ao Judiciário e aos cidadãos. As declarações de direito detinham caráter moral, não jurídico.⁵⁹⁶

No segundo paradigma, o modelo de constituição passou a ser o modelo analítico – constituições dirigentes -, em que, além de organizar o Estado e de prever os direitos fundamentais, também estipulava os valores e objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público e, por meio de regulamentações no campo socioeconômico, dirigiam a vida privada (intervencionismo). Esse segundo modelo, ainda, valendo-se das normas programáticas, previu os chamados direitos sociais ou de segunda dimensão que, em razão de posturas ideológicas conservadoras e de limites operacionais, não puderam alcançar a efetividade desejável. Nesse

⁵⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº9, 2007, p. 24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

⁵⁹⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 78.

⁵⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50-51.

cenário, segundo a doutrina dominante à época, a constituição passou a ser composta de dois tipos de normas: as autoaplicáveis, que eram as definidoras de direitos fundamentais individuais e as que organizavam o Estado, e as não autoaplicáveis, representadas pelas previsões de direitos sociais, políticas públicas e intervenções na ordem socioeconômica.⁵⁹⁷ Desenhava-se, portanto, situação esdrúxula: parte da constituição detinha força normativa e outra parte, não. Como seria de se esperar, as normas não autoaplicáveis foram relegadas ao “esquecimento”.

Esse quadro de ausência de normatividade da constituição correspondeu à teoria constitucional de Ferdinand Lassale, para quem a constituição escrita seria apenas uma representação da constituição real, composta pelos “fatores reais de poder”, não tendo o condão de modificar a situação da sociedade, justamente por não apresentar juridicidade. Lassale, então, em famosa passagem, conceitua a constituição escrita como uma “mera folha de papel”.⁵⁹⁸

Em meados do século XX, contudo, essa situação se altera. Segundo Luís Roberto Barroso, o “novo” direito constitucional, na Europa continental, surgiu após a Segunda Guerra Mundial, especialmente na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e na Itália, com a Constituição de 1947, em decorrência das atrocidades perpetradas pelos governos nazista e fascista, respectivamente. No Brasil, esse “novo” direito constitucional tem início com a Constituição Federal de 1988, que marcou o processo de redemocratização. Segundo o autor, aliados a outros eventos, como a redemocratização de Portugal (1976) e da Espanha (1978), bem como a instalação das Cortes Constitucionais, esses foram os marcos históricos do novo constitucionalismo⁵⁹⁹

O novo direito constitucional, por sua vez, tem como marco filosófico o pós-positivismo que, enquanto resultado da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do

⁵⁹⁷ Ana Prata divide os direitos sociais entre aqueles que contém um conteúdo positivo, que são a maioria, e aqueles que se assemelham a direitos individuais, a exemplo da liberdade sindical. Até mesmo para essa segunda categoria, contudo, a mera abstenção do Estado não é suficiente para a sua efetivação. Para a primeira categoria, que abrange o direito à educação, à saúde, etc., faz-se mister a atuação estatal a nível legislativo, administrativo e judicial. A discussão acerca da eficácia dessas normas, portanto, passa pela definição de “normas programáticas”. Segundo a autora, quando da noção liberal de constituição, “[...] todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham um caráter não preceptivo, traduzindo-se num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa.” Cf. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 122-123.

⁵⁹⁸ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

⁵⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. N°9, 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

juspositivismo,⁶⁰⁰ busca reconciliar o Direito com a Ética, por meio da valorização dos princípios e do reconhecimento de sua força normativa.⁶⁰¹ O Direito, após a Segunda Guerra, percebe que não pode ficar adstrito à lei e sua separação rígida da filosofia, da sociologia, da ética. Por outro lado, em razão da científicidade que havia impregnado o Direito, que havia construído a Ciência Jurídica, era impossível a volta à metafísica jusnaturalista. O pós-positivismo, nesse cenário, surge como uma terceira via, uma alternativa que, sem descurar do direito positivo, não descarta os princípios e os valores. Esse retorno dos valores ao mundo jurídico é denominado “virada kantiana”⁶⁰² O pós-positivismo, portanto,

“[...] identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito.”⁶⁰³

Avulta, nesse cenário, a importância de se conferir força normativa à constituição para, em seguida, reconhecer-se a força normativa dos direitos fundamentais. Ainda, na medida em que a constituição, em regra, prevê os princípios e valores a serem seguidos pelo Estado e pela

⁶⁰⁰ “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da histórica pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Nº9, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

⁶⁰¹ “Uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, que atravessa fase que vem sendo denominada de pós-positivismo, é a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento da sua força normativa. Hoje, na hermenêutica constitucional reconhece-se a hegemonia dos princípios, ‘convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.’” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.

⁶⁰² “O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

⁶⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

Sociedade, reconhecer sua normatividade é reconhecer a imperatividade desses comandos, o que transforma, por completo, o quadro constitucional que se desenhava até esse momento.

Em posição oposta à de Lassale, Konrad Hesse, na obra “A força normativa da constituição”, cujo original é de 1959, elabora as bases para o reconhecimento da normatividade constitucional. Como um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo e, portanto, inserido na filosofia pós-positivista, Hesse elabora sua teoria entre o normativismo kelseniano puro e o sociologismo radical de Lassale. Para Hesse, a Constituição seria a “ponte” entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, que não podem ser analisados separadamente. A Constituição, dialeticamente, reflete o mundo real, normatizando-o, hipótese em que atua preservando o *status quo*, bem como o regula, controla e incentiva, momento em que possibilita o desenvolvimento. Assim, ela deixa de ser um mero reflexo dos “fatores reais de poder”, bem como não se perde na fantasia do dever ser. Por fim, e talvez o mais importante, Hesse reconhece que, para que a Constituição tenha real eficácia na sociedade em que está inserida, é necessário que haja uma “vontade de Constituição” imbuída nas pessoas, nas instituições, no Estado, na economia, na política, etc. Essa “vontade de Constituição” é que será o ponto central de sua teoria: se não existir, a Constituição sucumbirá à realidade social.⁶⁰⁴

A consagração da força normativa da Constituição desencadeou inúmeras consequências jurídicas, como a construção do princípio da supremacia da constituição⁶⁰⁵, que por sua vez impulsionou a instalação das Cortes Constitucionais e um extraordinário desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade,⁶⁰⁶ bem como a chamada “revolução copernicana” nos direitos fundamentais, que passaram a ser os limites para o

⁶⁰⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Importante mencionar que, nos Estados Unidos da América, a força normativa da Constituição já era prevista desde os primórdios do constitucionalismo, tendo como marco a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803.

⁶⁰⁵ “Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372.

⁶⁰⁶ “[...] a adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo o mundo, ao longo do século XX, foi modificando esta concepção, tendo importado na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Passa-se, desta forma, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante o magistério de Gustavo Zegrebelsky, ‘a lei (...) pela primeira vez na época moderna é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição.’” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

exercício das posições jurídicas⁶⁰⁷, o que se mostrará de infinita importância para o Direito Privado e, particularmente, para o nosso trabalho.⁶⁰⁸

Nesse cenário, a força normativa da constituição implicou, necessariamente, na força normativa tanto das regras quanto dos princípios constitucionais. Até então, concepção dominante compreendia que somente as regras seriam normas e, portanto, somente as regras teriam força normativa. O reconhecimento dos princípios como espécie de normas e, assim, o reconhecimento de sua normatividade, foi um passo importantíssimo para a construção desse novo direito constitucional e a consequente afirmação da Constituição.⁶⁰⁹

Segundo Alexy,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *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*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida 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

⁶⁰⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 79-80.

⁶⁰⁸ Esse trabalho não tem o objetivo de pesquisar e compreender em sua totalidade o fenômeno da força normativa da constituição. Basta, para nós, nessas poucas linhas, a compreensão de que a Constituição é sim documento jurídico apto a conferir direitos e deveres e, particularmente, como se verá, documento jurídico superior aos demais e que, por isso, informa e conforma o ordenamento infraconstitucional e, no nosso caso, o direito civil.

⁶⁰⁹ A trajetória do reconhecimento dos princípios como espécies de normas jurídicas é longa e exige estudo específico e aprofundado, razão pela qual não nos cabe aqui adentrarmos nesse campo, sob pena de fuga do tema. O estudo dessa questão perpassa por autores como Kelsen, Hebert Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila, entre outros. No entanto, podemos sintetizar algumas diferenças características entre regras e princípios, com base em doutrina especializada: a) enquanto os princípios apresentam elevado grau de abstração, as normas possuem abstração reduzida; b) por sua vez, as regras possuem elevado grau de determinabilidade, podendo ser aplicadas diretamente no caso concreto, enquanto que os princípios possuem baixa densidade normativa, necessitando, em regra, da intermediação legislativa ou judicial para ser aplicado; c) quanto ao grau de fundamentalidade do sistema, os princípios possuem posição hierárquica superior, são normogenéticos, na medida em que servem de fundamento para a criação e desenvolvimento de outras normas, subprincípios e regras – “teste de pedigree” -, ao passo que as regras, quanto à fundamentalidade, estão em hierarquia inferior; d) quanto à “proximidade da ideia de direito”, os princípios aproximam-se mais da ideia de “justiça” e de “direito”, na condição de standards jurídicos, ao passo que as regras podem apresentar natureza meramente funcional e não material (ex.: regras procedimentais). Várias outras diferenças poderiam ser ainda ventiladas. Segundo Alexy: “Com freqüência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que dever ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 87. Entre outros, Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57-67; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 29-37; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122-131 e 209-226.

distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁶¹⁰

Marcelo Duque ensina que os direitos fundamentais podem ser reconhecidos a partir de um duplo caráter: ora por meio de regras, incluindo posições definitivas, ora por meio de princípios, constituindo posições *prima facie*. Comumente, entretanto, os direitos fundamentais são identificados como princípios jurídicos, cujo conteúdo é marcado pela vagueza e abstração. Caso contrário, se fossem geralmente identificados como regras, dificilmente poderiam cumprir suas funções de defesa, prestação, proteção, etc. Adotando, portanto, majoritariamente, o caráter principiológico, os direitos fundamentais expressam um “mandado de otimização”, na linha de Alexy. Ainda, em hipótese de colisão de direitos fundamentais, a solução será encontrada por meio da “Lei de Colisão”, quando um direito fundamental (princípio) cederá em favor do outro, sem que isso signifique a sua invalidade.⁶¹¹

Nesse quadro, temos portanto, a seguinte situação: reconhece-se força normativa à Constituição; reconhece-se força normativa aos direitos fundamentais; os princípios são considerados espécies normativas e, portanto, possuem força normativa; os direitos fundamentais são, em regra, traduzidos em princípios; se direitos fundamentais são princípios, então são mandados de otimização e, desse modo, devem ser realizados na maior medida possível em face das limitações fáticas e jurídicas existentes. Se devem ser realizados na maior medida possível, isso significa que não possuem somente uma dimensão subjetiva, de direito público subjetivo, mas também uma dimensão objetiva. Com efeito, enquanto princípios, os direitos fundamentais não podem mais ser encarados como simples direitos subjetivos.

A clássica visão de direitos subjetivos públicos representa o poder atribuído por uma norma para o sujeito, conferindo-lhe pretensão face ao Estado, para fazer valer o cumprimento de um dever existente. O direito público subjetivo do cidadão está para o dever jurídico do Estado. Em regra, os direitos públicos subjetivos confundem-se com os direitos de defesa, mas, a nosso ver, também podem enquadrar os direitos fundamentais prestacionais, na hipótese de um cidadão exigir do Estado a realização de um direito social.⁶¹² Os direitos fundamentais

⁶¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90-91.

⁶¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132-137.

⁶¹² “Qualquer que seja a justificação político-jurídica dos direitos subjetivos públicos, certo é que a nota saliente de sua conceituação é a circunstância de criarem obrigação jurídica para os órgãos estatais, a quem normalmente apenas se reconhecia o poder de obrigar juridicamente. Muito embora essa pretensão negativa seja apenas parte do seu conteúdo, à medida que esses direitos possuem um ado positivo não menos importante, que é a atualização das liberdades neles garantidas, a partir das quais a constituição pode ganhar vida, ela é a sua característica de destaque.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e**

enquanto direitos públicos subjetivos, portanto, dizem respeito à relação entre cidadão e Estado, nas hipóteses em que o cidadão exige o cumprimento, por parte do Estado, em relação a algum direito fundamental: ou porque não deveria ter interferido (direitos fundamentais de defesa) ou porque deveria ter atuado (direitos fundamentais prestacionais). Nas duas hipóteses, o cidadão é quem toma a iniciativa da ação protetiva do direito fundamental.

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais, enquanto princípios dotados de força normativa, passam a representar o conjunto dos valores mais relevantes para o Estado e a Sociedade. Os direitos fundamentais passam a ser os princípios básicos da ordem constitucional e, por conseguinte, do Estado de Direito democrático.⁶¹³ Enquanto valores nucleares da ordem jurídica democrática, reconhece-se que os direitos fundamentais não são um problema somente do Estado, mas de toda a sociedade.⁶¹⁴ Essa constatação gera, pelo menos, três fortes consequências: a) agregam-se novas funções aos direitos fundamentais; b) efeito irradiante dos direitos fundamentais, enquanto normas constitucionais, para todo o ordenamento; c) eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A primeira consequência, de agregação de novas funções aos direitos fundamentais, tem origem ainda no paradigma do Estado Social, quando o Estado, por meio das normas programáticas, previu os direitos sociais. Os direitos fundamentais, então, deixaram de ser somente direitos de defesa para serem direitos prestacionais. Em ambas as funções, contudo, os direitos fundamentais eram concebidos somente na sua dimensão subjetiva. Com a constatação da dimensão objetiva, esse quadro se desenvolve e o Estado, além de abster-se de violar tais direitos, tem agora também a função de protegê-los e promovê-los. Trata-se dos deveres de proteção: o Estado deve atuar para proteger e promover os valores representados pelos direitos fundamentais.

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana. Tal aspecto constitui um dos mais

prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121. “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

⁶¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

⁶¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106. “Essa dimensão objetiva exprime, assim, o conteúdo fundamental da ordem jurídica total da coletividade, base da comunidade humana, ou seja, fala-se da fundamentação objetiva dos direitos fundamentais, quando se analisa o seu significado para a comunidade, em prol do interesse público e da vida comunitária.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123-124.

importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associado à ótica emergente do *Welfare State*, que enxerga no Estado não apenas um “inimigo” dos direitos do Homem, que por isso deve ter as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil.⁶¹⁵

Nesse sentido, Robert Alexy⁶¹⁶ ensina que os direitos fundamentais não têm mais somente a tarefa de defender o indivíduo perante o Estado (função de defesa), mas também exercem uma função de prestação ampla, que subdivide-se em três atribuições: a) função de organização e procedimento, que se revela na exigência de normas que criem órgãos, instituições e procedimentos voltados à realização dos direitos fundamentais; b) função de prestação em sentido estrito, que vincula o Estado a prover as demandas sociais e econômicas da sociedade, caracterizando-se por pretensões normativas de índole positiva, em oposição à mera função de defesa exercida no Estado Liberal; c) a função de proteção, que obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios particulares.

A dimensão objetiva, enquanto exige uma postura proativa do Estado para a proteção e promoção de – todos – os direitos fundamentais, acaba agregando valor à própria dimensão subjetiva, na medida em que a dimensão objetiva cobra providências, quer materiais, quer jurídicas (até mesmo penais) para o exercício adequado dos direitos fundamentais.⁶¹⁷ As dimensões objetiva e subjetiva convivem entre si, complementando-se. Daí se falar no “duplo caráter” dos direitos fundamentais.⁶¹⁸ O dever de proteção, aqui, correlaciona-se com a ideia de “garantias mínimas de liberdade”, enquanto pré-requisito para o efetivo exercício dos direitos individuais.

⁶¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129. Segundo Marcelo Duque, “É exatamente em sua dimensão jurídico-objetiva que os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva, que o obriga proteção, defesa e promoção desses direitos.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁶¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 432-519.

⁶¹⁷ “Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191. “Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível dos direitos fundamentais.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

⁶¹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 124-125.

O segundo efeito do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais relaciona-se intimamente com a ideia de força normativa da constituição, de supremacia hierárquica das normas constitucionais⁶¹⁹ e de unidade do ordenamento jurídico.⁶²⁰ Trata-se da eficácia irradiante das normas constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais para todos os ramos do ordenamento jurídico,⁶²¹ bem como aos poderes públicos.⁶²² A eficácia objetiva dos direitos fundamentais permite a construção de um modelo hermenêutico que produz efeitos em todos os âmbitos jurídicos, do direito penal ao direito privado.⁶²³ Enquanto representantes dos valores essenciais da Sociedade, os direitos fundamentais devem influir na interpretação e aplicação de todo e qualquer ramo do direito, bem como pautar as escolhas e decisões dos poderes públicos.⁶²⁴ O efeito irradiante tem na interpretação conforme a constituição seu principal instrumento de efetividade.⁶²⁵

⁶¹⁹ “Em quase todo e qualquer ordenamento jurídico moderno, de modo mais ou menos cogente, coloca-se a questão da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. Ela radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na *hierarquia das normas* do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 206.

⁶²⁰ “A partir do pressuposto de que a Constituição consubstancia a ordem jurídica fundamental da sociedade, não se restringe a regular as atividades estatais ou dos órgãos públicos; converte-se, pois, em elemento central de unidade do ordenamento jurídico.” Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

⁶²¹ “Sem que se pretenda aqui aprofundar a questão do neoconstitucionalismo em si mesma, importa, no entanto, enfatizar que um dos principais fenômenos operados no âmbito justamente dessa evolução constitucional referida é o da constitucionalização, por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhe são subjacentes, de toda a ordem jurídica. Tal fenômeno, embora possa ser observado como sendo mais ou menos relevante em praticamente todos os sistemas jurídico-constitucionais contemporâneos, assume particular relevância no campo da incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do Direito, resultando em farta produção doutrinária e jurisprudencial, além de constituir, sem receio de algum exagero, de um dos temas centrais da discussão constitucional atual.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras.** 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

⁶²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

⁶²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

⁶²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124-125.

⁶²⁵ “A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limites as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

O efeito irradiante do direito constitucional e dos direitos fundamentais contribui para a chamada “constitucionalização do direito”.⁶²⁶ Como mencionado na Introdução, a “constitucionalização do direito” pode ser encarada sob diversos ângulos. Sob o aspecto formal, pode ser caracterizada pela presença de normas tradicionalmente de direito infraconstitucional no texto constitucional, fenômeno iniciado com as constituições dirigentes no Estado Social. Sob a perspectiva de teoria geral do direito, pode ser vislumbrada como a passagem da constituição para o centro do ordenamento jurídico, de onde emana critérios formais e materiais de validade a serem observados em todo o ordenamento. Por fim, pode ser caracterizada pelo efeito expansivo das normas constitucionais, cujos valores, fins e princípios condicionarão a interpretação e aplicação das normas de direito infraconstitucional.⁶²⁷

Vieira de Andrade entende que a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado se dá justamente nesse segundo efeito analisado, de irradiação dos direitos fundamentais enquanto princípios (unidade do ordenamento) e no terceiro efeito, abaixo analisado, da proteção dos particulares frente a outros particulares, “[...] pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.”⁶²⁸

⁶²⁶ Segundo Schuppert e Bumke, no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, um dos objetivos principais era simplesmente a solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais. Ainda que essa submissão soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público. [...] Como decisão fundante dessa concepção – por muitos considerada a decisão mais importante de toda a história do Tribunal Constitucional alemão – é sempre mencionada a decisão do caso *Lüth* [...] Nessa decisão, o tribunal, embora conceda que os direitos fundamentais sejam, em primeira linha, direitos de defesa dos cidadãos *contra o Estado*, desenvolve uma função complementar que, durante décadas, suscitou as maiores controvérsias no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, nos seguintes termos: ‘A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (...) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.’ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 41-42.

⁶²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 390 e ss. No nosso caso particular, o efeito irradiante das normas constitucionais e, especialmente, dos direitos fundamentais, importará na constitucionalização do direito privado – do direito civil -, configurando uma releitura das normas e institutos de direito privado à luz da constituição. Como veremos abaixo, o Código Civil de 2002, no processo de recodificação, utilizou-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, normas abertas, que serão as “janelas” do sistema privado pelas quais incidirão os princípios constitucionais.

⁶²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 243.

3.2.1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARS

O terceiro e último efeito do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia horizontal, isto é, à sua incidência nas relações jurídico-privadas.⁶²⁹ O tema pode ser dividido em duas grandes etapas. A primeira relaciona-se ao contexto, à justificativa e à importância de se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁶³⁰ A segunda diz respeito à discussão acerca da forma dessa eficácia, onde descontinam-se várias posições.⁶³¹

As polêmicas acerca dessa questão iniciam-se já no tocante à terminologia. Vários são os termos empregados para descrever o mesmo fenômeno. Dentre eles, eficácia horizontal, eficácia nas relações privadas, validade dos direitos fundamentais no direito privado, eficácia

⁶²⁹ “Com base nos fundamentos apresentados, pode-se afirmar que o ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas foi, sem sombra de dúvida, o fato de esses direitos terem extrapolado a mera relação cidadão-Estado, mediante o reconhecimento da já referida dimensão objetiva.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132.

⁶³⁰ Gilmar Mendes elenca algumas indagações que revelam a importância deste tema: “1. em que medida, por exemplo, a liberdade de expressão autorizaria alguém a conamar o público a um boicote contra uma dada publicação ou contra uma dada produção artística (v.g., um livro ou um filme)?; 2. o princípio da igualdade impediria que, na adoção de critérios para contratação, uma empresa privilegiasse determinada categoria de pessoas, v.g., as adeptas de uma dada concepção filosófico-social?; 3. a administração de uma ‘cidade privada’ (*company-town*) poderia impedir que adeptos dos testemunhas de Jeová distribuam panfletos nas suas ruas e praças?; 4. os proprietários ou administradores de *shoppings centers* poderiam impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público no seu interior sob a alegação de que se cuida de um espaço submetido exclusivamente ao regime de propriedade privada?; 5. quais seriam os limites da responsabilidade do Poder Público pelo fato de alguém, em razão de sua raça ou cor, deixar de ser atendido em um café ou restaurante administrado sob o regime de autorização ou permissão?.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.] (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras.** 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

⁶³¹ Desde já, cumpre a seguinte observação: o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é extenso e complexo, tendo sido objeto de intermináveis controvérsias doutrinárias desde os anos 50 do século passado. São várias as teorias que tentam explicá-lo, bem como são várias as críticas dirigidas a cada uma dessas teorias. Desse modo, nosso objetivo, nessa questão, será somente demonstrar a importância da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para nós, essa incidência importará em novos limites à autonomia privada, bem como em novos parâmetros de responsabilidade civil. Mencionaremos as teorias existentes e suas críticas, sem, contudo, analisar profundamente cada uma delas, o que seria tema para um trabalho autônomo. Para um estudo completo do tema, entre outros, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009; HECK, Luís Afonso (org.); DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

civil dos direitos fundamentais, e até mesmo o uso da expressão importada do alemão, *Drittewirkung*.⁶³²

A discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem origem na Alemanha, nos anos 50 e 60 do século passado, quando foi originalmente denominada *Drittewirkung der Grundrechte*, que, em tradução livre, significa “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”. A trágica experiência do nacional-socialismo despertou a consciência social e jurídica de que era necessário um fortalecimento dos direitos fundamentais e, aliado ao fato de que as violações tiveram origem tanto em organismos estatais quanto privados, a exemplo do próprio partido nazista, gerou a reflexão de que os direitos fundamentais deveriam, portanto, valer tanto frente ao Estado quanto aos demais particulares, enquanto potenciais violadores desses direitos.⁶³³

Além disso, os excessos do liberalismo já vinham alertando para os perigos que os próprios particulares poderiam oferecer entre si, marcadamente numa sociedade desigual. Percebeu-se que, sobretudo em países democráticos, não só o Estado significa ameaça a direitos fundamentais, mas também a sociedade civil e o mercado, notadamente aqueles que possuem maior poder socioeconômico.⁶³⁴ Vimos, no primeiro capítulo, que, em decorrência da autonomia da vontade irrestrita e tendente a ser absoluta, abriu-se espaço para desmandos daqueles que efetivamente detinham o poder econômico. A parte débil da contratação ficava à mercê da vontade da parte forte, situação em que a única liberdade era aceitar ou não os termos impostos. A ampla liberdade de contratação propicia as condições para que houvesse violações aos direitos fundamentais da parte fraca. Essa situação começou a mudar no paradigma social, quando da passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, agora limitada por preceitos de ordem pública e iluminada pela função social, que trouxe para

⁶³² “Porém, mesmo a expressão eficácia horizontal é objeto de seguidas críticas na doutrina, pelo fato de que a relação entre particulares, quando marcada por assimetrias ou desigualdades fáticas – realidade típica dos contratos de consumo – não é necessariamente horizontal. Isso se verifica em face da circunstância de um dos polos dessa relação deter isoladamente e em inegável superioridade, uma parcela de poder social, situação que pode levar, de maneira geral, à violação de direitos e, em particular, à restrição do espaço de liberdade da parte que detém a menor parcela de poder na relação. Essa crítica é útil para alertar que a terminologia eficácia horizontal não pode levar à falsa conclusão de que os particulares mantêm, necessariamente, relações simétricas, circunstância que ingressaria em contradição com a própria razão de ser da *Drittewirkung*.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49-51.

⁶³³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-41.

⁶³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 18.

o contrato aspectos como justiça contratual e boa-fé objetiva. Apesar da evolução, ainda não se falava em incidência dos direitos fundamentais nessas relações entre privados.

Foram as situações concretas, nas quais relações entre privados acabavam por suprimir ou mitigar direitos fundamentais em decorrência do poder socioeconômico de uma das partes que, levadas à apreciação jurisdicional, despertaram a atenção do mundo jurídico para a necessidade de se reconhecer a incidência de direitos fundamentais nessas relações, como forma de preservá-los. Na esteira de Gustav Radbruch, “[...] a liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão.”⁶³⁵ Entre todos os âmbitos possíveis de aplicação da *Drittirkung*, foi no direito do trabalho que, inicialmente, destacou-se.

Efetivamente, o campo das relações de trabalho revelou-se como terreno fértil para o desenvolvimento de um debate em torno da *Drittirkung*, já que se afirma como típico caso de relações entre sujeitos privados, nas quais os direitos fundamentais podem assumir um significado preponderante, independentemente da presença do Estado em um dos polos da relação. Além disso, a desigualdade de poder, típica das relações de trabalho, revelou com considerável nitidez a possibilidade de uma parte – considerada mais forte, notadamente o empregador – restringir direitos fundamentais da mais fraca – o empregado.⁶³⁶

Apesar de se materializar mais facilmente nas relações de trabalho, onde há maior subordinação do contratante fraco em relação ao contratante forte, percebeu-se que, fora das relações trabalhistas, as diferentes posições contratuais, em razão da disparidade de poder socioeconômico, também poderiam vilipendiar direitos fundamentais. Assim, verificou-se que em toda e qualquer relação onde haja um contratante débil e, portanto, impedido de exercer plenamente sua autonomia privada, poderia mais facilmente haver violações de direitos fundamentais. Vimos, no segundo capítulo, que esse foi o motivo pelo qual o Estado, por meio de microssistemas legislativos, editou leis com destinatários específicos, visando regulamentar situações determinadas e proteger sujeitos vulneráveis, a exemplo dos consumidores, dos locatários, etc. Com efeito, a noção de que os sujeitos vulneráveis devem ser protegidos dos próprios particulares não nasce com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo mais antiga, remontando às bases do Estado Social e da doutrina solidarista. Por sua vez, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não opera somente nas relações onde há

⁶³⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 288.

⁶³⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

disparidade de poder econômico entre os envolvidos, mas sim em toda e qualquer relação de todo e qualquer particular.⁶³⁷

A *Drittirkung* surge para complementar esse sistema de proteção, em razão da nova concepção dos direitos fundamentais. Vale dizer, com a força normativa da constituição, no cenário do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais, enquanto princípios representante dos valores essenciais ao Estado e à Sociedade, ganham elevada proeminência no cenário jurídico, ao ponto de se fazerem valer nas relações privadas. Essa eficácia horizontal surge como um *plus*, como mais uma ferramenta de proteção e promoção da pessoa humana. As relações entre particulares devem atender àqueles valores básicos representados pelos direitos fundamentais.

O ponto inicial de análise é o reconhecimento de que certos direitos fundamentais, nomeadamente aqueles que possuem significado no tráfego jurídico privado, além de vincularem os poderes públicos, devem considerar-se direito vinculante nas relações jurídicas tecidas entre sujeitos privados, no sentido de que as pessoas privadas, naturais ou jurídicas, devem observar os direitos fundamentais quando se colocam em contato (jurídico) com outros sujeitos de direito privado.⁶³⁸

Isso nos leva a crer, desde já, que há direitos fundamentais que, por sua natureza, não podem vincular os particulares, a exemplo dos remédios constitucionais,⁶³⁹ direitos de nacionalidade, direito de asilo, direito de não extradição e garantias do processo penal. Segundo Duque, essa constatação é oriunda de uma outra mais ampla, segundo a qual “[...] nem todos os direitos fundamentais possuem significado para todos os âmbitos do ordenamento jurídico, simultaneamente. O vetor de aproximação dos direitos fundamentais às relações privadas é a ligação desses direitos com a proteção da personalidade humana em geral.”⁶⁴⁰

⁶³⁷ Virgílio Afonso da Silva aponta que o recurso ao paralelo entre grandes corporações privadas e o Estado foi somente o primeiro passo para a conscientização de que os direitos fundamentais também poderiam ser violentados por particulares. A comparação tem como base a constatação de Reinhold Zippelius, de que as grandes corporações, verdadeiras “forças sociais”, tinham o poder de influir no quadro político do Estado. Desse modo, assim como tinham o poder de influir na política, tinham o poder de influenciar nos direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve incidir sobre todos os particulares, sob pena de se equiparar, indevidamente, as grandes corporações ao Estado e, mais grave ainda, descartar as inúmeras possibilidades de violações por particulares “pequenos”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 52-53.

⁶³⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

⁶³⁹ Embora essencialmente vinculantes aos poderes públicos, jurisprudência opera mitigação quando o particular ostenta a posição de ente público, a exemplo do hospital particular que impede a saída de paciente internado inadimplente, hipótese em que o direito do hospital figura na posição de autoridade coatora apta a ser ré em *habeas corpus*. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 23.

⁶⁴⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

Wilson Steinmetz, após determinar as pré-compreensões de que a Constituição Federal, do ponto de vista de uma teoria constitucionalmente adequada, não é somente a Constituição do Estado, mas também da Sociedade, definindo a estrutura normativa básica ou fundamental desses dois campos, bem como que apresenta um caráter “liberal matizado” ou temperado – aqui, discordamos, pois entendemos que a CF/88 apresenta caráter social-democrático – pela dignidade humana, busca da justiça social, etc., define os seguintes fundamentos constitucionais da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: a) princípio da supremacia da constituição; b) postulado da unidade material do ordenamento jurídico; c) caráter principiológico dos direitos fundamentais; d) princípio constitucional da dignidade da pessoa; e) princípio constitucional da solidariedade; e f) princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, previsto no §1º do art. 5º da CF/88.⁶⁴¹

Não há grande controvérsia quanto ao fato de que o direito privado não pode ser um “gueto”, um ramo do Direito que não sofre influências da constituição. Tal posição iria de encontro ao princípio da supremacia da constituição e da unidade do ordenamento jurídico. Além disso, sendo os direitos fundamentais os princípios constitucionais básicos, sua força normativa deve penetrar todos os âmbitos jurídicos. Outro argumento adicional redunda na constatação, por parte da doutrina, que, enquanto emanação da ordem de valores essenciais à sociedade, os direitos fundamentais possuiriam ainda caráter pré-estatal, ao menos em seu núcleo, o que impediria sua restrição a qualquer âmbito jurídico, na medida em que, sendo pré-estatal, conformaria todo o direito posteriormente construído.⁶⁴² No ponto de vista do “contrato social”, portanto, em que o monopólio do uso legítimo da força e da violência foi passado ao Estado, podemos afirmar que o principal fundamento da *Drittirkung* encontra-se “[...] na premissa de que nenhum titular de direitos fundamentais tem a permissão de violar um bem jurídico-fundamental de outro, ao mesmo tempo em que uma convivência social entre diferentes titulares de direito, com interesses distintos, é inevitável.”⁶⁴³

As críticas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de existentes, são francamente minoritárias e combatidas. Marcelo Duque apresenta as críticas de Schwabe, autor considerado o maior opositor à *Drittirkung*, para quem a eficácia horizontal dos direitos

⁶⁴¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 97-123.

⁶⁴² Segundo Jörg Neuner, “O ponto de partida é a constatação de que a LF antecede, na condição de *lex fundamentalis*, o Direito Privado como direito ‘ordinário’.” Cf. NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 222.

⁶⁴³ DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittirkung* dos direitos fundamentais. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras.** 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 100-102.

fundamentais seria apenas um “problema aparente”, na medida em que transfere ao Estado, por meio da legislação civil ou da jurisdição, a responsabilidade pela violação ao direito fundamental, uma vez que, para o autor, se o Estado não proíbe uma lesão a um direito fundamental é porque a permite e, desse modo, o particular lesado em seu direito fundamental por outro particular deveria dirigir-se ao Estado para requerer sua proteção, o que configura típica função de defesa. Duque, em seguida, desconstrói essa argumentação, principalmente pela afirmação contrária de que o fato de o Estado não proibir expressamente uma lesão de determinado direito fundamental não significaria, automaticamente, que a permite.⁶⁴⁴

Thiago Sombra, por sua vez, elenca três obstáculos à eficácia horizontal. Seriam elas: o apego excessivo à vertente histórica, que insiste em compreender os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa na perspectiva de direitos públicos subjetivos e, portanto, oponíveis somente ao Estado; a proteção do princípio da autonomia privada, mediante a falsa compreensão de que a eficácia direta dos direitos fundamentais aniquilaria a autonomia do Direito Privado; por fim, a timidez dos juízes, que insistem em amparar suas decisões somente nos textos legais infraconstitucionais e não diretamente na Constituição.⁶⁴⁵ Quanto ao primeiro obstáculo, pensamos tê-lo superado pela análise até aqui empreendida, onde já demonstramos que os direitos fundamentais, além da função de defesa, possuem a função de prestação em sentido amplo e, além da dimensão subjetiva, comporta também uma dimensão objetiva. Quanto ao terceiro obstáculo, sobre a timidez dos juízes, não nos cumpre, aqui, fazer qualquer juízo de valor, posto que tal assertiva, para ser combatida, exige estudo empírico específico. Por fim, quanto ao segundo obstáculo, de que a eficácia horizontal aniquilaria a autonomia privada e, por conseguinte, o Direito Privado, podemos afirmar, desde já, que se trata de uma crítica a um modo específico de eficácia horizontal, o modelo direito, e não à eficácia horizontal em si.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittewirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93-95; No mesmo sentido, Vieira de Andrade rechaça a teoria de Schwabe, afirmando que “Não nos parece, porém, que esta concepção seja defensável no âmbito de uma ordem jurídica baseada no princípio da liberdade, em que os indivíduos não actuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus actos, de modo que a ausência de intervenção pública, designadamente normativa, não torna lícita nem autoriza necessariamente a actuação privada.” Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 248-249. Para maior compreensão da teoria de Schwabe, Cf. SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 91-133.

⁶⁴⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73-75.

⁶⁴⁶ Marcelo Duque afirma que a aceitação da *Drittewirkung* é praticamente unânime e que as críticas endereçadas são, em verdade, críticas a determinadas formas de eficácia horizontal, e não à eficácia horizontal em si. Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittewirkung* dos direitos fundamentais, construção

Podemos afirmar que há um esmagador consenso acerca da real eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Juan María Bilbao Ubillos afirma que “El problema no es tanto si hay o no eficacia como la medida de esa eficacia (cuánta eficacia) y de qué tipo. Esse es el verdadero debate.”⁶⁴⁷ Com efeito, não se discute “se” há a eficácia horizontal, mas sim “como” opera essa eficácia.⁶⁴⁸ À discussão acerca do “como” nos reportaremos agora.

O *leading case* envolvendo tal problemática – eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas - foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, em 1958. O caso envolveu um boicote contra um filme de um cineasta de passado nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. O caso ficou famoso devido à argumentação utilizada pelo Tribunal, que lançou o entendimento de que os direitos fundamentais influenciam o direito privado. Assim, nas palavras do Tribunal, sob à luz da Lei Fundamental de Bonn

Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.⁶⁴⁹

Nesta decisão, ao lado da tradicional função de defesa dos direitos fundamentais, embora o Tribunal Constitucional alemão tenha consagrado os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores apta a influenciar todos os ramos do ordenamento jurídico, não foi determinada a forma e a intensidade dessa influência, omissão que gerou a enorme produção bibliográfica sobre o tema.⁶⁵⁰

de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-98.

⁶⁴⁷ O autor alerta para os perigos de um fundamentalismo maximalista na aplicação das normas constitucionais, de um voluntarismo bem intencionado que poderia contrastar com as exigências técnicas e lógicas do ordenamento jurídico, acabando na completa funcionalização da liberdade individual, o que significaria sua aniquilação. UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 291-292.

⁶⁴⁸ “Como ponto de partida para a discussão, será possível assumir como correta a premissa de que os direitos fundamentais são constantemente (e no caso de países periféricos como o Brasil, marcados por grandes contrastes econômicos, sociais e mesmo culturais, ainda com maior intensidade) violados e ameaçados na esfera das relações privadas. Assim, relativamente ao ‘se’ de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares não se verificam objeções significativas, notadamente quando se comprehende que esta eficácia não se restringe à problemática da vinculação dos particulares, abrangendo a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de direito privado e sua aplicação judicial.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras.** 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-69.

⁶⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. 3^a.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 112-113.

⁶⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 42-43.

Com exceção da cultura jurídica norte-americana, em que a eficácia horizontal é fortemente combatida doutrinária e jurisprudencialmente, por meio da teoria do *State Action*,⁶⁵¹ amenizada pela *Public Function Theory*,⁶⁵² podemos dividir as teorias sobre a forma da *Drittewirkung* em quatro grupos: a) teoria da eficácia indireta ou mediata; b) teoria dos deveres de proteção do Estado; c) teoria da eficácia direta ou imediata ; d) teorias mistas.

A teoria da eficácia indireta ou mediata (a) foi criada na Alemanha, na década de 50, e, posteriormente, tornou-se a concepção dominante no direito germânico.⁶⁵³ Marcelo Duque destaca que, embora alguns poucos autores já trabalhassem com a teoria, o primeiro autor a

⁶⁵¹ Originária do desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte americana, as premissas do *State Action*, concebem, em termos gerais, o Estado como único possível ofensor dos direitos fundamentais. Entende a Suprema Corte que os direitos e garantias individuais presentes na Constituição norte-americana e em suas emendas destinam-se exclusivamente ao Estado, e não aos particulares. Uma das poucas exceções estaria presente na décima quarta emenda, que proibiu a escravidão nos Estados Unidos, proibição que alcança os particulares. Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92-93.

⁶⁵² Entretanto, buscando amenizar a rigidez dessa teoria, a Suprema Corte Americana vem criando mecanismos para permitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exemplo da denominada *public function theory*. Desse modo, segundo alguns precedentes daquela corte, quando um particular exercer atividade tipicamente estatal, ou atividade particular patrocinada pelo Estado, estará vinculado também aos direitos fundamentais. Wilson Steinmetz explica, sucintamente, o funcionamento judicial desse artifício: “Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão fundada. Recebida a demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública, et.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) podem ser subsumidas ao conceito de *state action*.” Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179. O mesmo autor, ainda, elabora a seguinte objeção a essa teoria: haverá casos em que facilmente se imputará a atitude do particular ao Estado, como as empresas que atuam sobre concessão; em outros, claramente a atitude não poderá ser imputada; ocorre, todavia, que haverá casos limites, em que a atitude poderá ou não ser imputada, o que gerará insegurança jurídica, necessitando, portanto, de claros limites a serem construídos pela doutrina e jurisprudência. A falta de insegurança jurídica nessa questão faz com que autores, como Virgílio Afonso da Silva, critiquem o casuismo e a artificialidade dos fundamentos. Em suas palavras: “Nesse sentido, ainda que, com a doutrina do *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuismo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por *mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas.” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 100. Nesse viés, no contexto norte-americano, os direitos fundamentais vinculariam sim os particulares, embora de forma ardilosa, camouflada. “Em suma, a grande crítica à *state action* está diretamente relacionada aos pressupostos sobre os quais fora construída: a estanque separação entre público e privado e a concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, exercidos exclusivamente contra o Estado [...] Ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o caminho mais complexo: ampliar a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas. O contrassenso deste posicionamento está em aplicar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal.” Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

⁶⁵³ Virgílio Afonso da Silva informa que o modelo de eficácia indireta ou mediata é o modelo mais aceito em praticamente todos os países em que o tema da *Drittewirkung* foi trabalhado de forma sistemática. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 81.

tratá-la de forma mais bem elaborada fora Günter Dürig.⁶⁵⁴ Em síntese, essa teoria defende que os direitos fundamentais não ingressam no campo privado como direitos subjetivos, assim reconhecidos somente perante o Estado, mas tão somente através da atividade legislativa infraconstitucional e da atividade jurisdicional.⁶⁵⁵ Sua influência no direito privado seria indireta, isto é, atuariam como ordem de valores a nortear a edição, interpretação e aplicação das normas privadas.

Nessa acepção, Dürig concebeu os direitos fundamentais como parte essencial de um sistema de valores, que dever ser objeto de uma proteção abrangente. Contudo, essa proteção, em harmonia com a sua concepção de ordem valorativa, não fundamenta uma eficácia direta dos direitos fundamentais no trânsito jurídico privado, à medida que todos os particulares são titulares de direitos fundamentais. [...] Dürig centrou o seu argumento na constatação de que o dever de respeito à dignidade humana é a norma central do ordenamento jurídico, a partir da qual se gera um efeito de irradiação.⁶⁵⁶

Sendo formas de irradiação da dignidade humana, portanto, a atuação dos direitos fundamentais entre os particulares se daria em dois planos: primeiro, vinculando o legislador privado, que teria o dever de respeitá-los e a obrigação de promovê-los ao promulgar novas leis; segundo, norteando a atividade jurisdicional, que deveria utilizar-se dos direitos fundamentais como valores, como ordem axiológica, na interpretação e aplicação dos institutos do direito privado, bem como na colmatação de lacunas, de modo que eles respeitassem, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais e a autonomia privada dos particulares. Essa ingerência no direito privado se daria através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, que serviriam como “janelas abertas” para a infiltração das normas constitucionais.⁶⁵⁷

A teoria da eficácia indireta ou mediata visa corrigir, na visão de seus autores, os riscos da teoria da eficácia direta ou imediata, preservando a autonomia privada e, portanto, o Direito Privado, na medida em que a proteção e solução dos conflitos privados se dariam sempre por meio de mecanismos do próprio Direito Privado, e não por instrumentos tipicamente constitucionais.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 195-196.

⁶⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197-201.

⁶⁵⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

⁶⁵⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240-241.

⁶⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198-199.

Em que pese privilegiar a segurança jurídica, o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, as duas grandes críticas a essa teoria resumem-se nas dificuldades impostas à efetivação de direitos fundamentais na hipótese de “engessamento” nos casos concretos, devido à incapacidade legislativa de antever e resolver todos os possíveis problemas envolvendo colisão de direitos fundamentais, bem como na situação de omissão constitucional do legislador.⁶⁵⁹

De forma semelhante, temos a teoria dos deveres de proteção do Estado (b). Claus-Wilhelm Canaris, maior expoente dessa teoria, sustenta que somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais. Desse modo, o Estado tem uma dupla função: não apenas abster-se de lesar os direitos fundamentais, mas também o dever de protegê-los quando provenientes de lesões ou ameaças de terceiros (particulares). O professor alemão denomina essas duas funções de “proibição de intervenção” e de “imperativo de tutela”, respectivamente. Para ele, a influência dos direitos fundamentais frente aos particulares encontra-se na vinculação imediata do legislador do Direito Privado ao respeito aos direitos fundamentais e na aplicação judicial do Direito Privado pelo Poder Judiciário, que deverá se abster de um julgamento causador de lesão aos direitos fundamentais, bem como buscar a efetiva sua efetiva proteção.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ “A análise da primeira dificuldade corrobora a tese segundo a qual as tensões entre direitos fundamentais somente podem ser dirimidas em concreto, uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo. O legislador dificilmente conseguirá apreender toda a complexidade cultural e social das relações jurídicas interindividuais, sobretudo em um país de dimensões continentais, de modo que sempre será imprescindível uma margem de atuação e concretização por parte dos juízes. [...] Subordinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a uma prévia conveniência e discricionariedade legislativa significa, em verdade, transformar os direitos fundamentais em direitos meramente legais, além de negar a aplicabilidade direta e a fundamentalidade que lhes é inherente.” Cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80-82. Ainda, “[...] a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme à Constituição.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204. No mesmo sentido, “Outra forte crítica ao modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares baseia-se na possibilidade de proteção ineficaz dos direitos fundamentais nessas relações se seus efeitos puderem a elas chegar apenas por meio das chamadas cláusulas gerais. Isso porque é difícil imaginar que tais cláusulas sejam sempre suficientes para servir de ‘porta de entrada’ para os direitos fundamentais nas relações interprivados. O mais provável é que, para um grande número de situações em que seria desejável que os efeitos dos direitos fundamentais se fizessem presentes, não haverá uma dessas cláusulas para dar vazão a esses efeitos.” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 85. Para estudo completo acerca da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, vide, dentre outros: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittewirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 195-314

⁶⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 28-36 e 52-74. Vieira de Andrade assim explica essa teoria: “Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam *em primeira linha* às relações entre os

Canaris, refutando a teoria da eficácia indireta ou mediata, afirma que “[...] é, no actual estado da dogmática jurídico-constitucional, supérflua, porque todos os correspondentes problemas podem ser resolvidos de forma mais correcta e precisa recorrendo às funções ‘normais’ dos direitos fundamentais, como proibições de intervenção e como imperativos de proteção”.⁶⁶¹

O autor alemão critica a fundamentação da teoria da eficácia mediata com base no efeito irradiante dos direitos fundamentais. Para Canaris, a questão resolve-se pelo imperativo de tutela. Enquanto membro do Estado, o Poder Judiciário, ao decidir o caso concreto, encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais e, desse modo, sua decisão deve protegê-los. Caso contrário, se a decisão for violadora dos direitos fundamentais, seja porque não os levou em consideração, seja porque operou-se interpretação frontalmente inconstitucional, o particular terá sido violado em seu direito fundamental pela falha do Judiciário (Estado), e não pela conduta do outro particular que, por não ser destinatário do direito fundamental, a ele não estava vinculado e, portanto, impossível que o violasse.⁶⁶²

Jörg Neuner adota parcialmente a teoria dos deveres de proteção, a depender do objeto a ser protegido. O autor defende que deve ser aplicada a teoria dos deveres de proteção, nas relações privadas, para os direitos de liberdade, previstos nos artigos 2º e seguintes da Lei Fundamental (constituição alemã), posto que não considera os particulares como destinatários de direitos fundamentais. Por outro lado, quando se trata de proteção da dignidade humana, prevista no art. 1º da Lei Fundamental, a situação se altera. Baseado numa interpretação histórica e teleológica da decisão dos constituintes da Lei Fundamental, Neuner comprehende que o art. 1º tem sua razão de ser na constatação de que a dignidade pode ser violada tanto pela

particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra qualquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares. Quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações jurídicas privadas, quer o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares (designadamente os decorrentes de relações contratuais), enquanto poderes vinculados pelos direitos fundamentais, teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos.” Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

⁶⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 132. Nesse sentido, Vieira de Andrade confirma que, embora haja uma prevalência da ideia de eficácia mediata, nota-se uma tendência atual de superação desse modo de fundamentar a questão, em favor da teoria do dever de proteção. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

⁶⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 205 e ss.

própria lei, enquanto “injustiça legal” – contrária ao direito -, quanto pelas ações dos particulares. Assim, conforme o autor, doutrina dominante comprehende que o art. 1º da Lei Fundamental, que trata da dignidade humana, opera eficácia direta e imediata frente aos particulares.⁶⁶³

Apesar de diferente fundamentação, a teoria dos deveres de proteção assemelha-se muito com a teoria da eficácia indireta quanto aos seus efeitos. Marcelo Duque, inclusive, afirma que a teoria dos deveres de proteção “[...] se deixa reconduzir em seus pontos essenciais à teoria da eficácia indireta [...].”⁶⁶⁴ Por essa razão, as críticas são semelhantes.⁶⁶⁵

Compreendemos que a ideia do “imperativo de tutela”, formulada por Canaris, é similar à função de proteção dos direitos fundamentais, enquanto espécie da função de prestação em sentido amplo, na divisão proposta por Alexy, acima referida. O Estado, assim, em razão da função de proteção dos direitos fundamentais, receberia um imperativo de tutela, uma obrigação de salvaguardar os particulares das lesões e ameaças dos próprios particulares. Não podemos concordar, contudo, com a premissa da teoria dos deveres de proteção, segundo a qual somente o Estado estaria obrigado a proteger os direitos fundamentais dos particulares, na medida em que incorre na seguinte contradição: o Estado só pode estar obrigado a proteger um particular da agressão do outro particular na medida em que esse segundo particular está proibido/não permitido a agredir o primeiro e, se está proibido/não permitido significa que ao direito fundamental do primeiro particular está vinculado.⁶⁶⁶

⁶⁶³ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 226-227.

⁶⁶⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição:** *drittirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 381.

⁶⁶⁵ “Por um lado, alguns civilistas alemães, preocupados diante de supostos riscos à autonomia da sua disciplina, criticaram o fato de que ela conferiria poderes em demasia ao juiz constitucional, permitindo que este, com base em valorações pouco objetivas, implantasse confusão entre as categorias tradicionais do Direito Privado, aumentando a insegurança jurídica. De outra banda, e com muito maior procedência ao nosso sentir, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade, máxime num contexto como o nosso – que, aliás, não difere em substância do que existe na Alemanha – em que os instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219-220.

⁶⁶⁶ “Necessário, aqui, um raciocínio lógico: se o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares frente às investidas dos próprios particulares, significa dizer que os particulares não possuem o direito de investirem entre si. Dito de outra maneira: o particular que ofende um direito fundamental de outro particular só deve ser coibido pelo Estado porque, justamente, não possui esse direito. Logo, conclui-se que, como o particular não possui o direito de ofender um direito fundamental alheio, é porque – e aqui se mostra evidente – a esse direito fundamental está submetido, vinculado, haja vista que, se assim não fosse, não estaria proibido de ofendê-lo.” Cf. BIZELLI, Rafael Ferreira. Da eficácia dos direitos fundamentais nas

A teoria da eficácia direta ou imediata (c) dos direitos fundamentais nas relações privadas teve origem com o pensamento de Hans Carl Nipperdey, na Alemanha,⁶⁶⁷ mas tornou-se majoritária na Espanha e em Portugal.⁶⁶⁸ Nipperdey, tratando de direitos fundamentais, afirma que

Esse direito constitucional contém para campos do direito fora da constituição não somente “proposições diretrizes” ou “regras de interpretação”, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular. Uma infração contra uma norma fundamental também atuante no direito privado leva, em regra, à nulidade do negócio jurídico.⁶⁶⁹

Para que a violação de um direito fundamental seja causa de nulidade de um negócio jurídico, temos, por conseguinte, a incidência dos mandamentos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares de forma imediata e direta. Isto é, não se necessita de outra atividade (legislativa ou jurisdicional) para se fazer valer os direitos fundamentais entre os particulares. A norma constitucional, assim, independente da legislação

relações entre particulares: contexto e modalidades. In: KIN, Richard Pae; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro (Coord.) **Direito civil constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 5-24. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 20/12/2016, p. 20. Esse também é o entendimento de Daniel Sarmento. Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220.

⁶⁶⁷ Marcelo Duque destaca que a teoria desenvolveu-se particularmente no direito do trabalho, na Alemanha da década de 50, sobretudo no debate acerca da igualdade salarial entre homens e mulheres, ocasião em que firmou-se o entendimento segundo o qual “[...] o princípio da igualdade salarial como direito fundamental vincula não apenas o poder público, mas também as partes integrantes de um contrato coletivo de trabalho.” Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

⁶⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204-205. Na doutrina portuguesa, exemplificadamente, Ana Prata entende que “[...] a entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária os direitos constitucionalmente garantidos, e não que a sua eficácia depende da medida em que o Estado configure *legalmente* a situação jurídica das entidades privadas de acordo com os direitos fundamentais.” Cf. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 137-138.

⁶⁶⁹ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Org. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 59-60.

infraconstitucional e de “artimanhas legislativas”,⁶⁷⁰ “[...] deve ser aplicada precipuamente em uma sentença, e não como um mero critério interpretativo.”⁶⁷¹

A teoria da eficácia direta critica a concepção de “efeito irradiante”, base da teoria da eficácia indireta, e comprehende que os direitos fundamentais aplicam-se entre os particulares com seus *efeitos* absolutos. Os efeitos absolutos significam que os direitos fundamentais devem operar como autênticos direitos de defesa tanto contra o Estado quanto contra os particulares. Não se confunde efeitos absolutos com direitos absolutos, tese rechaçada pelo próprio Nipperdey, que comprehende que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais exige, justamente, a limitação das liberdades dos próprios particulares. De igual modo, ao contrário do que comumente se pensa, a teoria da eficácia direta não pretende uma eficácia de todos os direitos fundamentais às relações privadas, mas somente daqueles que podem ser, posto haver direitos fundamentais aplicáveis somente às relações entre indivíduo e Estado. A verificação da aplicabilidade ou não de um direito fundamental a determinada relação privada deve ser aferida no caso concreto, de modo que, *se* o direito fundamental for aplicável, *então* a aplicação deverá ocorrer diretamente, *independentemente* se houver ou não intermediação legislativa.⁶⁷²

Com efeito, a grande parte das críticas dirigidas à teoria da eficácia direta cingem-se à essa radicalização proposta por Nipperdey, de que os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional específica, o que violaria o princípio democrático e da separação de poderes, bem como levaria à desintegração do Direito Privado e da própria autonomia privada, propiciando total

⁶⁷⁰ “A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e o modelo de efeitos indiretos, visto anteriormente, consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. [...] Nipperdey saliente, ademas, que os valores consagrados pela constituição, especialmente em seu catálogo de direitos fundamentais, ao contrário do que sustentavam Dürig e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, não necessitam de nenhuma ‘porta de entrada’ – as chamadas cláusulas gerais – para se ‘irradiar’ no direito civil. Nas palavras do próprio Nipperdey: “Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo o direito somente é válido (...) desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessária nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam, na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (§§ 138, 826 e 242 do Código Civil alemão) (...). O *efeito jurídico* [dos direitos fundamentais no direito privado] é *na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes* (...).” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 89-90.

⁶⁷¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

⁶⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 89-91.

insegurança jurídica.⁶⁷³ Marcelo Duque elabora críticas à teoria da eficácia direta com base no conjunto da tradição histórica dos direitos fundamentais, sua natureza e função, e, segundo o autor, na sua incompatibilidade com a autonomia privada.⁶⁷⁴ Daniel Sarmento, por sua vez, defende a teoria da eficácia direta, e aponta razões para a superação de suas críticas.⁶⁷⁵

Adotando parcialmente a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, Vieira de Andrade propõe um sistema dualista, com base no conceito de “poder

⁶⁷³ “Aplicada coerentemente, a consequência da doutrina da ‘eficácia externa imediata’ implica que todos os direitos fundamentais conduzem, *sem mais nem menos*, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas. Assim eles não mais carecem de nenhuma implementação no próprio sistema de regras do Direito Privado. Mais especificamente, o recurso às cláusulas gerais se torna inteiramente supérfluo. [...] Salta aos olhos que uma aplicação consequente dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também, no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado, e não um particular. É por esta razão que a teoria da ‘eficácia externa imediata’ não se impôs na Alemanha, embora ainda conte com seguidores.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 214.

⁶⁷⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittewirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 117-189.

⁶⁷⁵ “Na nossa opinião, nenhuma das citadas objeções encontra lastro na ordem constitucional brasileira. Em relação à alegada restrição excessiva à autonomia privada, já vimos que esta não traduz um valor absoluto, e que pode, portanto, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais. [...] Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. [...] O argumento concernente ao caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta também deve ser refutado. Ninguém questiona o fato de que existe um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais, estabelecendo a partir daí as normas de regência privadas. [...] Por isso, a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. [...] Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais. A Constituição, cumpre não esquecer, é norma jurídica e não mero repositório de conselhos para o Poder Legislativo. A assunção da idéia da Constituição como norma e do Poder Judiciário como seu guardião, deita por terra o argumento da ilegitimidade democrática da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. [...] A objeção concernente à insegurança jurídica é ponderável, mas também pode ser refutada. Em primeiro lugar, porque, no próprio Direito Privado, desde o advento da jurisprudência dos conceitos e da edição do BGB na Alemanha, em fins do século XIX, é extremamente frequente o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, que também apresentam reduzido grau de determinação semântica. Portanto, deixar de lado a Constituição na resolução dos conflitos entre particulares não restauraria o ‘reino da segurança’ da era da Escola da Exegese, pelas próprias características do Direito Privado contemporâneo. [...] Finalmente, o argumento sobre a perda da autonomia do Direito Privado também não nos convence. Como foi longamente demonstrado em capítulo anterior, nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional. Pelo contrário, a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional. O fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo, no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-244.

social". Para o professor português, os particulares poderão ser investidos como sujeitos passivos dos direitos subjetivos fundamentais quando se tratar de situações em que as pessoas coletivas – pessoas jurídicas -, ou especialmente pessoas físicas, disponham de efetivo *poder especial*, de caráter privado, sobre outros indivíduos. Essas situações configurariam autênticas relações de poder privado e não relações privadas entre iguais, o que justificaria a proteção da liberdade dos "homens comuns", dos vulneráveis. Nesses casos, em que há relação de poder de um particular sobre o outro, Andrade defende a aplicação direta dos direitos fundamentais, de modo a salvaguardar a própria liberdade do indivíduo sujeito ao poder social do outro.⁶⁷⁶

Por outro lado, em se tratando de relação privada entre iguais, Andrade comprehende que os particulares não podem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, mas tão somente titulares. Nessas relações, os direitos fundamentais comporiam uma ordem objetiva de valores a ser concretizada pelo legislador infraconstitucional de direito privado e a ser considerada na interpretação e aplicação judicial do direito. Nas relações paritárias, portanto, incide a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁶⁷⁷

Quanto às teorias mistas (d), apesar de variadas, parece-nos que todas partem de um mesmo pressuposto: nem a teoria da eficácia direta nem a teoria da eficácia indireta (e aqui inclui-se a teoria dos deveres de proteção, por assimilar-se nos efeitos) são individualmente suficientes para a solução do problema.

Destaca-se, entre elas, a teoria integradora formulada por Alexy.⁶⁷⁸ Inicialmente, Alexy destaca a diferença entre a relação entre cidadão/Estado, na qual um é titular de direitos fundamentais e o outro não o é, da relação entre cidadãos, onde ambos são titulares. Em seguida, o autor expõe a teoria da eficácia indireta, com base em Dürig, a teoria da eficácia direta, segundo Nipperdey, e a teoria de Schwabe, que considera que a violação do direito fundamental

⁶⁷⁶ O autor alerta para o fato de que existem uma infinidades de situações em que há poder social de um particular sobre o outro, desde as situações extremas, em que se compara ao poder do Estado, às situações suaves, a exemplo do poder social decorrente do poder familiar. Desse modo, a eficácia direta dos direitos fundamentais seria gradativa, proporcional ao grau do poder social. Trata-se, portanto, de um critério teleológico de aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ainda, como as entidades privadas detentoras de poder social são também titulares de direitos fundamentais, a aplicação direta não se dará nos exatos termos da relação entre indivíduo e Estado. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 251-254.

⁶⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 254-257.

⁶⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 520 e ss.

pode ser sempre reconduzida à relação entre cidadão e Estado, ainda que a conduta inicial tenha sido de um outro particular. A construção e crítica da teoria de Schwabe, por Alexy, assemelha-se à teoria dos deveres de proteção, como veremos. Alexy, então, afirma que, apesar das três teorias terem extensões diversas, todas apontam, em maior ou menor medida, para a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais e que, por isso, todas podem ter o mesmo resultado final. Nessa fase inicial, por fim, Alexy constata que nenhuma das três teorias opera uma simples troca de destinatários dos direitos fundamentais, do Estado para o Indivíduo, quando se analisa a eficácia horizontal. Alexy buscará utilizar as três teorias anteriores para a construção da sua teoria integradora. O autor propõe um modelo composto por três níveis, de modo que cada teoria anterior será adequada para um determinado nível. São eles: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados.⁶⁷⁹

Segundo Alexy, o primeiro nível, do dever estatal, é onde incide a teoria dos efeitos indiretos. Em razão dos direitos fundamentais, enquanto princípios, valerem como ordem objetiva de valores, o Estado tem o dever de levá-las em consideração no momento da elaboração das leis infraconstitucionais.⁶⁸⁰ O segundo nível é composto pelos direitos em face do Estado, relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros. Aqui, Alexy trabalha com a teoria de Schwabe, que podemos interpretar, também, como teoria dos deveres de proteção. Inicialmente, o dever do Estado em levar em consideração o direito fundamental na interpretação e aplicação da lei não significa, automaticamente, que haja violação caso o Estado não cumpra esse dever. No entanto, se considerarmos que o cidadão tem o direito a que o Estado leve em consideração esse dever, aí sim teremos a possibilidade de violação caso o dever do Estado seja descumprido. Esse dever do Estado em levar em conta os direitos fundamentais na interpretação e aplicação da lei nada mais é do que o imperativo de tutela que, caso descumprido, viola o direito fundamental do cidadão.⁶⁸¹

O terceiro nível refere-se à relação jurídica entre os particulares. Entre as concepções acerca do efeito direto entre cidadãos, Alexy exclui a possibilidade de que os direitos do cidadão contra o Estado possam ser, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra o próprio cidadão,

⁶⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 528-533.

⁶⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 533.

⁶⁸¹ “Na decisão do caso Lüth, lê-se: ‘Se ele [o juiz civil] não respeitar esses critérios, e se a sua decisão se basear na desconsideração dessa influência constitucional nas normas de direito civil, então, ele viola não apenas o direito constitucional objetivo, na medida em que ignora o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva); como titular de um poder estatal, ele viola também, por meio de sua decisão, o direito fundamental a cujo respeito, inclusive por parte do Poder Judiciário, o cidadão tem um direito de natureza constitucional.’ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 534-538.

bem como a possibilidade de uma simples troca de destinatários. Para Alexy, há uma terceira possibilidade de se compreender os efeitos diretos dos direitos fundamentais entre particulares. “Segundo ela, por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões.”⁶⁸² Alexy comprehende que os direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que não existiriam no caso de sua ausência. Ocorre, contudo, que essa incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares opera-se por uma conduta anterior do Estado que afirma essa incidência. Assim, para Alexy, tanto a teoria dos efeitos indiretos quanto a teoria dos deveres de proteção têm, ao final, o efeito direto como resultado. A questão, portanto, é compreender que, apesar do resultado final ter sido o efeito direto, o mesmo só foi possível porque, nas etapas anteriores, ocorreu o efeito indireto e houve a constatação do imperativo de tutela.⁶⁸³

Em que pese a autoridade da teoria acima mencionada, pensamos que Alexy deixa passar um ponto importante em sua teoria e que, ao nosso sentir, trata-se de um ponto essencial também relegado pelas teorias da eficácia indireta e dos deveres de proteção. O problema, para nós, encontra-se no discurso. Tanto as críticas dirigidas à teoria da eficácia indireta, de não resolver os problemas da legislação insuficiente ou até mesmo da omissão constitucional,

⁶⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 538-539.

⁶⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 538-540. Para ilustrar essa teoria, Alexy traz o seguinte exemplo: “O Tribunal Constitucional Federal inicia sua decisão com a constatação de que a ordem objetiva de valores, que subjaz ao capítulo dos direitos fundamentais da Constituição alemã, afeta a decisão acerca do que é contrário ao direito nos termos do §823 do Código Civil alemão. Isso corresponde à teoria dos efeitos indiretos. O Superior Tribunal Federal havia concluído que o apelo ao boicote feito pela Editora Springer não era contrário ao direito. Isso significa que o editor da revista *Blinkfuer* não teria um direito contra a Editora Springer a que ela se abstivesse de defender o boicote. Esse não-direito do editor da revista *Blinkfuer* a uma abstenção é, como foi demonstrado anteriormente, equivalente a uma permissão para que a Editora Springer defendia o boicote. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, os princípios de direitos fundamentais requerem exatamente o resultado oposto. Isso significa que, *em razão* dos princípios de direitos fundamentais, há um direito do editor da revista *Blinkfuer*, em face da Editora Springer, a que ela se abstenha de defender o boicote. Esse direito é equivalente a uma obrigação da Editora, em face do editor da revista, de se abster de defender o boicote. Portanto, os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros. Nesse sentido, a teoria dos efeitos indiretos tem como consequência necessária um efeito direto. O mesmo vale para a teoria dos efeitos perante terceiros mediados pelo Estado. Como já foi mencionado, o Superior Tribunal Federal violou o direito do editor da revista *Blinkfuer* a uma proteção nas relações entre particulares. Ele violou esse direito porque não levou em consideração, na medida do exigível, o princípio de direito fundamental favorável à posição alegada pelo editor. Mas isso pressupõe a existência de um direito definitivo do editor da revista, em face da Editora Springer, à abstenção em relação ao boicote, direito, esse, sustentado pelo princípio de direito fundamental. Por isso, é correta a afirmação de Leisner segundo o qual ‘o efeito perante terceiros será, no final das contas, sempre um efeito direto’.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 539-540.

quanto às críticas à teoria dos deveres de proteção, de compreender que *somente* o Estado está adstrito à proteção dos direitos fundamentais, conduzem-nos à seguinte indagação: *por que os próprios particulares não poderiam sentir-se obrigados à proteção dos direitos fundamentais uns dos outros?* No exemplo de Alexy, acima transcrito, o editor da revista *Blinkfuer* necessitou de uma manifestação do Tribunal Constitucional Federal para que seu direito fundamental fosse reconhecido e respeitado pela Editora Springer porque, inicialmente, concebia-se que esse direito fundamental não teria eficácia na referida relação privada. Se mudássemos o discurso e passássemos a compreender que todos os particulares são responsáveis pelos seus próprios direitos fundamentais e também pelos direitos fundamentais dos demais, situações como esta teoricamente não ocorreriam. É inadmissível que um particular reflita da seguinte maneira: “*sei que A tem o direito fundamental X, mas como a esse direito fundamental X não estou vinculado, posso agir de maneira que o viole, porque, em último caso, não sou destinatário desse direito e, portanto, é ontologicamente impossível que eu o viole. Violação ocorrerá somente por parte do Estado, caso não tome as providências necessárias decorrentes do imperativo de tutela*”.

A resposta negativa à nossa indagação baseada na tradição histórica dos direitos fundamentais não nos convence. Nesse estudo, fomos testemunhas do quanto os institutos jurídicos transformam-se e adquirem novas funções no decorrer dos tempos. Se o próprio Estado e o próprio Direito mudaram e adquiriram novas funções, inconcebível que os direitos fundamentais também não possam transformar-se, seja em relação a novas funções, seja em relação aos seus destinatários.

Numa perspectiva de avanço social, devemos compreender os direitos fundamentais em sua totalidade, defendendo perspectivas que maximizem seus efeitos e sua proteção. Os fundamentos para a compreensão de que todos são responsáveis pelos direitos fundamentais de todos são variados, desde o princípio da solidariedade até as concepções do “contrato social” ou da “solidariedade orgânica”, onde se demonstra que o bem-estar de um é o bem-estar de todos, e vice-versa. Isto não significa, contudo, que as relações entre particulares se operaria nos exatos moldes das relações entre particulares e Estado. Muito menos que todos os direitos fundamentais são oponíveis frente aos particulares. O que entendemos, ao fim e ao cabo, é que, para aqueles direitos fundamentais passíveis de serem violados por particulares, não há porque se negar a *possibilidade* de operarem uma eficácia direta, não no sentido proposto por Alexy, mas sim no sentido de que os próprios particulares sintam-se diretamente vinculados e, portanto, sejam inibidos de agirem de forma a violar direitos fundamentais alheios.

O termo *possibilidade* não foi usado ao caso. Não partilhamos da tese radical da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, que acaba desprezando a legislação

infraconstitucional existente, violando o princípio da democracia, da separação de poderes e da segurança jurídica. Cremos que a solução é dada pelas concepções a seguir analisadas.

Inicialmente, cumpre destacar o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet que, preocupado com questões de justiça social, defende a aplicação *prima facie* dos direitos fundamentais às relações privadas, com base na previsão do art. 5º, §3º da CF/88. Segundo o autor, ainda que os deveres de proteção dos particulares não seja tipicamente estatal, é perfeitamente legítimo sustentar que na esfera das relações particulares “[...] exista pelo menos um dever de respeito e tolerância em relação aos direitos fundamentais dos demais sujeitos de direitos [...]”⁶⁸⁴ Sarlet defende a eficácia *prima facie* dos direitos fundamentais às relações privadas no sentido de que, inicialmente, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos decorrentes dos direitos fundamentais, ainda que não haja regulamentação legal infraconstitucional. A condição de *prima facie*, por sua vez, significa que a eficácia não será absoluta, mas sim flexível e gradativa, à luz das peculiaridades do caso concreto.⁶⁸⁵ Nesse sentido,

Considerar que há uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais não implica, por isso, que deva haver uma equiparação total entre pessoas públicas ou privadas. [...] A vinculação directa ou imediata das entidades privadas aos direitos fundamentais é uma vinculação directa ou imediata *prima facie* “porque em princípio (...) os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídico-privadas; exceptuam-se os casos em que os direitos fundamentais não devam aplicar-se, por causa de uma ponderação de bens e/ou valores”.⁶⁸⁶

Nesse sentido, Wilson Steinmetz traz a concepção de Böckenförde e, com base nela, defende seu ponto de vista. Segundo o autor alemão, a distinção entre eficácia imediata ou mediata constituiria problema marginal. Em suas palavras:

[...] se os direitos fundamentais garantem determinados conteúdos (axiológicos) jurídico-objetivos do ordenamento jurídico com hierarquia constitucional, sua realização não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico-privado. À medida que parece possível o desenvolvimento desses conteúdos por meio de cláusulas gerais ou de outras regras legais do correspondente âmbito jurídico, pode levar-se a cabo pela via da interpretação e da aplicação dessa prescrição, isto é, pela via da eficácia indireta frente a terceiros. Se faltam tais pontos de conexão, não cessa a atuação dos direitos fundamentais, senão que ela se impõe diretamente. O próprio direito fundamental se converte em ponto de conexão para os deveres de ação ou de omissão de terceiros ou para os próprios direitos no ordenamento jurídico-privado ou em outros ordenamentos jurídicos

⁶⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

⁶⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 78.

⁶⁸⁶ CRORIE, Benedicta Mac. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013, p. 210.

parciais: oclusão de lacunas ou de proteção de valores em virtude da supremacia da Constituição ou, precisamente, eficácia direta jurídico-material frente a terceiros.⁶⁸⁷

Böckenförde, portanto, defende a teoria da eficácia indireta quando houver regulamentação infraconstitucional suficiente. Caso seja a hipótese de ausência de regulamentação ou de regulamentação insuficiente, o autor defende a teoria da eficácia direta. Essa parece ser também a posição de Pietro Perlingieri, quando afirma que “[...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.”⁶⁸⁸ Também Virgílio Afonso da Silva, com seu “modelo flexível”,⁶⁸⁹ e Wilson Steinmetz, com sua “teoria da eficácia direta matizada”,⁶⁹⁰ adotam esse posicionamento.

Sem mais, como já manifestamos em outra oportunidade,⁶⁹¹ concordamos com esse posicionamento: em razão da previsão normativa do art. 5º, §3º da CF/88, aliado ao caráter principiológico dos direitos fundamentais (ordem objetiva dos valores essenciais ao Estado e à

⁶⁸⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés, p. 113-114. In. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden, Nomos Verl.Ges, 1993, p. 95-138. *Apud* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265-266.

⁶⁸⁸ “Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.” Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

⁶⁸⁹ “Para regular a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas é necessário um modelo mais flexível que os modelos propostos normalmente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs. Esse modelo [...] pressupõe que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado [...]. Isso não significa conferir uma primazia à mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem constitucional e a ordem privada. Mas essa primazia nem sempre é possível. Em alguns casos, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os efeitos dos direitos fundamentais somente podem ser diretos, havendo a necessidade, portanto, de uma aplicação direta dos direitos fundamentais no nível interprivados. Esse modelo pretende, portanto, romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-os na mesma construção teórica.” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 28.

⁶⁹⁰ “Quanto à forma (o modo, o “como”) e ao alcance (a extensão, a medida), a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – sobretudo a direitos fundamentais individuais – se materializa como eficácia imediata “matizada” (“modulada” ou “graduada”) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Ademais, nos casos concretos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica suficiente e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios democrático e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus de argumentação), afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado.” Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295-296.

⁶⁹¹ BIZELLI, Rafael Ferreira. Da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: contexto e modalidades. In. KIN, Richard Pae; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro (Coord.). **Direito civil constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 5-24. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 20/12/2016.

sociedade), a eficácia nas relações privadas deve ser direta, quando não houver norma infraconstitucional, o que atende ao princípio da supremacia da constituição e da unidade do ordenamento jurídico. Quando houver regulamentação infraconstitucional suficiente, a eficácia será indireta, isto é, por meio do material normativo, o que atende ao princípio democrático, princípio das separação de poderes e princípio da segurança jurídica. Por outro lado, quando a regulamentação infraconstitucional for considerada insuficiente ou inconstitucional, caberá a eficácia direta, em nome do princípio da supremacia da constituição, hipótese em que incide o ônus argumentativo para aquele que contesta a norma, em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das normas.⁶⁹²

A análise empreendida até agora tem extrema importância para o tema dos contratos existenciais. Como veremos no tópico abaixo, o segundo efeito da dimensão objetiva aqui analisado, da eficácia irradiante dos direitos fundamentais para todo o ordenamento, propiciou a chamada “constitucionalização do direito privado”. Veremos as consequências dessa constitucionalização, a exemplo da “despatrimonialização” do direito civil e da releitura operada nos institutos do direito privado, agora à luz da Constituição Federal de 1988 e de seus marcos axiológicos, cujo principal expoente se revela a dignidade humana. É com base nessa interpretação “humanizada” do direito civil que poderemos, portanto, propor a classificação dos contratos em contratos existenciais e contratos de lucro. A despatrimonialização do direito privado nos permite conceber contratos cujo objetivo de uma das partes contratantes não seja o lucro, mas sim interesses extrapatrimoniais.

Por fim, quanto ao tema específico da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de suas modalidades, principalmente pela nossa tomada de posição por uma “eficácia direta matizada”, a importância para a questão dos contratos existenciais está em perceber que essa classificação é fruto da criatividade doutrinária, não encontrando, ainda, previsão legal específica. Veremos, no momento oportuno, que o objetivo existencial do contratante, nos contratos existenciais, comumente se relaciona com algum direito fundamental, em especial aos direitos fundamentais sociais. Se se adotasse a teoria da eficácia indireta ou mediata, a proteção desse contratante poderia encontrar grandes obstáculos, em razão, justamente, da ausência do único meio admitido por essa teoria para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: a legislação infraconstitucional. Ainda, se se adotasse fielmente a teoria dos deveres

⁶⁹² “[...] o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 541.

de proteção, estaríamos chancelando o entendimento de que, num contrato existencial, uma parte contratante não teria razões para considerar os interesses existenciais/extrapatrimoniais relacionados aos direitos fundamentais da outra parte, o que se afiguraria francamente incompatível com os valores humanitários do nosso ordenamento. A adoção da teoria da eficácia direta matizada (ou temperada, ou flexível), portanto, nos permitirá compreender os contratos existenciais em toda a sua extensão e importância: os direitos fundamentais das partes contratantes incidirão no negócio jurídico formulado como “novos” limites à autonomia privada, independentemente de previsão infraconstitucional.

3.3 A RECODIFICAÇÃO, AS CLÁUSULAS GERAIS E A JURISPRUDÊNCIA DAS VALORAÇÕES

No segundo capítulo, iniciamos o tópico 2.3 com a seguinte frase: “É comum a afirmação de que o Direito opera-se num movimento pendular.” Nesse tópico, confirmaremos, mais uma vez, essa afirmação.

Vimos, no primeiro capítulo, que o Estado Liberal foi marcado pelas “grandes codificações”, cujos expoentes foram o *Code* de 1804, o BGB de 1900 e, para nós, o Código Civil de 1916. A teoria do direito foi exaltada como ciência pura, neutra, autônoma e desvinculada dos fatores sociais. Ganhou proeminência o positivismo exegético e o conceitual. No segundo capítulo, o Estado Social presenciou o fenômeno da descodificação. A complexidade das relações sociais não foi acompanhada pela evolução dos códigos liberais. O aumento das funções do Estado e o clamor por justiça social exigiram a elaboração de normas setoriais, aptas a regulamentarem setores específicos da sociedade, o que propiciou o “big-bang legislativo”, com a consequente perda de importância do Código Civil. Os microssistemas legislativos fizeram com que o Código Civil passasse a ser norma residual. Ocorreu a “quebra” da unidade do ordenamento jurídico privado. A ciência jurídica evoluiu do simples estruturalismo para o compreender do funcionalismo jurídico. A Jurisprudência dos Conceitos foi superada pela Jurisprudência dos Interesses.

No atual estágio do Estado Pós-Social, presenciamos novos e velhos fenômenos. Ao contrário do que fora pregado quase como axioma, o Código Civil não sucumbiu; o Código Civil ressurgiu. Não só no Brasil, mas em outros países do *civil law* ocorreu o fenômeno da recodificação, que foi acompanhado pela já referida “constitucionalização do direito”, questão inserida no ambiente pós-positivista e neoconstitucional, que confere grande valor aos princípios e aos valores. Nesse sentido, a ciência jurídica também se modifica. Como evolução da Jurisprudência dos Interesses, estudaremos a chamada Jurisprudência das Valorações.

Recodificação e codificação são fenômenos distintos, embora parecidos. Enquanto que a codificação pressupõe a inexistência de um código anterior e, portanto, inova completamente no ordenamento jurídico, a recodificação pressupõe um código anterior, envelhecido e ultrapassado, que sofreu as consequências da proliferação de leis especiais esparsas – descodificação. A recodificação parte do velho código: abandona os defeitos e incorpora as qualidades. A recodificação, portanto, nunca é uma novidade completa. Não se trata de revolução jurídica, mas tão somente de ruptura. O primeiro e o segundo código convivem na recodificação. A ruptura se opera no campo formal: fontes antes dispersas passam a estar reunidas. Em bela síntese, Mário Luiz Delgado observa que “Rompe-se e depois se reconstrói, mas aproveitando as bases do velho edifício, conservando o que ainda é sólido.”⁶⁹³

Pois bem. Ao contrário do fenômeno da descodificação, descrito por Natalino Irti,⁶⁹⁴ em que se apontava o fim da codificação, em razão da crescente complexidade social, como apontado no segundo capítulo desse estudo, a História nos mostrou outro enredo. O fim do século XX e o início do século XXI foram testemunhas de uma nova força recodificadora, em que podemos apontar diversos graus de recodificação, desde simples mudanças nos corpos dos códigos até a elaboração de novos códigos inteiros.⁶⁹⁵ Judith Martins-Costa chega a afirmar que vivemos “a era da recodificação”.⁶⁹⁶

O próprio Natalino Irti, por sua vez, em texto menos conhecido da década de 90, reconhece a possibilidade e/ou necessidade de uma recodificação, ao constatar que codificação e descodificação são processos históricos envoltos em determinados ambientes socioeconômicos e, portanto, passíveis de superação.⁶⁹⁷

⁶⁹³ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260-264.

⁶⁹⁴ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos.** vol. 1/2011, p. 405, jun.2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.

⁶⁹⁵ “Menezes Cordeiro, por sua vez, ao se referir às formas de recodificação, prefere falar em solução fraca, média e forte. A primeira seria caracterizada pela alteração de dispositivos do código para correções pontuais, sem alteração na estrutura do corpo normativo, como tem sido feito na Itália e na França tal como se pretende fazer no Brasil, pelo projeto de lei n. 276/2007. A solução média é caracterizada exatamente pela recodificação no sentido de inserção no código de todos os diplomas extravagantes que lhe sejam pertinentes, a exemplo do que ocorreu com o BGB na grande reforma de 2001/2002. E finalmente a solução forte corresponderia à elaboração de um novo código, tal como proposto na Argentina, na Polônia e em diversos outros países.” Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267. A título de atualização, devemos compreender que, com a *Ordinance 2016-131*, o Código Civil francês, que havia sofrido uma “recodificação fraca”, passa a sofrer uma “recodificação média”, uma vez que aproximadamente 512 artigos foram alterados. Cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

⁶⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 3.

⁶⁹⁷ IRTI, Natalino. I cinquant'anni del codice civile. **Rivista di Diritto Civile.** n. 3. 1992. Apud FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Métodos de codificação no direito privado europeu e brasileiro. **Revista de Direito do**

Dentre as recodificações, podemos apontar as grandes reformas do BGB, nos anos 2000 e 2001, como os expoentes desse novo momento legislativo, em que os códigos voltaram a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico. A Lei de 27 de junho de 2000 alterou o BGB para internalizar a Diretriz 97/7/CE, que trata da negociação a distância, e também incluiu na Parte Geral o conceito de consumidor. Em seguida, a Lei de 11 de outubro de 2001, também chamada de “Lei para modernização do Direito das obrigações”, implicou alteração substancial no BGB, modificando dezenas de dispositivos.⁶⁹⁸ O *Code* (Código Civil francês), de 1804, considerado o monumento legislativo do século XIX e fonte de inspiração para dezenas de códigos civis pelo mundo, sofreu intensa reforma recentemente, no ano de 2016, com a entrada em vigor da *Ordonnance* 2016-131, que modificou grande parte do direito das obrigações e do direito dos contratos.⁶⁹⁹ Diversos países do Leste Europeu, a exemplo de Ucrânia (2004), Romênia (2011), República Tcheca (2012), Lituânia (2000) e Federação Russa (2008) elaboraram seus códigos civis. Nos Países Baixos ocorreu uma grande reforma em 1992. Em 1994, o Quebec instituiu seu código civil, ao passo que a Região Administrativa de Macau editou o seu em 1999. Na América do Sul, o grande exemplo é o novo Código Civil da Argentina, promulgado em 2014, que, a exemplo do Código Civil brasileiro de 2002, unificou as matérias cíveis e comerciais, substituindo o Código Civil Velez Sarsfield, de 1871.⁷⁰⁰ Ainda que mais antigos, também representam o processo de recodificação o Código Civil italiano, de 1942, que substituiu o Código Civil de 1865 e o Código Civil português, de 1966, que substituiu o “Código de Seabra”, de 1867.

Além da nova força das codificações e recodificações cíveis, também outros ramos do direito sofreram dessas influências. No Brasil, o recente Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o Código Florestal (Lei 12.651/2012), bem como os Projeto de Lei 236/2012 e

Consumidor. vol. 97/2015, p. 201-237, jan.-fev./2015. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/01/2017, p. 11. “Convém ressaltar que o Irti atual não é mais aquele do *L'età...* Quase trinta anos se passaram de lá para cá: a sociedade mudou, o Estado mudou. Contudo, contemporaneamente, é o modelo do Welfare State que é colocado em xeque, diante da falência do Estado social frente aos fenômenos da globalização, das privatizações, das crises orçamentárias dos governos, da internet, que deu origem a programas de reforma do Estado, inclusive no Brasil. [...] Tal concepção é corroborada pelo próprio Irti, que em atual artigo denominado *I cinquant'anni del codice civile*, datado de 1992, afasta-se um pouco daquele pessimismo descodificador do *L'età della decodificazione*.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? In. **Revista de Direito Privado.** vol. 27/2006, p. 223-251, jul.set./2006. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016, p. 2.

⁶⁹⁸ Para maiores detalhes sobre as grandes reformas de 2000/2001 do BGB, Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97-98.

⁶⁹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

⁷⁰⁰ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Código Civil completa 15 anos com o mérito de ter trazido estabilidade ao Direito. **Revista Consultor Jurídico.** Publicado em 11 de janeiro de 2017. Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 11/01/2017.

8045/2010, que visam a promulgação de um novo Código Penal e de um novo Código de Processo Penal, são grandes provas de que os códigos não chegaram ao fim, pelo contrário, estão na ordem do dia.

O fenômeno de “absorção” que presenciamos é o oposto ao preconizado por Irti. São os códigos civis, em diversos países, que vêm absorvendo campos jurídicos antes relegados a leis especiais. Os grandes exemplos foram os já citados BGB, que absorveu a disciplina das relações de consumo, o Código Civil argentino de 2014 e o Código Civil brasileiro de 2002, que unificaram as relações civis e comerciais. Nas hipóteses em que matérias especiais não foram completamente absorvidas, o código civil passa a atuar como lei geral, emanando princípios e regras gerais a serem necessariamente observadas para a integração e interação do sistema.⁷⁰¹

Inicialmente, o fenômeno da recodificação pode parecer paradoxal, quando confrontado com as características do Estado Pós-Social e da pós-modernidade jurídica acima analisadas, que refutam grandes concepções e construções jurídicas, rechaçam a ideia de vocação à perpetuidade - ínsita ao ideal codificador -, bem como reclamam soluções pontuais e regulamentações não estatais. Numa análise mais atenta, contudo, percebemos que os fenômenos se complementam, quando levamos em consideração, agora, as novas características da (re)codificação.

Ao contrário do Código Civil de 1916, o atual Código Civil brasileiro não almejou a “miragem da completude”, para lembrar a expressão de Bobbio. Como um ser que aprende com seus erros, o legislador civil de 2002 construiu um código aberto, que possibilita sua própria renovação e permite o diálogo com outras fontes normativas, tanto com as leis extravagantes como, principalmente, com a Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 2002 não pretendeu abranger a totalidade das leis especiais então vigentes: algumas foram tacitamente revogadas, outras permaneceram, com a diferença de que, agora, possuem o Código como

⁷⁰¹ “O Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, além de retomar para si matérias antes inteiramente reguladas na legislação especial, como é o caso do condomínio edilício, da união estável, da alienação fiduciária, das sociedades limitadas, etc., trouxe diversos dispositivos de integração sistemática, quer em matéria de responsabilidade civil objetiva, quer em matéria de direito do consumidor, direitos da personalidade e mesmo de direito societário. Veja-se o caso das sociedades anônimas. A despeito de já regulamentada por lei especial, a sociedade anônima é referida nos arts. 1.088 e 1.089 com o objetivo de manter esse tipo societário integrado ao sistema do Código Civil. O art. 92 do Estatuto da Terra, em seu §9º, dispõe expressamente que ‘para solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil’, donde forçoso concluir que se deve interpretar os contratos agrários sob égide do novo Código Civil. Por outro lado, inúmeras foram as leis especiais tacitamente revogadas pelo Código Civil de 2002, lembrando que não se aplica aqui a parêmia segundo a qual a lei geral não revoga a especial, assertiva que deve ser observada *cum granum salis*, como ensina o mestre Carlos Maximiliano. [...] Assim, foram revogadas, total ou parcialmente, todas as leis anteriores, mesmo aquelas de natureza especial, que dispunham sobre matérias reguladas inteiramente pelo Código Civil ou que fossem com ele incompatíveis.” Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248-249.

norma geral.⁷⁰² Para que percebamos a adequação da recodificação com o ambiente pós-moderno, importante compreender a noção de sistema jurídico aberto e fechado.

Canaris⁷⁰³ define sistema como “ordem teleológica de princípios gerais do Direito”, e elenca duas características principais, a “abertura” e a “mobilidade”. Em apertada síntese, a “abertura” é entendida como a “incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”. Enquanto sistema científico, a incompletude do sistema jurídico é retrato da provisoriação do conhecimento científico, de modo que cada sistema científico é, na verdade, apenas um projeto de sistema científico, que apenas exprime os conhecimentos do seu tempo e que, portanto, mostra-se suscetível de evolução. Enquanto sistema objetivo, o sistema jurídico é retrato dos valores fundamentais da ordem jurídica, que são modificáveis. Princípios válidos há cem anos – ex.: autonomia absoluta da vontade – podem não mais o ser, desaparecendo ou modificando-se – ex.: autonomia privada. Nessa perspectiva, o sistema jurídico não é estático, mas dinâmico, pois tem uma estrutura de historicidade. Na medida em que o sistema científico apresenta abertura para todas as ciências, o sistema objetivo aberto é essencialmente vinculado ao Direito positivo e de algumas outras ciências sociais aplicadas. É a interpretação criativa do jurista que propicia a abertura do sistema jurídico.⁷⁰⁴

Canaris utiliza o termo “mobilidade” segundo a concepção de Wilburg, para quem a “mobilidade” do sistema caracteriza-se pela “igualdade fundamental de categoria” e a “substituibilidade mútua” dos competentes princípios ou critérios de igualdade aplicados a determinada situação. O sistema jurídico, contudo, é majoritariamente “imóvel”, pois determina

⁷⁰² “No plano do direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva, um dos integrantes da comissão de elaboração do Projeto de Código Civil brasileiro, referiu que o pensamento que norteou os elaboradores foi o de realizar um Código central, mas sem a pretensão de nele incluir a totalidade de leis extravagantes em vigor no País. Entendeu-se, pois, pela ocorrência de uma *descentralização jurídica*, em razão da progressiva edição de leis especiais, mas sem que houvesse a oposição à idéia de código, destacando a necessidade e a importância de ‘dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto’.” Cf. FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Métodos de codificação no direito privado europeu e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 97/2015, p. 201-237, jan.-fev./2015. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/01/2017, p. 12.

⁷⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002, p. 103 e ss.

⁷⁰⁴ “Em resumo, pode dizer-se o seguinte: as modificações do sistema objectivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais de Direito extra-legais, que têm seu fundamento de validade na ideia de Direito e na natureza das coisas. As modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente e traduzem, por outro lado, a execução de modificações do sistema objectivo. As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último; os sistemas objectivo e científico estão também ligados na dialéctica geral entre o Direito objectivo em vigor e a sua aplicação.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002, p. 125-126.

exatamente o campo de atuação e aplicabilidade das regras e princípios. Excepcionalmente, o sistema jurídico será “móvel”, quando permitir a ponderação de vários fatores, princípios e valores entre si em um determinado caso. A “mobilidade” do sistema, em termos de direito positivo, geralmente vem exteriorizada pelas cláusulas gerais.⁷⁰⁵

Cláusulas gerais, na esteira de Gustavo Tepedino, são “[...] normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas.”⁷⁰⁶ Para Augusto Geraldo Teizen Júnior, “A cláusula geral tem conteúdo indeterminado, mas que se determina e se preenche com os valores dominantes no espaço e no tempo de cada comunidade, normalmente não é definida pelo legislador [...].”⁷⁰⁷

O atual Código preza pelo dinamismo das relações sociais e, ao contrário do positivismo exegético e conceitual do primeiro paradigma, considera, ao lado da norma escrita, princípios, regras da experiência, usos e costumes. O Código Civil de 2002, ao contrário do seu antecessor, portanto, caracteriza-se por ser um sistema aberto, dotado de “pontos de mobilidade”, expressos pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.⁷⁰⁸

Na medida em que evita a total perda da noção de sistema jurídico pela “explosão” de normas esparsas, autônomas e independentes entre si, a recodificação, pautada num sistema aberto, composto por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, permite uma convivência harmônica entre o Código Civil, que volta a ocupar a centralidade do ordenamento jurídico *privado*, e as leis extravagantes. O Código Civil volta a ostentar a função de norma geral do direito privado, e não mais de norma residual, como havia sendo concebido na “era da

⁷⁰⁵ Cientes dos riscos em tratar tema tão complexo de forma tão breve, indica-se a leitura completa da obra. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002, p. 127 e ss. Alberto Gosson Jorge Junior assim se manifesta sobre as cláusulas gerais: “Transitando entre a *generalidade*, a *vagueza* e os *valores*, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as *cláusulas gerais* afirmam o objetivo de dotar o *sistema* de normas com característica de *mobilidade*, que propiciem *abertura* ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação e implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica.” Cf. JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

⁷⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XIX.

⁷⁰⁷ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.

⁷⁰⁸ “Em ambos – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá, por parte do juiz uma atitude valorativa; [...] No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio de síntese, por forma a constituir processo de verdadeira concreção.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 1., p. 473-493, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 7.

descodificação”. Enquanto que esse novo Código não aspira à completude e nem se enclausura na “pirâmide conceitual”, ele propicia o desenvolvimento do direito privado de acordo com o desenvolvimento da própria sociedade, em razão, justamente, da técnica legislativa das cláusulas gerais. Esse modelo de codificação, portanto, adequa-se ao ambiente pós-moderno, uma vez que não oferece todas as soluções e nem sempre somente uma solução absoluta, relegando ao caso concreto – questão festejada pela pós-modernidade - o preenchimento final da norma. Martins-Costa observa que

[...] as “fórmulas genéricas e flexíveis” aludidas por Josaphat Marinho, os “conceitos integradores da compreensão ética”, no dizer de Miguel Reale – em suma, as cláusulas gerais referidas por Couto e Silva e Moreira Alves -, permitirão a permanente atualização do código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém harmônico e comprehensível, já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente dispares, valorativamente autônomos e em si mesmo fechados e conclusos.⁷⁰⁹

O sistema aberto do Código Civil de 2002, por não visar à completude, não é contrário aos microssistemas legislativos, que continuam existindo e exercendo importante papel de regulamentação específica de setores socioeconômicos, que, por suas particularidades, não se mostraria adequado regulamentá-los no corpo do Código, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto da Terra, do Estatuto da Cidade, da Lei de Locações, etc.⁷¹⁰ A relação entre o Código e esses microssistemas, por sua vez, é de compatibilização e harmonização.⁷¹¹ A complexidade do momento pós-moderno e globalizado encontra guarida no sistema aberto do Código, que se contenta em expedir normas gerais e princípios norteadores para as regulamentações extravagantes, estatais ou privadas.

⁷⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016.

⁷¹⁰ “Ao contrário, segundo Couto e Silva, a idéia moderna de código é fundamental, pois dentro daquela perspectiva de evolução aos microssistemas, não pode a ordem jurídica conviver sem um mínimo caráter de ordem e unidade (que não é dada exclusivamente pela Constituição), pois se perderia de vista a idéia do direito como sistema – noção imprescindível à dogmática jurídica e resultado de séculos de evolução da ciência jurídica. O que estas leis especiais de fato realizaram, foi a desmistificação do código, ou seja, aquela idéia dogmática de que o código esgotaria em sua disciplina todas as relações jurídicas existentes na sociedade, que pode ser resumida na idéia de completude. [...] Nos dizeres de Michele, quem morreu foi o código oitocentesco, não a idéia de código.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? In: **Revista de Direito Privado**. vol. 27/2006, p. 223-251, jul.set./2006. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016, p. 13-14.

⁷¹¹ “A existência dos chamados microssistemas não impõe a supressão do Código, mas sim sua compatibilização e harmonização, aliás, com regras advindas de seu próprio corpo enquanto projeto. O Código Civil é indispensável para a vida cotidiana do cidadão, já que regra os conceitos primordiais de qualquer relação jurídica, daí sua denominação. É o direito básico da civilização.” Cf. LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

O Código Civil atual não pretende ser mais o centro de todo o ordenamento jurídico, como foram os códigos liberais. A atual codificação percebe que o centro do ordenamento é agora ocupado pela Constituição, dotada de força normativa que irradia seus princípios e valores para o restante do ordenamento, inclusive para o Código Civil, que passa a exercer uma função de agente de conexão entre os microssistemas e a Constituição.⁷¹²

Segundo Renan Lotufo,

Estamos diante de um Código que não quer ser uma Constituição, não quer ser o centro, e sim ser um corpo de normas com cláusulas abertas para servir e viabilizar a atuação de todo o Direito Privado. [...] Este Código, pelas suas próprias raízes metodológicas e filosóficas (*eticidade-sociabilidade-praticidade*), não tem a aspiração de ser um Código fechado. É um Código que está permeado por valores que vão de encontro ao puro liberalismo e ao individualismo exacerbado. É um Código que está embuído do que o prof. Reale chamou de *princípio da socialidade*, ou seja, todos os valores do Código encontram um balanço entre o valor do indivíduo e valor da sociedade. Não exacerba o social e, ao mesmo tempo, procura em todas as regras não exacerbar o individualismo. [...] É um Código que procura, com este contrapeso de valores, dar efetividade às normas constitucionais, que propugnam, em última análise, a dignidade do ser humano. Há no Código disposições que elevam este ideal ao cume do Direito Privado brasileiro.⁷¹³

Trata-se de um Código Civil ético, solidário e prático. São esses os princípios que nortearam a sua elaboração. O princípio da *eticidade* foi adotado pelo atual Código ante a “[...] indeclinável participação dos *valores éticos* no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica [...].”⁷¹⁴ São expressões desse princípio os artigos 113⁷¹⁵, 187⁷¹⁶ e 422⁷¹⁷ do Código Civil. Notemos, pois, a atualização do Código Civil quanto ao movimento pós-positivista, de conferir aproximação entre Direito e Ética, superando o rigorismo formal e conceitual.

⁷¹² “O Código Civil, como já dissemos repetidas vezes, não é mais o centro. A Constituição passou a ser o foco de informação. Mas nunca podemos deixar de lado que o Código também tem uma função participativa, intermédia entre a Constituição e os Microssistemas. Esta atual tendência do direito em criar microssistemas não pode deixar de lado regras gerais, que nem sempre são reguladas por estas leis especiais, e que muitas vezes se amparam nos Códigos para regular situações específicas.” Cf. LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

⁷¹³ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28-29.

⁷¹⁴ “Daí a opção, muitas vezes, por *normas genéricas* ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.” Cf. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado.** vol. 9/2002, p. 9-17, jan.-mar./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 4.

⁷¹⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁷¹⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁷¹⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O Código Civil de 2002 também mostra afinidade com os valores solidários que já vinham informando os institutos de direito privado, como visto no segundo capítulo acima, desde o colapso do individualismo liberal. Com efeito, propondo a superação do individualismo, amparado nos objetivos fundamentais da República (CF/88, art. 3º), o Código Civil elenca o princípio da *socialidade*,⁷¹⁸ enquanto adequação entre o indivíduo e o coletivo (com predomínio do social), em diversas passagens, a exemplo dos artigos 421⁷¹⁹, 423⁷²⁰ e diversos outros que reconhecem a função social da posse e da propriedade.⁷²¹

O terceiro e último princípio informador do Código foi o princípio da *operabilidade*, entendido como a procura do legislador em “[...] estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁷²² São exemplos a distinção entre prescrição e decadência, a separação entre associações e sociedades, bem como as próprias cláusulas gerais que, constituindo modelos abertos, são ferramentas para o operador do direito concretizar as soluções normativas de acordo com as peculiaridades dos casos concretos, evitando um enrijecimento normativo.⁷²³ Esse último princípio demonstra também a preocupação do legislador com a eficácia e efetividade do próprio Código, problemas tipicamente pós-modernos.⁷²⁴

O Código Civil atual confere grande importância ao meio em que está inserido. Aspira à efetividade, ao conceber-se como parte integrante de um sistema jurídico amplo e complexo,

⁷¹⁸ Para a justificativa do princípio da socialidade, é interessante a estatística trazida por Miguel Reale. Segundo o autor, quando da elaboração do Código de 1916, o Brasil era um país eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população vivendo no campo, ao passo que, quando do Código de 2002, os números se invertem, passando cerca de 80% da população a viver nas cidades. Cf. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado.** vol. 9/2002, p. 9-17, jan.-mar./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 4.

⁷¹⁹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁷²⁰ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”

⁷²¹ Entre todos, artigos 1.228 e §§4º e 5º, art. 1.238, 1.239, 1.240, 1.242, todos do Código Civil de 2002.

⁷²² REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado.** vol. 9/2002, p. 9-17, jan.-mar./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 6.

⁷²³ “Somente assim se realiza o direito em sua *concretude*, sendo oportuno lembrar que a teoria do direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva alcançar é o direito em sua *concreção*, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.” Cf. REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado.** vol. 9/2002, p. 9-17, jan.-mar./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 6-7.

⁷²⁴ Eduardo Bittar afirma que o problema da eficácia é a grande questão a ser enfrentada pela pós-modernidade jurídica. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3ª ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 149 e ss.

por sua vez inserido no sistema social global. É marcante, em sua base filosófica, o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do Direito, ambos conceitos trabalhados por Miguel Reale.⁷²⁵

A cultura é, em suma, o *a priori* – absolutamente não-estático – que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa. Daí o *a priori* cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural. Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, ‘uma espécie de experiência cultural’, ‘uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem’, apresentando-se sempre como ‘síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história’. Daí que, para o culturalismo, o direito só é comprehensível como bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.⁷²⁶

Miguel Reale, com sua teoria tridimensional, concebe o Direito como fato, valor e norma.⁷²⁷ Em suas palavras,

[...] aos olhos do jurista o direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o “retrato sintético do fato”: elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor.⁷²⁸

⁷²⁵ “O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como ‘paradigma central’ nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada, estática ou organicista da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da sua teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é ‘uma forma resultante da correlação tensional entre *fatos e valores*’, para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos *elementos factuais* que condicionam a ação humana; b) outra relativa aos *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos; e, c) outra pertinente às *formas* que os bens culturais assumem, no curso da história. Esses três direcionamentos não são seccionáveis: Reale rejeita o ‘fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa’, compreendendo, ao contrário, que a cultura como *totalidade e como processo*, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, *mas a compreendê-la pela concreção*, que é sempre, e necessariamente, contextual.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 86-87.

⁷²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 4-5.

⁷²⁷ “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça).” Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64-68.

⁷²⁸ REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 201. “Por outras palavras, o Direito, como fenômeno cultural, não é visto como algo de interposto entre o *mundo dos fatos* e o *mundo dos valores* (onde o emprego da categoria de ‘referibilidade’ por Radbruch e outros para explicar o nexo entre uma e outra esfera), mas é algo que já surge, consoante afirmo em minha teoria tridimensional do Direito, e não podia deixar de surgir, como um processo dialético normativamente integrante de *fatos e valores*.” Cf. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121.

Reale, portanto, concebe o Direito como o produto da interação entre o fato, o valor, a norma e a experiência do operador jurídico que, sobre esses três avatares, confere concretude jurídica de acordo com a sua experiência própria de vida, conforme sua cultura. Qualquer que seja a operação jurídica, estão presentes esses quatro elementos.⁷²⁹

O Direito, na perspectiva realeana, e, assim, o Código Civil de 2002, não é mais concebido sob a perspectiva formal, mas está vinculado à experiência humana concreta, de uma determinada sociedade, em um determinado momento histórico. Adota-se uma racionalidade distinta daquela adotada pelo Código Civil de 1916, influenciado pela “razão iluminista” e pela “razão instrumental”. Segundo Martins-Costa, o Código atual adota uma razão sensível, substantiva, processual e comunicativa.⁷³⁰ Percebemos, aqui, o ponto de encontro com a concepção habermasiana, de que a modernidade é um projeto inacabado e, portanto, ainda por ser construída.

Essa nova “razão comunicativa” do Código Civil permite a aproximação entre a norma e o fato concreto, na medida em que se altera o paradigma do sujeito de direitos: este deixa de ser aquele ser abstrato e racional e passa a ser a pessoa humana concreta, inserida numa cultura determinada e, portanto, vinculada a fatos e valores determinados. Não se confunde com o sujeito de direitos do segundo paradigma, caracterizado por estar inserido no meio socioeconômico (o trabalhador e o consumidor). Agora, o sujeito de direitos está inserido numa determinada situação: destacam-se suas particularidades enquanto pessoa singular, e não mais enquanto membro de uma categoria.⁷³¹

⁷²⁹ “Desse modo, *fatos, valores e normas* se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação.” Cf. . REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66. Nesse sentido, também Eros Grau afirma que as pré-compreensões – leia-se, a cultura – do operador influenciam a interpretação e aplicação da norma, o que reafirma a concepção culturalista de Reale. Cf. GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 282 e ss.

⁷³⁰ “A razão sensível é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o intermundo de Meleau-Ponty. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na ‘circunstancialidade em que o conhecimento se processa’, isto é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A razão substantiva é aquela capaz de pensar fins e valores, a que considera o homem como um projeto – sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a razão processual e comunicativa é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 7.

⁷³¹ “Como se vê, essas concepções são absolutamente contrastantes com aquela sobre a qual assentou-se o Direito Civil moderno, no qual forjada uma noção abstrata de sujeito de direito centrada na figura do indivíduo considerando, entretanto, como uma *abstração social*: o indivíduo atomizado resultante do princípio da igualdade (formal), ao qual correspondia, em termos hermenêuticos, o método da subsunção lógico-sistemática. [...] Ora, tudo conduz, ao fim e ao cabo, à indiscutível necessidade de serem utilizados parâmetros

O culturalismo do Código Civil, desse modo, por meio das cláusulas gerais, permite a aproximação entre os valores constitucionais, as normas cíveis e os caracteres singulares dos casos concretos. As cláusulas gerais rompem com o modelo da incomunicabilidade do Código Beviláqua, permitindo ao Código Reale conexões extra, intra e intersistemáticas. Entre essas conexões, destacam-se aquelas de índole constitucional, que remetem para o fenômeno da “constitucionalização do direito civil”. As cláusulas gerais, ao conferirem abertura e mobilidade ao sistema jurídico, permitem que, à luz do culturalismo, o próprio Código se renove a cada novos fatos e sob distintos valores, evitando que, como ocorreu no passado, “os fatos se revoltem contra o código”⁷³²: modifica-se o significado e o conteúdo da norma, sem alterar sua letra.⁷³³ Em conclusão,

Observa-se, portanto, que o Código já não sintetiza todo o direito civil – e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os direitos fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor de base, estruturante e fundante de todos os demais: o da *dignidade da pessoa humana*, o “valor fonte” de todos os valores. Daí a idéia de “construção permanente”, que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à “ética da situação”.⁷³⁴

Com efeito, as bases culturalistas do Código Civil de 2002 e suas cláusulas gerais permitem um constante diálogo com os valores representados pelos direitos fundamentais, o que possibilita sua concreção por meio dos institutos tipicamente civis. Por força do efeito irradiante das normas constitucionais, os valores e princípios da Constituição devem penetrar

concretos que permitem visualizar, para além da categoria formal do ‘sujeito de direito’, a ‘pessoa’ que participa dos vínculos jurídicos e sociais, assumindo diversas medidas de responsabilidade.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

⁷³² “Dessa forma, as cláusulas gerais contribuem para manter o diploma legal adequado a seu tempo, coevo, e devem ser aplicadas ao caso concreto, não se permitindo imaginar que se trate apenas de norma de propósitos.” Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas Gerais e Proteção da Pessoa. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 290.

⁷³³ “A idéia de a experiência jurídica se ir continuamente formando e completando, em acordo aos dados culturais prevalecentes – dados da comunicabilidade humana – está expressa na estrutura, na metodologia e na linguagem do novo Código Civil (LGL/2002/400). Esta é diversa da empregada no Código de Beviláqua que encerrava, ainda, (perfazendo o modelo da Codificação oitocentista), a ‘razão totalitária’ ou monológica, fundada na pretensão de completude lógica e legislativa que acabou realizando o *modelo da incomunicabilidade*. O novo Código, pelo contrário, atento à processualidade da experiência, instaura a ‘razão comunicativa’ ao situar a permanente, mas coordenada, intertextualidade entre o seu corpus e outras fontes, jurídicas e extrajurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o modelo da complementaridade intertextual.” Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 8.

⁷³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016, p. 10.

nos demais ramos do ordenamento jurídico, os quais terão suas normas interpretadas e aplicadas de acordo com a axiologia constitucional.⁷³⁵ Resta evidente, portanto, que a “constitucionalização do direito civil” se instrumentalizará melhor num sistema aberto, dotado de cláusulas gerais – verdadeiras “janelas abertas” -, do que num sistema fechado.

Nesse espectro, ganha realce o chamado “direito civil constitucional”, enquanto metodologia de interpretação e aplicação da norma civil à luz da legalidade constitucional.⁷³⁶ Embora elaborada para a situação em que o Código Civil fosse anterior à Constituição vigente e, portanto, a essa nova Constituição devesse se readequar,⁷³⁷ a “escola do direito civil constitucional” encontrou amplo espaço de atuação no cenário jurídico brasileiro, mesmo após o Código Civil de 2002.⁷³⁸ Segundo Pietro Perlingieri, seu principal expoente,

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, particularmente, das codificações, - referem-se: (a) à natureza normativa das constituições; (b) à complexidade e ao caráter unitário do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; (c) a uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos.⁷³⁹

⁷³⁵ “Cabe ao intérprete assegurar a compatibilidade de cada decisão, fundada em norma do Código Civil, com os princípios constitucionais, ainda que a estes não se refira explicitamente. Cada interpretação é um microcosmo da imensa tarefa de realização de uma sociedade livre, justa e solidária. O Código Civil cumprirá sua vocação de pacificação social se for efetivamente iluminado pelos valores maiores que foram projetados nas normas constitucionais, notadamente nos princípios. Somente assim será acolhido como lei de todos os brasileiros e não apenas dos mais afortunados. A certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mutações sociais.” Cf. LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 23.

⁷³⁶ O tema do “direito civil-constitucional” tem íntima relação de dependência com o tema da “constitucionalização do direito”, já mencionado nesse estudo. Desse modo, a fim de evitar repetições, procuraremos apenas mencionar suas características e desdobramentos principais. Por todos, PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In. **Temas de direito civil**. 4^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁷³⁷ Essa era a situação da Itália, Portugal e Espanha, cujos Códigos Civis entraram em vigor, respectivamente, em 1942, 1966 e 1889, anteriores, pois, às suas Constituições, respectivamente de 1947, 1976 e 1978. Nesses países, para que o Código Civil se mantivesse legítimo, foi necessário analisá-lo sob a perspectiva da legalidade constitucional, operando toda uma releitura de seus dispositivos. Cf. LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

⁷³⁸ Fazemos esse destaque porque, cronologicamente, o “direito civil-constitucional” foi trazido ao Brasil e amplamente difundido na doutrina e jurisprudência antes da promulgação do Código Civil de 2002, quando se prestava a revitalizar o Código Civil de 1916, readequando-o à axiologia da CF/88. No entanto, após o Código de 2002, e também pelo fato de seu projeto ser da década de 70, a metodologia civil-constitucional continuou e ainda continua a exercer importante papel de sempre adequar as normas civis ao texto constitucional, no perene exercício de proteção e promoção dos valores fundamentais.

⁷³⁹ PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.

Os dois primeiros pressupostos do direito civil-constitucional elencados por Perlingieri, força normativa da constituição e complexidade e caráter unitário do ordenamento jurídico e sua correlação com o pluralismo de fontes, já foram por nós abordados quando analisamos a pós-modernidade jurídica e a concepção dos direitos fundamentais nesse terceiro paradigma – tópicos 3.1.1 e 3.2, respectivamente. Quanto ao terceiro pressuposto – renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos -, teceremos algumas palavras.

Segundo Gustavo Tepedino, o Texto Constitucional, mediante a nova tábua axiológica composta pelos direitos fundamentais, revitaliza os institutos privados da codificação, conferindo-lhes mais força. A incidência dos princípios constitucionais nas situações jurídicas subjetivas deve significar uma alteração valorativa dos parâmetros utilizados pelo intérprete e aplicador do direito. Enquanto que a Constituição elenca a dignidade humana como fundamento da República (CF/88, art. 1º, inc. III), elevando a proteção dos valores existenciais ao cume do ordenamento, as situações subjetivas e sua interpretação e aplicação devem estar comprometidas com esse compromisso constitucional. Não há redução quantitativa dos espaços de autonomia privada, mas sim transformação qualitativa dos institutos de direito privado, que devem se vocacionar aos valores constitucionais, dentre os quais se destaca a dignidade humana.⁷⁴⁰

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que podemos falar de “direito civil-constitucional” em duas acepções. A primeira seria aquela noção de “publicização do direito privado”, tratada no segundo capítulo deste trabalho, fenômeno caracterizado pela incorporação, pela Constituição, de normas tipicamente de direito privado, como normas sobre propriedade e família. A segunda, que aqui nos interessa, significa imprimir “[...] às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas.”⁷⁴¹ Significa, de acordo com Perlingieri, a releitura do Código Civil e das demais leis especiais à luz da Constituição, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁷⁴²

⁷⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

⁷⁴¹ “Isto significa dizer-se que a igualdade – formal e substancial –, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se tornam os parâmetros axiológicos da jurisprudência e de todo o aparato jurídico conceitual, estando aptos a fundar uma verdadeira revolução nos conceitos jurídicos próprios do direito privado e, sobretudo, na função atribuída a estes conceitos.” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 29.

⁷⁴² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 569 e ss.

Com efeito, o Código Civil já não exerce mais a função de norma central do ordenamento, que agora é ocupada pela Constituição,⁷⁴³ por variadas razões, como demonstrado acima – desde à previsão constitucional de normas tipicamente infraconstitucionais, até a consagração da força normativa dos preceitos constitucionais (regras e princípios), que refletem os valores básicos da sociedade, aptos a influírem sobre todos os demais ramos do direito.⁷⁴⁴ A “renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos”, propugnada por Perlingieri, revela-se, portanto, na interpretação do Código Civil e de seus institutos dentro desse novo paradigma, de que, agora, é o Código que serve à Constituição, não mais o contrário, como fora no período liberal. Os “fins aplicativos” são entendidos como o objetivo de conferir eficácia aos princípios e valores constitucionais pelos meios e institutos civis. Trata-se da efetivação constitucional pelo direito privado. Perlingieri confere extrema importância à “nova interpretação”:

[...] o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam. [...] O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.⁷⁴⁵

⁷⁴³ “É óbvio que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo das hierarquias das normas, implicará que ela sempre será o faixo, a fonte de iluminação do sistema, e é ela que deverá dar os valores fundamentais do nosso sistema, por ser refletidora de princípios fundantes.” Cf. LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24 e ss.

⁷⁴⁴ “[...] ‘constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, uns documentos jurídicos, como as constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a constituição se refere’. [...] O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica. [...] A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários, evitando aceitar como válidas as praxes oficiais. [...] As normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e os princípios constitucionais são normas.” Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 575-280.

⁷⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5-6.

Dentre todos, destaca-se o valor básico da dignidade da pessoa humana, que fundamenta todo o arsenal valorativo da constituição.⁷⁴⁶ É por isso chamada de *alfa e ômega* dos direitos fundamentais, pois todos se (re)encontram, em maior ou menor medida, no valor dignidade.⁷⁴⁷ O Direito Civil, portanto, e seus institutos, como contrato, propriedade, família, etc., devem voltar-se à dignidade humana: protegendo-a e promovendo-a. Trata-se da *funcionalização* dos institutos de direito privado à concretização da dignidade. Enquanto que no segundo paradigma a funcionalização se deu basicamente em prol da justiça social, para a proteção de categorias de pessoas (trabalhador, consumidor, idoso, etc.), nesse terceiro paradigma a funcionalização ganha outro objetivo: acrescenta-se – nota-se, não se substitui – a proteção do indivíduo enquanto pessoa, enquanto ser singular dotado de dignidade e, portanto, merecedor de respeito

⁷⁴⁶ Segundo Sarmento, o princípio da dignidade humana “[...] representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado. [...] A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85-87.

⁷⁴⁷ O tema da “dignidade humana” é instigante. Contudo, não cabe a nós, nesse trabalho, aprofundarmos em seu conceito, conteúdo, etc. Nos contentaremos, portanto, com as definições citadas a seguir. Ingo Sarlet, em estudo específico, após traçar a trajetória filosófica e jurídica da dignidade, propõe o seguinte conceito: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8^a ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70. Em outra definição de dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes destaca seus quatro principais atributos, quais sejam: direito à igualdade, tutela da integridade psicofísica, direito à liberdade e o direito-dever de solidariedade social. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81-116. Antonio Junqueira de Azevedo, por sua vez, afirma que “A pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); c. com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e. 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.” Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**. São Paulo, n. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016, p. 123. Em denso estudo sobre o tema, marcado pelo olhar crítico quanto à enorme distância entre o princípio da dignidade humana na teoria, nos textos constitucionais e internacionais e a sua efetivação social, Daniel Sarmento, sinteticamente, decompõe a dignidade humana em quatro elementos básicos: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento. Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

e proteção. O sistema, enfim, consagra verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.⁷⁴⁸

Essa funcionalização dos institutos de direito privado à proteção e promoção da dignidade humana exige que o sistema jurídico passe a conferir primazia às situações existenciais frente às patrimoniais. Se é a dignidade humana o valor que ilumina todo o ordenamento jurídico, o *valor fonte* de todos os valores sociais,⁷⁴⁹ então as questões que lhe dizem respeito mais intimamente devem ter prevalência frente àquelas ditas secundárias. Valoriza-se o *ser* em relação ao *ter*, operando verdadeiro giro metodológico no direito privado, tradicionalmente voltado à proteção da propriedade.⁷⁵⁰ Essa mudança de perspectiva juscivilística reflete o fenômeno denominado “despatrimonialização do direito civil”⁷⁵¹, também chamado “repersonalização”.⁷⁵²

A despatrimonialização não representa qualquer desinteresse do Direito Privado pelas relações econômicas. Afinal, a pessoa humana na sua vida em sociedade e nas relações recíprocas que entretém, vai sempre se engajar em atividades econômicas, contrair obrigações, celebrar contratos, e possuir algum patrimônio, e estes aspectos importantes da sua vida não podem ficar à margem da disciplina jurídica, a qual é tradicionalmente ministrada pelo Direito Privado. A despatrimonialização implica, isto sim, o reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana.⁷⁵³

⁷⁴⁸ “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” Cf. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

⁷⁴⁹ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 69

⁷⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31.

⁷⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34.

⁷⁵² “Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana.” Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 53. Nesse sentido, também Luís Roberto Barroso anota que a incidência do princípio da dignidade humana no direito civil promove a despatrimonialização e a repersonalização, com ênfase nos valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento dos direitos da personalidade. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 259-260.

⁷⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 90-91.

Antonio Junqueira de Azevedo anota que o Direito Civil, na perspectiva da despatrimonialização, volta a ser “disciplina de ponta”, na medida em que tem como objeto a vida, em especial a vida humana, dando sentido à própria Constituição e ao restante do ordenamento.⁷⁵⁴ Perlingieri, no mesmo caminho, afirma que o Direito Civil reapropria-se de alguns aspectos, sob renovadas formas, da sua vocação originária de *jus civile*, cujo objetivo era a proteção dos direitos civis.⁷⁵⁵

O principal objeto de regulamentação e proteção do Direito Civil deixa de ser a propriedade e as figuras do proprietário, do contratante, do autor do testamento, etc., para ser a pessoa e sua personalidade/dignidade. O Código Civil de 2002 representou grande avanço nesse sentido, ao tratar, já no início do texto, sobre os direitos da personalidade.⁷⁵⁶ A propriedade, o contrato, a responsabilidade civil, a família, etc., passam a existir em razão e em função da pessoa e de sua dignidade/personalidade e interesses existenciais. São os meios para se alcançar os fins, como exposto no início da nossa Introdução.

Importante destacar, contudo, que a noção de pessoa a ser aqui protegida não se confunde com a noção individualista do paradigma liberal. O *indivíduo* do Código liberal era o ser abstrato, racional, isolado, o indivíduo “atomizado”⁷⁵⁷. Aqui, considera-se a pessoa real, concreta, inserida num meio social determinado – culturalismo. Não se confunde, também, com o sujeito do segundo paradigma, incluído nas massas, quando ainda não havia ocorrido essa virada metodológica de despatrimonialização. No atual contexto, a sujeito considerado é a pessoa humana, dotada de dignidade, inserida numa posição intermediária entre o uno e o coletivo, portadora de singularidades que a diferencia e a aproxima das demais.⁷⁵⁸ Trata-se do

⁷⁵⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016, p. 100.

⁷⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

⁷⁵⁶ Em que pese parcela da doutrina criticar o tratamento dos direitos da personalidade conferido pelo CC/2002, em seus artigos 11 a 21, alegando “desatualização e insuficiência”, bem como as intermináveis controvérsias acerca do acerto ou não em tratar os direitos da personalidade em um rol taxativo ou exemplificativo, da necessidade ou não de se trazer uma previsão de um “direito geral de personalidade”, entre outras discussões, não se pode negar que, ao contrário do Código Beviláqua, o Código Reale apresentou grande avanço legislativo quanto à proteção da personalidade, acompanhando, em sua estrutura, a Constituição Federal, que tratou dos direitos fundamentais logo no início do seu texto. Ambos documentos, ao tratarem primeiro desses aspectos, simbolizam a predominância do valor da pessoa e de sua dignidade frente ao Estado e à propriedade privada.

⁷⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4-5.

⁷⁵⁸ “A visão de pessoa do final do século XIX, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916, era mais próxima à concepção inglesa e francesa do *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado, com sua nacionalidade, direitos adquiridos, liberdade e igualdade formal cidadã; a visão de pessoa do século XX foi, como comprovam a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, uma visão de *homo faber*, da pessoa pós-revolução industrial, um homem trabalhador, que faz, produz e comercia no seu domicílio, sendo sua nacionalidade de menor importância. Agora, parece-nos que a visão de pessoa da Constituição Federal de 1988 pode ser plúrima, de identidade cultural (*homo culturalis*) em matéria de família e sucessões, mas de *homo economicus*, homem ativo que consome, cria, decide racionalmente e transforma nas suas relações com

“personalismo”, que considera o ser humano um valor em si mesmo, superior ao Estado e à coletividade, mas ao mesmo tempo deles dependente, posto que situado numa sociedade, onde pode desenvolver sua personalidade e garantir sua dignidade.⁷⁵⁹ Judith Martins-Costa, citando Giorgio Oppo, afirma que

Bem por isso hoje o Direito Privado reapresenta-se como “direito sim dos particulares, mas dos particulares *uti cives*; direito dos particulares como portadores da sua própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de isolar-se (que é algo a ser respeitado) mas também de associar-se; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na comunidade que a enriquece e não a comprime”.⁷⁶⁰

No mesmo sentido, Reale,

É a razão pela qual na idéia de pessoa não deve prevalecer nem o aspecto *subjetivo* ou *individual* nem o aspecto *objetivo* ou *social* do homem, pois ambos se exigem recíproca e complementarmente. Poder-se-ia dizer que a linha do progresso humano é representado pelo “modelo ideal” (no sentido weberiano deste termo) de um ordenamento jurídico-político no qual cada homem possa alcançar o *máximo de preservação de sua subjetividade com o máximo de participação aos valores comunitários*.⁷⁶¹

Como observa Perlingieri, não existem ordenamentos jurídicos abstratos; existem os reais, concretos, que consideram e privilegiam certo conjunto de valores, bens e interesses. Esse conjunto é que determina as características do ordenamento, destacando sua filosofia, valores e princípios.⁷⁶² Pudemos observar, até agora, uma miríade de características. Vimos que a Constituição Federal de 1988 é marcadamente social-democrática, elegendo valores como dignidade humana e solidariedade social como fundamentos e objetivos da República,

o mercado, ainda mais em um novo Código Civil decidido a não ser mais individualista. [...] Seria um *Homo fragmentado, plúrimo e resultaria desta pluralidade de papéis, fontes e regimes conectados, o necessário diálogo de fontes.*” Cf. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.21-22.

⁷⁵⁹ “Assim, quando se afirma que o Direito Privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista. A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes [...].” Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2^a ed., 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 92-93. Perlingieri trabalha, ao lado da noção de personalismo, com a ideia de “igual dignidade social”, dentro do solidarismo constitucional. Segundo o autor italiano, “Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que ‘confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.’” Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

⁷⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da Situação”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.** Porto Alegre, v. 2, n.4, 2004. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49214/30844> Data de acesso: 21/06/2016, p. 610.

⁷⁶¹ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 63.

⁷⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

respectivamente. Por sua vez, destacamos que o Código Civil de 2002 balizou-se pelos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade e, apresentando um sistema móvel e aberto, por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, é capaz de propiciar um “bom acolhimento” dos valores e princípios constitucionais, decorrentes da força normativa e do efeito irradiante dos preceitos constitucionais, o que permite a sua constante releitura à luz da Constituição, principalmente sob o enfoque da dignidade e readequação à evolução social. Com o importante contributo da “escola do direito civil-constitucional”, doutrina e jurisprudência foram capazes de construir uma dogmática “humanizada” dos institutos de direito privado que, tradicionalmente patrimonialistas, passaram a conferir maior importância às situações existenciais. Operou-se a funcionalização do direito privado em prol da pessoa humana real, concreta, situada. Ainda, sob bases culturalistas, o Código Civil adota características pós-modernas ao conferir grande importância ao caso concreto e suas peculiaridades. A solução justa *in concreto* dependerá do fato, do valor, da norma e da experiência do operador jurídico.

A teoria tridimensional e culturalista do Direito refuta a Jurisprudência dos Conceitos, que concebia o Direito somente como *norma*, e supera a Jurisprudência dos Interesses, que já o concebia como *fato*, agregando, agora, o *valor*. Reale afirma que, nessa terceira fase do mundo moderno, o Direito passa a ser compreendido em termos axiológicos, “[...] a tal ponto que já se pode admitir uma passagem da *Jurisprudência dos Interesses* para a *Jurisprudência de Valores* [...] consequência imediata do papel que o valor da pessoa humana vem desempenhando em todos os quadrantes do Direito Positivo.”⁷⁶³ Reale ainda deixa claro que a Jurisprudência dos Valores é intimamente ligada ao conceito de “experiência jurídica” e “concreção jurídica”, daí correlacionando esse conceito com o culturalismo jurídico do Código Civil de 2002, que confere importância aos valores captados *in concreto*, e não como valores ideais, transcendentais.⁷⁶⁴

Vimos, no segundo capítulo, que a Jurisprudência dos Conceitos - pautada na neutralidade do intérprete, na interpretação literal e histórica, na construção de conceitos abstratos que formavam a “pirâmide conceitual”, na desvinculação jurídica dos problemas sociais e na falsa concepção de completude do ordenamento – foi substituída pela

⁷⁶³ Segundo Reale, foi no campo do Direito Penal que primeiro se observou essa passagem, em razão de ser onde o valor da dignidade humana estar mais diretamente em causa. Bettoli observou que a Jurisprudência dos Interesses, por se relacionar com aspectos utilitários, mostrava-se inapta a tratar do valor da dignidade. Ainda, Bettoli repudiava a compreensão dos valores como entes ideais, mas não se desprendia de um conceito de valor ligado à “natureza das coisas”. Cf. REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118-125.

⁷⁶⁴ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121.

Jurisprudência dos Interesses, também chamada de “teoria do achamento da solução jurídica”. Essa nova concepção voltou sua preocupação à aplicação judicial da lei, partindo do pressuposto de que a legislação é naturalmente lacunar. Sua utilidade foi essencialmente prática, na medida em que permitia ao juiz a construção da solução justa ao caso concreto com base na ponderação dos interesses colidentes no próprio caso concreto. Preocupou-se com a efetividade. A Jurisprudência dos Interesses acompanhou a passagem do estruturalismo para o funcionalismo jurídico, na medida em que voltou suas atenções para os objetivos, fins, interesses das norma, relegando a segundo plano as abstrações teóricas.

António Manuel Hespanha anota que após a Segunda Guerra Mundial seguiu-se um forte movimento anti-legalista, em razão do trágico contexto político dos totalitarismos, que causou enorme impacto sobre a consciência jurídica que, ainda pautada num rigoroso formalismo descendente da pandectística, era incapaz de, juridicamente, combater projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura europeia. A dogmática da teoria pura do direito estava fechada para questões de ordem ética. A legitimidade do direito confundia-se com os critérios de validade formal, desprovida de conteúdo material. Assim é que foi possível ao nacional-socialismo subir ao poder legalmente e, lá, instaurar nova ordem jurídica, também legalmente. Ao fim da Guerra, as consequências trágicas causaram um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores supra-positivos. Percebeu-se a existência de um direito supra-positivo, em face do qual a legislação, e até mesmo a Constituição, deveriam se adequar. Assim é que a Constituição alemã prevê, nos seus §§20, II/III, a vinculação do legislador ao Direito, entendido aqui não o direito positivo, mas um direito não escrito depositado na consciência coletiva. Buscou-se, em suma, a “justiça material”⁷⁶⁵.

Como vimos no segundo capítulo, a oposição ao positivismo conceitual teve seu ponto de partida quando iniciaram-se as análises funcionais em detrimento das análises estruturais do sistema jurídico, no momento em que a sociologia jurídica firmava-se como disciplina autônoma. Quanto aos fins do sistema jurídico, destacaram-se a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência sociológica norte-americana. Foi a jurisprudência dos interesses, contudo, que teve o grande mérito de demonstrar o “erro” ou a “insuficiência” do conceitualismo tradicional, apontando sua falha justamente na desconsideração dos interesses tutelados pela norma e pelos valores éticos ou político-sociais porventura existentes. Inaugurando a derrocada do positivismo conceitual, a jurisprudência dos interesses viria a se transformar em jurisprudência

⁷⁶⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 469-471.

das valorações quando, por fim, reconhecesse a importância dos valores “pré-positivos” ou mesmo “pré-jurídicos”.⁷⁶⁶

Franz Wieacker aponta duas questões que a jurisprudência dos interesses se mostrou incapaz de solucionar: em primeiro lugar, considerando que essa concepção propugna que o “achamento da solução justa ao caso concreto” se dê com base na ponderação entre os interesses conflitantes do próprio caso concreto, a jurisprudência dos interesses, metodologicamente, “[...] não pode fornecer um fundamento supra-positivo da preferência por um dos vários interesses em conflito [...]”⁷⁶⁷ Em seguida Wieacker afirma que, uma vez que a jurisprudência dos interesses trabalha com os interesses pré-estabelecidos pelo legislador, que deverão ser valorados no caso concreto, ela não consegue fornecer respostas para os casos em que a própria lei não tivesse procedido com a valoração, a exemplo das lacunas legais. Como ao juiz era devido somente valorar os interesses e não criar esses interesses, o caso restaria sem solução.⁷⁶⁸

Karl Larenz informa que a superação da jurisprudência dos interesses perpassa, necessariamente, por duas noções de Stammler. A primeira é a “autonomia metódica da ciência do Direito em face da ciência da natureza”, pela qual restou demonstrado que o Direito não pergunta pela “causa”, mas pelos “fins” e pelos “sentidos” de uma proposição jurídica. A segunda, mais importante, “[...] é a de que está na essência do Direito dirigir e ordenar a multiplicidade dos fins possíveis, sempre limitados e muitas vezes entre si contraditórios, que se apresentam em uma dada situação, segundo um *critério superior, que é a ideia de Direito.*”⁷⁶⁹ A importância de Stammler está nessa constatação de que a “ideia de Direito” seja um “critério superior” apto a apontar os “melhores rumos” a serem seguidos. A expressão “ideia de Direito” refere-se aos “princípios”, “ideias rectoras”, que são indicações metódicas para a descoberta do próprio Direito justo.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ “Com a jurisprudência das valorações, o jurista conquistou, finalmente, legitimidade para poder sustentar a existência de um Direito vivo, profundamente impregnado de valores sociais e, até por isso mesmo, em permanente evolução, mas sem deixar, apesar disso, de corresponder às expectativas da sociedade. Bem ao contrário, é esse Direito vivo, em permanente evolução, que justifica a confiança da sociedade no Direito, apesar da transitoriedade das leis e, o que ainda é mais grave, da multiplicação desordenada das leis, que não permite a ninguém acompanhar o que elas preceituam – não obstante a regra positiva de que a ninguém e lícito ignorá-las. Com a jurisprudência das valorações, por outro lado, ganhou orça nova idéia antiga de que não há leis más, mas apenas leis mal aplicadas.” Cf. NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais: A Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, p. 136-137.

⁷⁶⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 667.

⁷⁶⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 669.

⁷⁶⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 124.

⁷⁷⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 125.

Dentre os muitos autores que se propuseram a desenvolver as concepções de Stammler, Larenz confere grande importância ao pensamento de Radbruch. Para este último autor, “[...] não lhe interessa somente a estrutura formal do pensamento das ciências ‘referidas a valores’, mas também e sobretudo o conteúdo e o nexo significativo dos próprios valores que são relevantes para o Direito.” Trata-se do trânsito de uma filosofia formal para uma filosofia material dos valores. O último e irredutível valor, para Radbruch, é a “ideia de Direito”. Esse seria o valor central e de última instância, a que todo o Direito estaria referido. Larenz afirma que essa “ideia de Direito” nada mais é do que a “ideia de justiça”. Enquanto que para Stammler essa “ideia de justiça” seria apenas critério de apreciação, para Radbruch trata-se de um princípio fundamental constitutivo, que dá sentido ao próprio Direito positivo.⁷⁷¹ Segundo Wieacker,

Sob a impressão da inanidade do formalismo perante as tragédias do direito do nosso século, Radbruch começa agora a reconhecer, num plano superior ao do positivismo ligado a valores, uma atitude que domina os valores, uma atitude religiosa, dirigida à busca de limites de validade da lei injusta e a derivar da “natureza das coisas” normas de dever ser supra-positivas.⁷⁷²

Wieacker afirma que, atualmente, é concepção dominante de que, apesar dos problemas metodológicos e incongruências que isso possa causar, a criação e a aplicação do direito pelo Estado estão subordinados às normas fundamentais – supra-positivas – de justiça material, e de que a aplicação judicial do direito deve, ao lado dos fins particulares, buscar os valores jurídicos absolutos.⁷⁷³ É nesse sentido que Larenz afirma que uma jurisprudência de valorações só alcança o seu pleno sentido quando, segundo maior parte dos autores, reconhece “[...] valores ou critérios de valoração ‘supralegais’ ou ‘pré-positivos’, que subjazem às normas legais e para

⁷⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 132 e ss.

⁷⁷² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 684.

⁷⁷³ O autor expõe que essa concepção implica em, ao menos, dois grandes problemas. O primeiro seria a justificação do fundamento de validade dessas normas supra-positivas e o segundo, derivado, seria a dificuldade de se estabelecer uma hierarquia dentre esses valores. Entre várias as objeções a essa concepção, merece destaque a seguinte: “A ambição de realizar valores absolutos leva necessariamente a uma tensão com o sistema do estado de direito, estabelecido na Lei Fundamental alemã, no qual o direito continua a manifestar-se como limite (eticamente fundado) às esferas de liberdades de direito privado e não como meio ao serviço da realização de uma moral absoluta. Essa tensão acarreta ao mesmo tempo, no plano prático, aquele prejuízo da segurança jurídica, designadamente a previsibilidade e possibilidade de calcular a decisão do juiz, conatural à inclusão de valores morais meta-jurídicos e não tipificados na lei.” Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 699 e ss. Karl Larenz traz uma série de objeções e problemas metodológicos da jurisprudência das valorações. Não é nosso escopo, nesse trabalho, realizar estudo dessa profundidade, razão pela qual remetemos o leitor aos autores aqui citados. Vide, dentre outros: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163 e ss.

cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições.”⁷⁷⁴

Arthur Kaufmann, após analisar as teorias acerca da ciência do direito, divide-as em dois grandes grupos: as que procedem dedutivamente, dentre as quais o positivismo lógico-normativo e a jurisprudência dos conceitos, e as que precedem indutivamente, como a jurisprudência dos interesses, o positivismo jurídico empírico e a sociologia jurídica empírica. Segundo o autor, apesar de cada uma dessas teorias se afirmarem como a ciência do direito, nenhuma delas o são, ou, melhor dizendo, cada uma delas representa apenas uma parte do fenômeno. Para Kaufmann, as teorias de procedimento dedutivo acentuam, com razão, o caráter do dever-ser do direito, mas esquecem-se do momento de aplicação, dos fatos jurídicos. Por sua vez, as teorias de método indutivo, apesar de solucionarem o fato concreto, não conseguem, satisfatoriamente, justificar, a partir daí, sem referência a valores, como se alcança o dever-ser. Nesse ponto, Kaufmann afirma, peremptoriamente, que ambos os métodos são individualmente insuficientes porque “[...] a verdade é que não é possível rejeitar a referência aos valores.”⁷⁷⁵

Notemos, pois, que no estágio atual da ciência jurídica, a referência aos valores é uma constante, uma necessidade, um dado real. Relembremos, aqui, a aproximação do tema com o chamado “pós-positivismo”, acima analisado, que caracterizou-se como um movimento de reaproximação entre o Direito e a Ética, na volta dos valores ao mundo jurídico, na “virada kantiana”.

Segundo Noronha, a ideia de que o Direito vai além das leis e dos códigos, de que ele não se restringe ao direito positivo, ao contrário de ser novidade desse momento pós-guerra, já fora sustentada pelos partidários do Direito Natural. A diferença, no entanto, é que, agora, não se recorre a argumentos metafísicos para a sua justificação. Segundo o autor, os fins e as justificações das normas não são metafísicas, são sociais. Enquanto suas finalidades são aquelas que interessam ao grupo social, sua justificação são os valores dessa mesma sociedade. Desse modo, a sociedade e seus valores se fazem presentes tanto antes como depois da norma posta. “Esses valores que justificam os fins perseguidos [...] são ideais éticos e de política social que

⁷⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 167.

⁷⁷⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 183 e ss. Nesse sentido, “A jurisprudência dos interesses deu ensejo à denominada jurisprudência dos valores, na medida em que ‘na vida não há somente interesses, há também valores, que são igualmente decisivos na hermenêutica e aplicação do direito’. A lógica dedutiva é incapaz de resolver todos os problemas jurídicos, sendo que o operador do direito deve se valer da denominada lógica do razoável. Não há como negar que a realização da norma é valorativa.” Cf. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Hermenêutica no século XXI. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. vol. 32/2013, p. 199-231, jul.-dez./2013. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 22/12/2016, p. 6.

fazem parte da cultura de cada sociedade e que se transformam em verdades jurídicas com o nome de princípios gerais [...].”⁷⁷⁶ Embora seja remetido a Esser o mérito de ter demonstrado a indubitável importância desses valores na ciência jurídica, outros autores já haviam analisado a questão, a exemplo de São Tomás de Aquino e Radbruch, que sustentaram que, em nome do valor da justiça, uma lei insuportavelmente injusta não deveria ser considerada válida.⁷⁷⁷ Trata-se da mudança de paradigma da validade formal para a validade material ou legitimidade.⁷⁷⁸

A concepção de Noronha, de que os fins e valores do Direito são e estão na sociedade, confere guarida à teoria tridimensional de Reale e ao culturalismo do Código Civil. Sendo fato, valor e norma, o Direito Civil encontra sua formação no Código, nos casos concretos e nos valores presentes na sociedade e no ordenamento como um todo, inseridos na aplicação concreta por meio das cláusulas gerais. Larenz afirma, nesse sentido, que a construção da jurisprudência das valorações alinha-se com a crítica da subsunção, com a preponderância da justiça do caso concreto e com o procedimento argumentativo.⁷⁷⁹

Os valores a serem seguidos, protegidos e promovidos são justamente aqueles elencados pela Constituição, compostos pelo conjunto dos direitos fundamentais (dimensão objetiva), dentre os quais se destaca o valor fundante da dignidade humana. A jurisprudência das valorações alinha-se, portanto, com a funcionalização dos institutos de direito privado às situações existenciais – despatrimonialização do direito civil -, posto que indica ao intérprete e aplicador jurídico a utilização dos valores fundamentais como parâmetros hermenêuticos e como fins a serem alcançados.

É nesse sentido que Perlingieri afirma que a jurisprudência dos valores constitui a natural continuação da jurisprudência dos interesses: apesar desta última ter possibilitado a inicial análise funcional das situações subjetivas, percebeu-se o embaraço em se colocar, no

⁷⁷⁶ NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais: A Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, p. 135.

⁷⁷⁷ NORONHA, Fernando. **Direito e Sistemas Sociais: A Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988, p. 135-136.

⁷⁷⁸ “Era a revolução copernicana nos quadros da normatividade, a supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da Constituição sobre o Código, do princípio sobre a regra, da juridicidade sobre a programaticidade, da Hermenêutica sobre a Dogmática, do Direito/justiça e ética sobre o Direito/norma e coerção. É a esta altura que se pode asseverar conclusivamente, em sede teórica, que na evolução do Direito Constitucional contemporâneo, a legalidade se cifra em observar as leis e regras; e a legitimidade, em concretizar valores e princípios, sobretudo estes últimos, que são o corpo e a alma das Constituições. Abria-se a ordem constitucional ao universo normativo dos valores concretizados em princípios. Nessa caminhada principiológica de juridicidade, o princípio se pode talvez definir como aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** 10^a ed., ver. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 55.

⁷⁷⁹ O autor, após essa afirmação, analisa a construção do conceito de sistema na ciência do direito, questão a qual não nos remeteremos. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 171 e ss.

mesmo plano, interesses patrimoniais e existenciais. Em razão da necessidade de se conferir preeminência às situações existenciais, a jurisprudência dos valores apresenta-se mais idônea a realizar a funcionalização das situações patrimoniais. Dito de outra maneira, a jurisprudência dos valores, mais que a jurisprudência dos conceitos ou dos interesses, mostra-se mais capaz de proteger e promover as situações existenciais frente às patrimoniais, razão pela qual se alinha melhor à exigência constitucional.⁷⁸⁰

A soma de todos esses indicativos – sistema aberto, culturalismo, tridimensionalismo, legalidade constitucional, culto aos valores, dignidade e despatrimonialização – permite uma interpretação “humanizada” do direito civil. Essa interpretação “humanizada” dá origem a classificações e discussões que envolvam os interesses existências da pessoa frente aos interesses patrimoniais. É nesse sentido que poderemos, a partir de agora, analisar o contrato sob distintos enfoques: ora sob o patrimonial, ora sob o existencial. Valoriza-se, a partir de agora, os interesses existenciais decorrentes das relações patrimoniais.

Tendo buscado compreender a teoria do estado, a pós-modernidade jurídica, a teoria dos direitos fundamentais, o movimento da recodificação e todas suas características, bem como a evolução da ciência do direito nesse paradigma pós-social, podemos, agora, atentarmo-nos às especificidades do contrato sob esse novo modelo de direito privado.

3.4 O CONTRATO NA PÓS-MODERNIDADE

Vimos, acima, que o Estado Pós-Social caracteriza-se por uma dualidade, um atrito: por um lado, forças econômicas e políticas pautam sua agenda de acordo com os ditames do neoliberalismo e da globalização, exigindo desregulamentação estatal, numa pretensa volta ao Estado mínimo; por outro lado, forças sociais e jurídicas, e aqui se destaca a nossa Constituição de 1988, pautam sua agenda de acordo com os valores sociais-democráticos, na busca de igualdade material e justiça social. Esse jogo de forças antagônicas reflete no Direito e, em especial, no Direito dos Contratos.

Vimos, também, que a pós-modernidade jurídica se faz presente, momento em que se refutam as metanarrativas e as soluções únicas e universais para todos os problemas. Valoriza-se a diferença. O pluralismo superou o monismo jurídico. Defendemos, contudo, vivermos numa pós-modernidade temperada, na esteira de Habermas e de Erik Jayme, de que a “razão instrumental” deve ser revista, tendo como norte os direitos humanos e fundamentais – *revival* dos direitos humanos.

⁷⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119.

Se o atual momento reflete no Direito dos Contratos, então esse reflexo e suas necessárias consequências devem ser guiados na linha de valorização dos direitos humanos fundamentais. Se a pós-modernidade valoriza a diferença, rechaça construções únicas, então a nova teoria geral dos contratos deve ser capaz de propiciar essa diferenciação. Ao contrário do que possa parecer, não há paradoxo em defendermos uma nova teoria geral dos contratos: refutam-se as soluções pretensiosamente únicas, de modo que a nova teoria geral deve justamente possibilitar soluções diferenciadas.⁷⁸¹ Trata-se de uma teoria geral que valoriza as particularidades dos casos concretos. Cuida-se, enfim, de uma teoria geral pós-moderna dos contratos, que se guia pelos seguintes fatores: dicotomia de valores e regimes, exaltação do caso concreto e valorização dos direitos humanos e fundamentais.⁷⁸²

Como salientado no decorrer desse trabalho, a passagem de paradigmas não implica em revolução: trata-se de ruptura, em que há uma mudança superestrutural, mas que se preserva a infraestrutura. Os paradigmas não se substituem totalmente, mas antes se complementam.⁷⁸³ O contrato, no paradigma social, ao mesmo tempo em que apresentou novos princípios, revisitou e revalorizou os antigos. É possível, no entanto, quanto aos dois primeiros paradigmas, traçar suas características principais, seus traços marcantes. Esse atual paradigma, contudo, não comporta esses apontamentos: pelo contrário, convive com as características principais dos dois paradigmas anteriores: tencionam-se autonomia privada e solidariedade social.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ “É necessário, pois, assumir não tanto a crise do paradigma clássico, mas, sim, a crise de todos os paradigmas que se pretendam únicos e exclusivos. [...] É de se pôr de parte, acima de tudo, a idéia de que é possível formular uma teoria verdadeiramente *geral* dos contratos. Ao contrário, em razão precisamente da fragmentação conceitual, a teoria contratual não deve preocupar-se com a unidade, seja esta unidade consentânea com o modelo clássico, seja dele discrepante. Ao invés, a teoria contratual deve voltar-se para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais. [...] Ou seja, a teoria geral serve, na verdade, para especificar, e não mais para, através de uma cadeia indefinida de abstrações, chegar a um conceito unitário, à essência, enfim, do contrato e de seu princípio fundamental. Em suma, parece haver razões, sim, para se invocar a ‘crise de paradigma’, não porque hoje o contrato esteja assentado sobre um novo e oni-compreensivo fundamento axiológico (como o teria sido a autonomia da vontade), mas porque, por força das relações desenvolvidas entre o direito civil e o direito constitucional, o quadro valorativo do contrato se tornou mais complexo, dando lugar, com base em novos valores, à correspondente individualização de novas categorias.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 290-298.

⁷⁸² De forma não necessariamente cronológica ou estanque, a esses três vetores, a iluminar a nova teoria geral dos contratos, nos ataremos a partir de agora: necessária dicotomia de regimes, necessidade do caso concreto e valorização dos direitos humanos fundamentais.

⁷⁸³ “Primeiramente, porque é certo que as características econômicas e sociais de cada momento histórico não se sobrepõem entre si, mas coexistem com aquelas que marcam a sociedade subsequente. Em segundo lugar, pelo fato de que as categorias jurídica não são suprimidas, mas tomam roupagem diversa de acordo com a função que adquirem de acordo com a sua historicidade.” Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 85/2013, p. 177-206, jan.-fev./2013. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 04/04/2016, p. 5.

⁷⁸⁴ “A verdade é que em se tratando de contratos, um paradigma não se substituiu ao outro, mas a ele veio se agregar, compondo um todo de várias vertentes, uma mais relevantes do que outras, a depender da época e das circunstâncias. A primeira imagem, aquela gerada com a racionalidade liberal, ainda é preponderante.

Já foi adiantado que o paradigma solidarista do contrato não passaria imune a críticas. Luciano Benetti Timm, numa análise sistêmica do contrato, apresenta, em apertada síntese, as seguintes críticas ao modelo solidarista: a) em primeiro lugar, trata-se de um modelo excessivamente regulatório, hoje inadequado à “hipercomplexidade social”, o que o caracterizaria como um modelo “ultrapassado”, ou, na expressão do autor, na “contramão da história”; b) ao passo em que valorizou excessivamente a justiça social, renunciou à racionalidade econômica; c) os muitos limites à autonomia privada desse modelo encontram-se em colisão com a atual tendência do Direito do Comércio Internacional e do Direito Internacional Privado, de revalorização da autonomia da vontade, ao ponto das partes elegerem, via cláusula contratual, o sistema jurídico que regulará o contrato, bem como da criação espontânea das próprias regras, por meio de usos e costumes (*lex mercatoria*); d) o Direito dos Contratos, no paradigma social, apresentou excesso de “abertura sistêmica” e foi manipulado pelos demais subsistemas sociais, notadamente o político, o que gerou a “corrupção sistêmica”, na medida em que, ao invés de ser um sistema “operacionalmente fechado”, o contrato passou a ser manipulado pelas informações extrajurídicas; e) como decorrência da “corrupção sistêmica”, o modelo solidarista se mostra muito imprevisível, o que tende a servir como um obstáculo a investimentos externos no país; f) assim como o *Welfare State*, sua “cara metade”, entrou em crise, até mesmo por limitações orçamentárias, o modelo solidarista de contrato não dá conta da regulamentação de todos os subsistemas sociais; g) ainda segundo o autor, o modelo solidarista não encontrou guarida na nossa cultura jurídica nacional, que é formalista e individualista, o que agrava a ineficiência desse modelo; h) por fim, em razão da “corrupção sistêmica”, propiciada pela abertura operacional e não somente cognitiva, o modelo solidarista colocaria em cheque o próprio sistema jurídico, principalmente pelo descaso com a racionalidade econômica, o que, segundo o autor, pode acabar causando mais prejuízos do que vantagens àqueles destinatários de suas normas protetivas.⁷⁸⁵

Como proposta para a superação desses problemas, Luciano Benetti Timm apresenta um “modelo sistêmico ou complexo de contrato”, em que se realiza uma “[...] leitura funcional

Certamente sofreu inflexões, mas afigura-se como a matriz viva para o que ocorreu daí em diante. Princípios liberais, como os da autonomia da vontade, liberdade contratual, relatividade e obrigatoriedade do vínculo, convivem com os preceitos sociais trazidos à contratação no período do Estado de Bem-Estar e da economia de massas, caso da função social do contrato, da boa fé objetiva, do equilíbrio econômico (com a possibilidade de intervenção no disciplinamento interno do vínculo) etc. Nos dias atuais, subsistem uns e outros, a depender da negociação. Não é possível identificar, no sistema normativo civil-constitucional, homogeneidade axiológica que possa unificar a teoria contratual em torno de um único e absoluto valor – seja a autonomia privada, seja a solidariedade social.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566.

⁷⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150-162.

‘moderada’ do direito contratual, [...] permitindo, justamente, a sobrevivência do instituto do contrato no Novo Código Civil, com sua plena funcionalidade social [...] mas inserida dentro de um novo contexto de complexidade social.”⁷⁸⁶ No âmbito dos contratos, a teoria sistêmica autopoietica não rejeita os elementos extrajurídicos, pelo contrário, aceita que os contratos estão inseridos numa realidade social e permite sua integração, respeitando a autopoiese dos demais subsistemas sociais. Preserva-se o contrato contra uma “exagerada exposição à manipulação externa”. Não se renuncia à racionalidade econômica, nem à social, nem à política, nem à moral e nem aos usos e costumes. A interação entre as rationalidades, contudo, se dá através do perfeito “acoplamento estrutural”, por meio da abertura cognitiva, mas preservando-se o fechamento operacional, para que se evite a “corrupção sistêmica”.⁷⁸⁷ Nas palavras do autor,

Assim, o modelo sistêmico de contrato traz uma visão do direito contratual que, como o solidarismo, não renuncia aos “elementos não-consensuais” do contrato, nem a um aprendizado (cognitivo) do Direito ao seu ambiente; apenas o complexifica dentro das relações intersistêmicas e das suas mútuas “irritações”, a fim de que o sistema jurídico possa se proteger de manipulações externas, e, com isso, manter sua funcionalidade, lidando com problemas mais complexos gerados pela “hipercomplexidade” e pela “hipercontingência”.⁷⁸⁸

Nessa acepção, o contrato possuiria três níveis de problemas, três “acoplamentos estruturais”. O primeiro seria o “plano da interação”, a nível das partes envolvidas, correspondendo à função privada ou individual do contrato, isto é, compreendendo o contrato como instrumento da autonomia privada de cada contratante. O segundo seria o “plano institucional”, nível intermediário de conexão com as instituições sociais, compreendendo as relações do próprio contrato com alguma outra instituição social, como o mercado, a política, a moral, etc. O terceiro seria o “plano social ou societário”, nível do sistema social global ou de um subsistema social como um todo, como o jurídico, o político e o econômico, a investigar o papel do contrato nesse(s) sistema(s) e as interferências por ele sofridas. A interação entre os três sistemas pode ser conflitante, posto cada um ter sua própria racionalidade. Às cláusulas gerais caberia o papel harmonizar essa mútua interferência e dissonância.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

⁷⁸⁷ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149 e ss.

⁷⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 159.

⁷⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177. Ricardo Luis Lorenzetti também faz uma análise sistêmica do contrato, similar à de Timm. Segundo o autor argentino, o aumento da complexidade social entrelaça a ação racional individual com as instituições de modo estreito, o que torna imprescindível o enfoque institucional do contrato. Assim, o contrato seria concebido como uma relação social juridificada, que o vincula ao seu meio ambiente. Assim como Timm, Lorenzetti afirma que é através das normas jurídicas indeterminadas que o contrato se relaciona com três níveis: nível das relações pessoais ou de interação, nível do mercado ou institucional, e nível societário, que envolve a relação com os outros subsistemas sociais. A partir dessa tripartição, o contrato pode ser analisado sob três enfoques: o contratual, o sistemático e o institucional. O enfoque contratual tem como objeto o próprio contrato como ato jurídico bilateral, e pode ser analisado sob a perspectiva interna, temporal e externa. Sob a perspectiva

Nesse sentido, Luciano Benetti Timm elege o art. 421 do Código Civil como a cláusula geral apta a dar conta dessa visão sistêmica do contrato. Para o autor, a cláusula geral da função social dos contratos deve ser vista mais do que como um exemplo de solidarismo. Deve ser vista como um “sistema de ação social” do contrato. O art. 421 seria a programação do Direito para o recebimento de informações de variados sistemas, como o mercado e o interventionismo estatal (política). Seria a cláusula geral responsável pela harmonização das informações contraditórias na relação contratual concreta, provenientes dos três planos expostos. A vagueza semântica do art. 421 permite albergar os interesses das partes contratantes no caso concreto, as influências do mercado e das organizações, bem como a absorção de tarefas regulatórias sociais ou políticas. A cláusula geral da “função social” seria a responsável pelo “acoplamento estrutural” entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais: a) admite-se a função econômica do contrato, de circulação de bens e serviços, e suas naturais consequências econômicas, como alocação de recursos escassos para necessidades ilimitadas, etc.; b) admite-se a função política ou social do mercado, como organização da vida em sociedade de acordo com padrões e valores socialmente aceitos, por meio de planejamento e segurança, níveis mínimos de cooperação e integração social, etc. O recebimento dessas informações pela cláusula geral da função social caracteriza a “abertura cognitiva do contrato”. Por sua vez, a solução, em concreto, decorrente da harmonização dessas informações contraditórias, se dá pelo fechamento operativo do subsistema jurídico, e se materializa no julgamento dos tribunais nos casos concretos levados à apreciação judicial.⁷⁹⁰

internal, analisa-se os elementos (consentimento, objeto, causa, forma, prova, interpretação e qualificação), os efeitos (obrigações, deveres colaterais, garantias, cargas e riscos), e a responsabilidade pelo inadimplemento. Sob a perspectiva temporal se realiza o redimensionamento dos elementos, efeitos e responsabilidade nos períodos pré-contratual, pós-contratual e os vínculos de grande duração. Sob a perspectiva externa, estuda-se o contrato como situação jurídica a respeito dos terceiros, que devem respeitá-lo e sofrer seus efeitos, o que gera discussões quanto à proteção extracontratual do contrato e à transformação do efeito relativo para uma verdadeira oponibilidade. O enfoque sistemático analisa os grupos de contratos e suas configurações nos sistemas com finalidades supra contratuais. Sob a perspectiva interna, estuda as relações entre as partes, o objeto como operação que envolve diversos contratos, a causa sistemática, o nexo associativo e as obrigações sistemáticas. Sob a perspectiva externa, analisa os feitos das redes contratuais frente a terceiros. O terceiro é último enfoque, o institucional, tem como objeto de estudos as regras institucionais que, sob a regra do desenvolvimento sustentável, analisa a funcionalidade contratual para aumentar sua eficiência, sem deteriorar seu ambiente econômico e social. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 1, p. 475-528, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016.

⁷⁹⁰ “Diante desse papel central dos tribunais no subsistema jurídico (contratual), devem os julgadores considerar a complexidade normativa do contrato, em seus diversos planos, levando em conta as mútuas expectativas reguladas autonomamente pelas partes, as expectativas dos agentes econômicos no mercado em que é realizado o contrato e ainda as diversas rationalidades conflitantes que dirigem a ele seu feixe normativo e cognitivo (ética, política e economia), tendo em conta as funções econômicas e sociais do contrato antes descritas.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179-192.

A concepção sistêmica do contrato para o ambiente pós-moderno é sedutora. No entanto, pensamos não ser a melhor opção. Acreditamos que o estudo do contrato possa se dar sob uma “perspectiva sistêmica” e, nesse ponto, perfilhamo-nos aos autores acima referidos. Contudo, a construção do modelo contratual para esse paradigma pós-social ou pós-moderno reclama outras alternativas. Sistêmico seria o método de estudo, não o modelo. O método de estudo sistêmico possibilitaria a construção de modelos contratuais diversos, a depender justamente da relação do contrato – sistema jurídico – com os demais sistemas - social, político, ético, etc. No nosso modesto entender, o equívoco dessa perspectiva sistêmica é ainda insistir na possibilidade de construção de um único modelo contratual apto a dar conta da realidade atual. Ainda que esse único modelo seja composto por três planos de interação e, portanto, permita certa maleabilidade à luz do caso concreto, compreendemos que, no atual estágio da ciência jurídica pós-moderna, essa solução se mostra insuficiente. Na medida em que o contrato se mostra a única ferramenta por meio da qual tanto se realiza a circulação de riquezas (ex.: contrato de trespassse) como se possibilita o acesso a bens de consumo existenciais (ex.: compra e venda de alimentos)⁷⁹¹, faz-se imperioso a construção de modelos distintos, cada qual responsável por uma funcionalidade do contrato, mas ambos inseridos numa mesma teoria geral, como apontado acima.⁷⁹²

A análise das críticas ao modelo solidarista aponta para a necessária dicotomia contratual. Podemos constatar que o “pano de fundo” das críticas consiste na tensão entre a autonomia privada e a solidariedade social, entre a economia e a política (social), entre o Estado Liberal e o Estado Social, entre liberdade e igualdade, entre individualismo e solidarismo. Trata-se, enfim, da tensão vivenciada no Estado Pós-Social, como apontamos no final do item

⁷⁹¹ “Hoje, o contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 179. Nesse sentido, também Paulo Nalin afirma peremptoriamente que o contrato não tem mais a única, quiçá precipua, função a circulação de riquezas, mas também a função de realização existencial do homem. Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 243 e ss.

⁷⁹² Encerramos aqui a análise da perspectiva sistêmica do contrato. Com efeito, essa perspectiva, com os três níveis de interação apontados, realmente permite uma flexibilidade para que o julgador, no caso concreto, encontre a solução mais harmoniosa possível, o que o permitira, de acordo com o tipo contratual, decidir ora sob o viés econômico, ora sob o social. Acreditamos que um estudo mais acurado do “modelo sistêmico” de contrato possa realmente se adequar à perspectiva adotada nesse estudo, em que se defende uma dicotomia contratual. No entanto, foge aos nossos objetivos, agora, uma análise aprofundada desse campo, razão pela qual deixamos em aberto essa hipótese, a ser verificada em estudo posterior. O próprio Luciano Benetti Timm, autor a quem devo agradecer pela inspiração quanto ao “modelo de sumário”, dá pistas da viabilidade dessa nossa hipótese: “Deve-se pensar em um modelo de contrato que, sem se resumir à racionalidade econômica (como sugeriu Posner), também não deixe de contemplá-la, considerando a complexidade atual do sistema social.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164.

3.1: vivemos um antagonismo de forças entre neoliberalismo globalizado e constitucionalismo social (por sua vez adotado pela CF/88).⁷⁹³ Esse antagonismo exige do direito contratual respostas aptas a darem conta dos dois lados do embate. Acreditamos que a resposta será encontrada na harmonização dos dois modelos contratuais acima analisados: modelo liberal e modelo social.⁷⁹⁴

Esse antagonismo ideológico está presente na nossa própria Constituição Federal, em seu art. 170, que dispõe que a ordem econômica deve ser baseada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, nos ditames da justiça social para, em suma, assegurar a todos uma existência digna, entre outros princípios. Teresa Negreiros afirma que a Constituição Federal não é capaz de solucionar esse embate entre livre iniciativa e justiça social, admitindo a possível prevalência das duas orientações.⁷⁹⁵ Paulo Nalin, por outro lado, tem entendimento claro de que a legalidade da livre iniciativa está condicionada ao asseguramento da existência digna de todos, titulares ou não da relação jurídica, e ao atendimento dos ditames da justiça social. Vale dizer, para o autor, existência digna e justiça social seriam pressupostos – e, portanto, valores superiores – para a livre iniciativa.⁷⁹⁶

A dualidade de princípios é evidente. A dualidade de regimes contratuais também o será. Claudia Lima Marques afirma que o Brasil evoluiu de um modelo liberal clássico de contrato para um modelo liberal-social⁷⁹⁷, portanto, um modelo híbrido. Maria Luiza Feitosa anota que

⁷⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 61 e ss.

⁷⁹⁴ “O embate entre os que pensam estar o modelo clássico de contrato superado em seus elementos essenciais e os que, ao contrário, dão às mudanças ocorridas um sentido de continuidade não é solucionável à luz dos fatos e de uma suposta ‘verdade’ que os mesmos seriam capazes de revelar. Afinal, empiricamente, ambas as teses são justificáveis. Não existe homogeneidade axiológica que pudesse unificar a teoria contratual em torno de um único e absoluto valor – seja a liberdade individual, seja a solidariedade social. A realidade caracteriza-se, antes, pela alternância entre tendências individualistas e socializantes, ora predominando a liberdade clássica, enaltecida pela eficiência econômica do livre mercado, ora se buscando, através da imposição de normas cogentes, um controle heterônomo sobre o conteúdo e os efeitos do contrato em vista do ideal de construção de uma sociedade mais justa e solidária.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277.

⁷⁹⁵ “A tensão entre liberdade individual e solidariedade social – especificada, em relação à ordem econômica, no conflito entre a livre iniciativa e a justiça social – não se resolve com recurso à normativa constitucional. Ao contrário, está ali, na própria Constituição Federal, a origem desta tensão. Com efeito, a ordem econômica (arts. 170 e ss.), na qual se insere a ordem contratual, caracteriza-se por tentar articular a livre iniciativa com a justiça social.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 278.

⁷⁹⁶ “Mostra-se evidente que se, implicitamente, a função econômica se insere no âmbito da livre iniciativa, esta surge legalizada, tão-somente, se cumprida a explícita função (social) de dignificação dos sujeitos contratantes. A função econômica do contrato, até mesmo, pode não se revelar na relação jurídica contratual, não sendo a patrimonialidade pressuposto de sua eficácia, como v.g., no casamento ou mesmo no pacto que antecede a união estável, cujos efeitos patrimoniais são impróprios; mas, por outro lado, a realização dos interesses existenciais dos sujeitos contratantes sempre deverá ocorrer.” Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 244 e ss.

⁷⁹⁷ “Esta nova fase do direito privado é vista sob muitas óticas. De um direito clássico liberal passamos a um direito liberal-social, um modelo misto de direito privado, em que justamente a proteção do consumidor representa a

nas últimas décadas do século XX as duas correntes opostas ganharam destaque: enquanto que uma parte da doutrina propunha a constante constitucionalização e intervenção na disciplina interna dos pactos, em nome do interesse social ou da justiça contratual, outra parte defendia a independência do contrato em relação às estruturas estatais de controle, em nome da liberdade e autonomia. A autora conclui que essa disparidade de leituras se dá em razão da generalização. Enquanto que uma análise se concentra no universo civilístico e nas relações de consumo, outra põe o foco no aspecto comercial, seja no âmbito interno, seja no internacional. A autora aponta, então, que o modelo social de contrato tende a encontrar guarida nas relações regidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade social se faria mais presente em relação à autonomia privada, ainda que em graus distintos (mais incisiva no CDC do que no CC). Por sua vez, a revalorização da autonomia privada enquanto liberdade encontrou acolhimento nas relações empresariais, principalmente quanto aos contratos comerciais internacionais.⁷⁹⁸ Paulo Nalin, acerca do contrato no ordoliberalismo atual (liberalismo ordenado, regulamentado), também constata essa dualidade:

Nesse contexto, acaba o contrato por mediar as forças do mercado, sendo o liame inegável entre a concorrência e o consumo, revelando-se os pólos do produtor/fornecedor e do consumidor. O ajuste entre tais forças é que acaba por demonstrar o atual perfil do contrato na pós-modernidade, *nem tanto livre, nem tanto dirigido*. Revela-se, por ser, o condutor da ingerência tutelar do Estado a livre iniciativa, à medida que a conforma aos interesses da justiça social.⁷⁹⁹ (destaques nossos).

Na esteira do que foi até agora analisado, podemos tecer duas afirmações. A primeira refere-se ao fato evidente de que nosso sistema jurídico, quanto ao direito dos contratos, reclama uma dogmática capaz de fornecer soluções adequadas para as duas grandes situações contraditórias acima expostas: necessita-se a criação de um modelo contratual dicotômico ou, melhor dizendo, de uma dicotomia contratual em que dois modelos contratuais fornecerão as bases para essa questão: ora privilegiando a autonomia privada, ora a solidariedade social. A segunda afirmação diz respeito ao que foi tratado nos tópicos acima e, em forma de conclusão,

face social deste. Como ensina Larenz, em 2004, a reforma do BGB em 2002 (Código Civil alemão), que fez incluir a figura do consumidor como agente econômico do direito civil alemão (§13 do BGB-Reformado) e destacou a necessária proteção da confiança. Segundo o doutrinador alemão, a inicial visão liberal do BGB, em que a liberdade de exercício de autodeterminação individual reconhecida pelo direito, na qual uma pessoa livre e informada tinha o poder de decidir racionalmente o que consumir e com isto aceitava o risco dali oriundo, passa a ser relativizada por uma visão mais social do contrato nesta sociedade.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In. MARQUES, Claudia Lima (org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

⁷⁹⁸ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 565 e ss.

⁷⁹⁹ NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 123.

entendemos que: à luz da constitucionalização do direito civil, que infiltrou os valores e princípios constitucionais no ordenamento privado, com destaque para a dignidade humana, causando a chamada “despatrimonialização do direito privado”, com a consequente funcionalização das situações patrimoniais em prol das situações existenciais, amparada também pela jurisprudência das valorações, essa dicotomia contratual deve ser “humanizada”, fundamentada nos interesses existenciais da pessoa, isto é, deve ser criada, em primeiro plano, para a proteção e promoção da pessoa humana e, em segundo plano, para a eficiência do mercado.⁸⁰⁰ Acreditamos, como será exposto abaixo, que a dicotomia contratual entre contratos existenciais e contratos de lucro poderá solucionar essa questão.

O contrato na pós-modernidade, como se vê, não é uno, mas plural; não tem ideologia universal, mas, ao menos, dual. Sua teoria geral e definição devem ser tais que permitam a diferenciação, a valorização das particularidades e a consideração dos casos concretos. Nos termos da pós-modernidade “temperada”, a teoria geral e a definição do contrato devem trilhar pelo caminho da revalorização – *revival* – dos direitos humanos fundamentais.

Nesse contexto, é pertinente transcrever o conceito pós-moderno de contrato oferecido por Paulo Nalin, decorrente de sua tese de doutoramento. Segundo o autor, o contrato interprivados é “[...] a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.⁸⁰¹ Sob o enfoque constitucional, portanto, o autor considera insuficiente qualquer conceito que reduza o contrato a um acordo de vontades que produz, modifica ou extingue uma relação jurídica.

Notemos, pois, que o conceito fornecido pelo autor tem em seu núcleo a presença da dicotomia aqui exposta: o contrato destina-se tanto à produção de efeitos patrimoniais quanto de efeitos existenciais, sendo que esses últimos, no cenário atual, ganham proeminência. É a partir deste conceito, portanto, que seguiremos nossa análise.

⁸⁰⁰ “O mercado, sem dúvida, sempre vai desejar um contrato eminentemente patrimonialista, descartando qualquer atenção aos outros valores (existenciais) envolvidos na relação, eis que tal reverte em custo inútil. Porém, o mercado deve se compatibilizar com a vigente ordem constitucional, levando em conta o homem e os seus valores existenciais, além dos patrimoniais, como ápice da ordem jurídica brasileira.” Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 256.

⁸⁰¹ NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 255.

3.4.1 CONTRATOS EXISTENCIAIS E CONTRATOS DE LUCRO: UMA DICOTOMIA PÓS-MODERNA

O contrato, na pós-modernidade, revela-se verdadeiro “ponto de encontro de direitos fundamentais.”⁸⁰² Como observam Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira, “[...] o contrato representa, no atual estádio da civilização, bem além do livre jogo econômico-liberal entre dois contratantes, ferramenta preciosa para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.”⁸⁰³

Foi dito, no tópico 2.2, que os direitos fundamentais sociais ou de segunda dimensão, como o direito à saúde, à alimentação, à moradia, etc., são caracterizados por proporcionarem as verdadeiras condições mínimas de liberdade. Ao proporcionarem melhores condições de vida aos mais fracos, ligam-se ao direito de igualdade e valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais. Enquanto pressupostos materiais ao efetivo exercício de todos os direitos fundamentais, os direitos sociais são assim *necessários*. Orlando Gomes, embora tratando de um cenário ainda marcado pelo *Welfare State* puro, em que as prestações sociais estariam somente a cargo do Estado, tece as seguintes observações, que podem perfeitamente serem transplantadas para os dias de hoje:

A *prestação de assistência social* compreende o fornecimento dos serviços necessários à existência física do homem na vida moderna, na medida das possibilidades técnicas e financeiras do Estado. Torna tais como os de água, luz, telefone, esgoto, transporte coletivo e tantos outros. Tornaram-se *necessidades* e como tal devem ser satisfeitas. Há na sociedade d'hoje, como disse um escritor, uma generalizada *indigência social*, que é independente da fortuna pessoal. Todos precisam dos serviços de *assistência vital* e em consequência forma-se, nos ambientes urbanos, uma rede de *vínculos jurídicos* contínuos ou intermitentes entre os que os prestam e quantos os recebem.⁸⁰⁴

⁸⁰² “A nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais do sujeitos envolvidos, alguns merecedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais. [...] Realmente, 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. [...] Se os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 253 e ss.

⁸⁰³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 2.

⁸⁰⁴ GOMES, Orlando. A Função Social do Contrato. In. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 106-107.

No cenário atual, principalmente após as reformas econômicas da década de 90, com as privatizações, a satisfação dessas necessidades vitais passaram, em larga medida, aos domínios da iniciativa privada. O fornecimento de bens existenciais, agora, ocorre numa relação entre privados: empresário/produtor/fornecedor e particular/consumidor. Como observa Noronha, com base em Bulgarelli, no jogo do poder, o consumidor é aquele que *precisa*, “[...] para viver, contratar habitação, alimentação, transporte, fornecimento de água, luz, gás, telefone, etc. – e para isso deve se submeter ao poder negocial da empresa.”⁸⁰⁵

Essas contratações, que tem como força motriz a necessidade vital, envolvem, evidentemente, não só interesses patrimoniais, mas também, e principalmente, interesses existenciais, notadamente do lado daquele que contrata, que recebe o serviço ou produto. Esse contrato, e aqui se materializa o conceito de Paulo Nalin acima transcrito, produz efeitos existenciais e patrimoniais. É necessário, portanto, como adverte Tepedino, a distinção entre essas duas situações: existenciais e patrimoniais.⁸⁰⁶

Pietro Perlingieri demonstra a superação da concepção de direito subjetivo pela ideia de situação subjetiva e, dentre essas, distingue as patrimoniais das existenciais.⁸⁰⁷ Segundo o autor italiano, a situação subjetiva pode ser analisada sob seis perfis distintos,⁸⁰⁸ mas é sob o perfil

⁸⁰⁵ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor.** vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016, p. 2.

⁸⁰⁶ “Disto tudo decorre a necessidade de construção de uma nova dogmática do direito privado com coerência axiológica. Para tanto, na construção desta dogmática, há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, já que fundadas em lógicas dispareces. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se, assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.” Cf. TEPEPINO, Gustavo. *O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais*. In. TEPEPINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 364-365. Em sentido parecido, Luigi Ferrajoli estabelece as diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos de propriedade, oportunidade em que tece a seguinte afirmação, importante para compreendermos a necessidade da construção de um modelo dogmático para a proteção da dignidade, personalidade e direitos fundamentais nas relações privadas: “A indisponibilidade dos direitos fundamentais equivale, por isso, à sua subtração tanto às decisões da política quanto ao mercado.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim... et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22.

⁸⁰⁷ A construção do conceito de situação subjetiva é complexo e exigiria esforços que não caberiam nos propósitos deste estudo. Para tanto, remetemos o leitor à obra de Perlingieri. Possamos, contudo, transcrever breve trecho, capaz de nos situar na questão: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. Nesta perspectiva coloca-se a crise do direito subjetivo: enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a ‘complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional’.” Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 677-678.

⁸⁰⁸ Sob o perfil do efeito, a situação jurídica é sempre decorrente de um fato, natural ou humano, juridicamente relevante; sob o perfil do interesse, a situação jurídica pode ser patrimonial, existencial ou ambos, bem como

do interesse que se vislumbra a clara distinção entre situações existenciais e patrimoniais. Em suas palavras, “Também os interesses que não têm caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial.”⁸⁰⁹

Ainda com Perlingieri, dentre as situações existenciais, é particularmente relevante a questão dos direitos da personalidade. Enquanto categoria do *ser*, e não do *ter*, não há dualidade entre o sujeito e o objeto, pois ambos representam o *ser*, razão pela qual o regime normativo aplicado não pode ser o mesmo das situações patrimoniais. A personalidade da pessoa humana é um *valor* – valor fundamental do ordenamento, portanto intimamente relacionada à dignidade -, e está na base de todas as situações existenciais.⁸¹⁰

Os contratos que envolvem interesses existenciais, portanto, necessariamente envolvem o valor da personalidade e da dignidade e, como tais, devem ser objetos de regimes normativos distintos do aplicado às situações patrimoniais.⁸¹¹

A diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não-patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus -, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional. [...] Nesta perspectiva é um pseudoproblema falar em *favor creditoris* ou de *favor debitoris*; é preciso distinguir: uma coisa é a obrigação finalizada à realização de uma exigência da pessoa, como podem sê-lo as obrigações assumidas

pode dizer respeito a interesses gerais ou particulares; o perfil dinâmico concebe a situação jurídica como os comportamentos dirigidos ao ou pelo interesse; sob o perfil do exercício, a situação jurídica requer manifestação de vontade, não necessariamente do titular do interesse; sob o perfil funcional, tem-se que o ordenamento conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social, de modo que o fenômeno possa ser mais ou menos relevante: enquanto algumas situações são função social, a exemplo da propriedade pública, outras têm função social, a exemplo da propriedade privada; por fim, quanto ao perfil normativo ou regulamentar, a situação jurídica, para ser jurídica, deve ter relevância normativa, de modo que a juridicidade da situação se traduzirá no poder de fazer ou exigir que terceiro realize determinados atos. Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 669-672.

⁸⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760.

⁸¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760 e ss.

⁸¹¹ “A questão tormentosa de análise, interpretação, integração dos contratos privados, bem como do sistema inerente, tem assento obrigatório não apenas em referência à circulação jurídico-econômica de riquezas, mas, prudentemente, no reconhecimento da pessoa, dos direitos fundamentais e situações jurídicas subjetivas existenciais como ponto da partida dogmática, considerando os ‘valores’ identificados no plano contratual (pessoa como gente).” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 8.

no interesse da família, outra coisa são as obrigações assumidas por uma sociedade por ações a escopo a lucro.⁸¹²

Dessa constatação, portanto, de que o mesmo instrumento – o contrato – possa servir para objetivos tão distintos, do sustento familiar às transações empresariais, perpassando, portanto, dos valores existenciais aos valores patrimoniais, do *ser* para o *ter*, Antonio Junqueira de Azevedo propõe a distinção dogmática e principiológica entre *contratos existenciais* e *contratos de lucro* (ou *empresariais*). Em suas palavras,

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 século XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e contratos existenciais. Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial: neles, por exemplo, não caberia 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. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção por não ser descartável.⁸¹³

A dicotomia proposta por Antonio Junqueira de Azevedo reflete a situação transcrita acima, acerca do antagonismo de forças no sistema jurídico. Com efeito, ao distinguir, como propôs Perlingieri, as situações em que a obrigação visa suprir necessidades existenciais da pessoa daquelas que visam lucro, o autor constrói um modelo contratual dual, capaz de propiciar as respostas adequadas, como veremos, aos dois lados tensionados: autonomia privada e solidariedade social. Acreditamos, ainda, que essa taxonomia consegue apresentar aqueles resultados buscados pelo “modelo sistêmico de contrato”, no qual a solução deveria ser a harmonização, no caso concreto, dos três planos contratuais, em razão de propiciar, ao julgador, dois modelos distintos, informados por valores opostos, o que, em última instância, operacionaliza a tomada de decisão, posto que fornece critérios facilitadores de qual plano contratual privilegiar no caso concreto. Trata-se de uma classificação apta a privilegiar, à luz do caso concreto, os três níveis do contrato: econômico, jurídico e social.⁸¹⁴

⁸¹² Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 211-213.

⁸¹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185-186.

⁸¹⁴ “Essa dicotomia não visa eliminar outras já existentes no direito contratual, como a divisão milenar entre contratos onerosos e gratuitos, ou aquela própria do direito contratual do século XX, entre contratos de adesão e contratos paritários. A nova dicotomia, própria para o século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis de contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados.” Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

Enquanto que os contratos existenciais têm ao menos como uma das partes as pessoas naturais (e aqui o autor equipara as pessoas jurídicas sem fins lucrativos), nos contratos de lucro as partes são empresas, profissionais. Ao passo que nos contratos existenciais a(s) parte(s) buscam sua subsistência e, por não serem “descartáveis”, devem ter suas necessidades fundamentais atendidas, nos contratos de lucro as partes buscam o lucro e, em sendo incompetentes, em não conseguindo sobreviver no mercado ou na vida profissional, podem ser “descartadas”, como consequência natural do processo econômico. Ainda, enquanto nos primeiros o juiz pode e deve interferir na relação contratual para garantir os interesses existenciais, como a vida, integridade física, saúde, habitação, etc., nos últimos a intervenção judicial deve ser evitada, para que não se perturbe o funcionamento do mercado e, assim, reste preservada a racionalidade econômica.⁸¹⁵

Nessa divisão, observamos que nos contratos existenciais o elemento objetivo da obrigação – a prestação – possui alto conteúdo ético e moral, para além da patrimonialidade, o que de certa forma “humaniza” ou “personaliza” a prestação, visto ser seu objeto, por exemplo, o “[...] 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 comunicação e provedores virtuais [...].”⁸¹⁶

É aqui, principalmente, que percebemos a funcionalização das situações patrimoniais em prol das existenciais, no contexto da “despatrimonialização” (“repersonalização”) do Direito Civil, mencionada acima. Não se descarta o possível conteúdo patrimonial do negócio jurídico, mas renova-se o propósito contratual: “A relação obrigacional patrimonial acaba por ser uma ferramenta de desenvolvimento de um papel, direto ou indireto, de atuação do valor constitucional da dignidade humana.”⁸¹⁷

Segundo Enzo Roppo, o contrato é a “veste jurídica” da operação econômica, donde se conclui que, se não existir operação econômica, não existe contrato. Quanto à operação econômica, por sua vez, o autor italiano comprehende que deve ser caracterizada por requisitos objetivos, de onde já se exclui, portanto, os objetivos e interesses de natureza “ideal, moral,

⁸¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 9, n. 34, abr.-jun./2008. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 304-305.

⁸¹⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 8.

⁸¹⁷ “A despatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do ‘produtismo’ e, mais atualmente, do consumismo). Nota-se, destarte, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio.” Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, 250.

cultural”, ou, para fins do nosso estudo, de natureza “existencial”. Operação econômica, nesse sentido, seria a “circulação de riqueza”, atual ou potencial, que importaria na “transferência de riqueza”, de um sujeito para outro. Roppo destaca, ainda, que por “riqueza” não se considera somente o dinheiro ou os bens materiais, mas todas as “utilidades” suscetíveis de avaliação econômica, característica que permite qualificar como riqueza, portanto, as promessas, as obrigações de fazer ou não fazer, etc.⁸¹⁸ Essas definições de contrato como operação econômica, de operação econômica como circulação e transferência de riqueza, e de riqueza como qualquer utilidade avaliável em dinheiro, têm o condão de explicar a previsão do art. 1174 do Código Civil italiano de 1942, que expressamente dispõe sobre o indispensável caráter patrimonial da prestação.⁸¹⁹ No direito civil italiano, portanto, por expressa previsão legal, a prestação obrigacional deve ser suscetível de avaliação econômica. O interesse do credor quanto a essa obrigação econômica não importa para o texto legal, podendo ser patrimonial ou não-patrimonial.

Mário Júlio de Almeida Costa enfrenta a questão sob dois ângulos diversos: a patrimonialidade da obrigação, considerada pela doutrina clássica como elemento do conceito de obrigação, admite um duplo entendimento. No primeiro sentido, a patrimonialidade referiria à exigência de que a prestação apresentasse, necessariamente, natureza econômica. Embora esse requisito fosse expresso na legislação portuguesa passada, o atual Código Civil português, no art. 398º, nº 2, apenas exige que a obrigação corresponda a um interesse do credor, digno de tutela jurídica, não mencionando, portanto, a exigibilidade de que esse interesse digno de tutela jurídica também seja patrimonial. Sob diverso ângulo, a patrimonialidade da obrigação significa que, ao contrário do direito antigo, o direito moderno só admite que o inadimplemento obrigacional confira ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor, e não contra a sua pessoa.⁸²⁰ No direito civil português atual, portanto, não há exigência legal de que a obrigação tenha conteúdo patrimonial: a lei civil apenas exige que o interesse do credor, patrimonial ou não, seja digno de tutela jurídica.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, doutrina majoritária brasileira, na linha do direito civil italiano, exige que a prestação seja economicamente valorada, ainda que o interesse que a subjaz seja de ordem moral ou existencial.⁸²¹ Nesse sentido, ainda que o contratante não tenha interesse

⁸¹⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 7-15.

⁸¹⁹ “Art. 1174. Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (Cod. Civ. 1256 e seguente, 1411 e seguenti).”

⁸²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 11^a ed., rev. e actualiz. Coimbra: Almedina, 2008, p. 101.

⁸²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

patrimonial, como no exemplo do doador, no contrato de doação pura (art. 538 do CC/2002), a prestação, enquanto objeto da obrigação, apresentará conteúdo patrimonial, ainda que mínimo. Fernando Noronha também aponta que a doutrina dominante sustenta a nulidade das obrigações cujas prestações não tenham valor econômico para nenhuma das partes: segundo essa doutrina, ainda que o interesse do credor não seja patrimonial, a prestação debitória deve apresentar conteúdo econômico. Nesse sentido, as obrigações que não possuam naturalmente um conteúdo econômico devem ser avaliadas segundo um equivalente patrimonial, por exemplo por meio de cláusula penal em caso de descumprimento. Noronha afirma que existe um consenso geral de que o interesse do credor não precisa ser patrimonial, e de que a controvérsia cinge-se à necessidade da patrimonialidade somente da prestação. Segundo o autor em comento, não é necessário, para que uma obrigação seja válida, que a prestação tenha conteúdo patrimonial: o fundamental é o interesse do credor, que deve ser merecedor de tutela.⁸²² Em suas palavras,

A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência de contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação assumida. Assim, não terá juridicidade o contrato estabelecendo uma mera obrigação de cumprimentar, ainda que tenha uma contrapartida fixada em dinheiro. O simples estabelecimento de um equivalente pecuniário, ou a fixação de uma cláusula penal, não significam um interesse.⁸²³

Assim como Fernando Noronha e Pontes de Miranda, Paulo Luiz Netto Lôbo, na esteira de Antunes Varela e Karl Larenz, também comprehende que a prestação, patrimonial ou não,

⁸²² “No âmbito das obrigações negociais, temos exemplos característicos de obrigações sem conteúdo patrimonial e juridicamente válidas na procuração par a inscrição em concurso vestibular e naquela para casamento com noivo residente em país ou cidade muito distante, tão comum antes da era dos transportes aéreos. Note-se que é a própria lei que estabelece a presunção de gratuidade do mandato (art. 658), sem que ninguém negue a sua juridicidade, mesmo quando diga respeito à prática de atos de natureza não econômica. No comodato, que é contrato por natureza gratuito (cf. art. 579), também é fácil conceber casos de obrigações sem conteúdo econômico: quem pede emprestado álbum com velhas fotos familiares, assume obrigação jurídica de fazer a respectiva restituição. Também a comum obrigação, constante de convenção de condomínio por unidades autônomas em edificações, de os condôminos não terem animais, tem a prestação sem conteúdo patrimonial que é válida, pelo menos enquanto disser respeito a animais que sejam suscetíveis de perturbar os outros moradores.” Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60-64.

⁸²³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65. Essa também é a posição de Pontes de Miranda: “Longe vai o tempo em que se não atendia ao interesse moral da prestação, em que se dizia que a prestação tinha de ser patrimonial. [...] No sistema jurídico brasileiro, não se pode introduzir a regra jurídica italiana. Se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação (= não se irradiou) se a prestação não é suscetível de valoração. Assim, o objeto da prestação pode ser patrimonial, ou não. Qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode ser objeto de prestação, como a obrigação de enterrar o morto segundo o que ele, em vida, estabelecerá, ou estipularam os descendentes ou amigos ou pessoas caridosas.” Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. t. 22, 3^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 40-41.

deve “[...] satisfazer uma necessidade séria e razoável do credor, que justifique socialmente a intercessão dos meios coercitivos do direito.”⁸²⁴ Com efeito, o art. 104 do Código Civil brasileiro estabelece como requisitos de validade do negócio jurídico o agente capaz, a forma prescrita ou não defesa em lei e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, não mencionando, portanto, a patrimonialidade da prestação. Podemos concluir, desse modo, que, para o direito brasileiro, a prestação obrigacional pode ou não ser patrimonial, pode ou não ser suscetível de valoração econômica.

Para fins da divisão entre contrato existencial e contrato de lucro, importa distinguir a natureza jurídica do interesse digno de tutela decorrente da prestação, seja ela patrimonial ou não. Assim, pode haver interesse patrimonial decorrente de prestação sem conteúdo econômico (ex.: contrato em que A se compromete a não fazer barulho para não atrapalhar B, enquanto B realiza sua atividade profissional de cunho intelectual), bem como interesse patrimonial decorrente de prestação patrimonial, hipótese que dispensa exemplos. Por sua vez, pode haver interesse extrapatrimonial decorrente de prestação sem conteúdo econômico (ex.: contrato em que A se compromete a não fazer barulho durante certo período para que B possa descansar, dormir, etc.), bem como interesse extrapatrimonial decorrente de prestação com conteúdo econômico (ex.: contrato de compra e venda de alimentos para consumo próprio).

Para que o contrato seja caracterizado como existencial, não basta que o interesse de uma das partes seja meramente extrapatrimonial: este interesse extrapatrimonial deve ser qualificado como existencial, isto é, o interesse não-patrimonial deve se vincular às necessidades vitais, às necessidades de (sobre)vivência digna e de realização da personalidade da pessoa, de acordo com as particularidades da(s) parte(s). O interesse existencial do contratante, portanto, pode ter origem tanto em prestação patrimonial (ex.: contrato de seguro de saúde, contrato de fornecimento de energia elétrica, contrato de prestação de serviços educacionais, etc.) como em prestação não-patrimonial (ex.: contrato de reconhecimento e de dissolução de união estável, contrato de mandato para casamento, etc.).

Noronha alerta, contudo que, na prática, são muito raras as obrigações que dizem respeito a prestações sem conteúdo econômico.⁸²⁵ Significa isso dizer que, para fins de divisão entre contrato existencial e contrato de lucro, a análise deve ser funcional, isto é, deve levar em conta não o bem jurídico objeto da prestação considerado em si mesmo, mas sua relação com a

⁸²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66.

⁸²⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

dignidade/personalidade da pessoa humana.⁸²⁶ É nesse sentido que Paulo Nalin afirma que “A autonomia contratual, antes de ser instrumento de circulação de riquezas, no atual estádio de desenvolvimento constitucional, presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa do contratante, sem que dela se possa excluir um quase inevitável conteúdo patrimonial mínimo.”⁸²⁷ Não resta dúvida, portanto, a existência de interesses juridicamente tutelados desprovidos de patrimonialidade.

Nesse sentido, tem importantíssima contribuição a concepção de Teresa Negreiros, que propôs o “paradigma da essencialidade” como fator de diferenciação dos contratos. Segundo a autora, embora não conste expressamente no Código Civil, pode-se classificar os bens em essenciais, úteis e supérfluos. A ótica tradicionalmente patrimonial do Código Civil deve ser “corrigida” pela ótica existencial da Constituição Federal e, nessa perspectiva, os bens, sob o paradigma da essencialidade, devem ser categorizados de acordo com a sua função, com a sua importância para a pessoa, tendo em conta a primazia das situações existenciais sobre as patrimoniais. Quanto mais essencial for o bem para a proteção e promoção da dignidade, direitos fundamentais e personalidade, isto é, quanto mais essencial para os interesses existenciais, maior deverá ser a ingerência de normas de ordem públicas nessa relação, para a sua proteção.⁸²⁸ Segundo a autora,

Estas são as premissas que fundamentam o estabelecimento do paradigma da essencialidade. Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se

⁸²⁶ “Embora a prestação tenha conteúdo patrimonial, o interesse do credor na prestação pode, conforme as circunstâncias, apresentar um caráter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade, ao seu bem-estar, à sua educação, aos seus projetos intelectuais.” Cf. ANDRADE, André Gustavo Correa de. Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigaçāo Contratual. In. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, p. 55 – jan./mar. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁸²⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 251.

⁸²⁸ “Propõe-se, portanto, uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato. O paradigma da essencialidade constitui a base para uma tal diferenciação, e encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade humana, impondo, desta forma, o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. Por isso, há de se distinguir os contratos em que tais interesses extrapatrimoniais estão presentes daqueles outros contratos nos quais, ao contrário, as obrigações assumidas sejam instrumento de satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais. [...] Tomado o direito contratual como um instrumento a serviço da pessoa e da sua dignidade, também neste campo os esquemas classificatórios – a determinarem a diversificação dos respectivos regimes jurídicos – deverão refletir a primazia dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais. Ora, não há como esta hierarquia ter eficácia se os contratos não forem diferenciados correspondentemente. É neste sentido que, à semelhança do que propõe Raiser em relação aos níveis de publicismo e de privatismo das relações de direito civil em geral, as relações contratuais, parecemos, devem ser escalonadas em níveis diversos, de maior ou menor intervenção, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 448 e ss.

predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.⁸²⁹

Nota-se a similitude das concepções: tanto a dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro quanto a classificação dos contratos pelo paradigma da essencialidade visam fundamentar, sob os influxos dos valores constitucionais, modelos dogmáticos aptos a protegerem e promoverem a dignidade e personalidade da pessoa face aos interesses puramente patrimoniais. As duas concepções se complementam: ainda que o paradigma da essencialidade não abarque todas as situações de contratos existenciais, a exemplo do contrato de trabalho ou de locação, por se restringir somente aos bens, podemos compreender que a essencialidade de um bem será, senão uma certeza, mas um forte indício de que o contrato respectivo seja contrato existencial.⁸³⁰

Teresa Negreiros fornece interessante mecanismo para a averiguação do “grau de essencialidade” de um bem, utilizando das noções de essencialidade como diretriz constitucional para a tributação. A Constituição Federal de 1988, nos arts. 153 e 155, estipula o princípio da seletividade tributária em razão da essencialidade do produto, das mercadorias e dos serviços. Assim, quanto mais necessários à existência digna da pessoa for o bem, menor deve ser a sua tributação. Sob o viés tributário, preocupa-se com a harmonização entre a satisfação das necessidades individuais e a satisfação da necessidade do Estado se custear. O conceito de essencialidade do produto estaria associado à manutenção de um padrão mínimo de vida, suficiente para a conservação da dignidade humana e das necessidades básicas do homem. Essas necessidades básicas e o caráter de essencialidade dos bens, de acordo com a sua utilidade, variam ao longo do tempo. No entanto, é possível apontar alguns bens como permanentemente essenciais para a vida humana, como alimentação e vestuário básicos, habitação, tratamento médico e higiênico, etc.⁸³¹

Ainda quanto à importância dos bens para se averiguar a qualificação do contrato que o envolve, interessante mencionar a teoria dos bens fundamentais, formulada por Luigi Ferrajoli. Inicialmente, o jurista italiano distingue entre bens patrimoniais e bens fundamentais. Bens patrimoniais seriam aqueles bens disponíveis no mercado por meio de atos de disposição ou de

⁸²⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453.

⁸³⁰ Assim se manifestou Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é a de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja ela interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.” Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil.** vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 106.

⁸³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-405.

troca, vinculados aos direitos de propriedade e, portanto, passíveis de uso somente por seus titulares. Por sua vez, bens fundamentais são aqueles cuja acessibilidade é *juridicamente* - e não faticamente - garantida a todos, por serem objeto de direitos fundamentais e, portanto, subtraídos da lógica do mercado, como a água, o ar, os fármacos considerados essenciais, etc. Enquanto que, conceitualmente, todos os bens fundamentais são objetos de algum direito fundamental, nem todos os direitos fundamentais possuem objeto, mas tão somente alguns, a exemplo do direito à imunidade, à integridade física, à saúde, à alimentação, à moradia, etc. Percebe-se que, em regra, os direitos fundamentais sociais possuirão bens fundamentais como objeto. Os bens fundamentais, assim como os direitos fundamentais, são indisponíveis: contudo, enquanto a indisponibilidade dos direitos fundamentais é real, a indisponibilidade dos bens fundamentais é meramente jurídica, posto que podem, materialmente, sofrer violações.⁸³²

Dentre os bens fundamentais, Ferrajoli constrói uma tripartição: a) *bens personalíssimos*, que são os ligados aos direitos passivos (negativos) de liberdade, que exigem uma postura absenteísta do Estado e dos particulares, que reclamam imunidade, como os órgãos do corpo humano; b) *bens comuns*, que são aqueles relacionados à concepção ativa de liberdade, caracterizados pela *liberdade de (freedom to)*, em oposição à *liberdade da (freedom from)*, passíveis de serem utilizados e/ou consumidos, a exemplo da água, do ar, do meio ambiente equilibrado, etc.; c) *bens sociais*, que se relacionam aos direitos fundamentais sociais, necessários à subsistência e à vida digna (concepção material de liberdade), que se caracterizam por uma prestação, a exemplo, novamente, da água, e de outros, como alimentos básicos, medicamentos essenciais, energia elétrica, moradia, etc.⁸³³

A proposta de Ferrajoli é interessante. Partindo do pressuposto de que alguns direitos fundamentais materializam-se por meio de bens fundamentais e, enquanto tais bens encontram-se “à disposição no mercado”, prontos para serem objetos de contratos entre particulares, a compreensão de que tais bens reclamam uma proteção diferenciada coincide com a noção de contrato existencial, bem como com o “paradigma da essencialidade”. Parece-nos ser correta a afirmação, portanto, de que os bens fundamentais, enquanto objetos prestacionais, a exemplo da água, do alimento, do medicamento, etc., por serem pressupostos materiais para a proteção/promoção de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade, qualificam os

⁸³² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim... et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54-57.

⁸³³ A teoria dos bens fundamentais, de Ferrajoli, relaciona-se intimamente com a sua teoria dos direitos fundamentais, que por sua vez é complexa por demais para ser explicada sucintamente. Para uma melhor compreensão, remetemos o leitor ao texto original. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim... et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57-58.

contratos nos quais estão inseridos como contratos existenciais. O mesmo resultado seria alcançado se se utilizasse o critério da essencialidade: bens fundamentais tendem a ser bens essenciais e, como tais, caracterizam o contrato existencial.

Nessa toada, Rosalice Fidalgo Pinheiro trabalha com a concepção de “mínimo existencial no contrato”. Utilizando-se da perspectiva civil-constitucional, em que a pessoa se encontra no centro da contratação, e com apoio nas noções de cláusula geral de tutela da pessoa humana⁸³⁴, de “paradigma da essencialidade” e de “mínimo existencial” enquanto necessidades humanas para um padrão mínimo de vida – e aqui a ideia se assemelha com as noções de direitos sociais enquanto condições mínimas de liberdade -, a autora analisa duas situações específicas no âmbito contratual: o direito à saúde e o direito à moradia.⁸³⁵

Segundo a autora, pautada em exemplos jurisprudenciais, o direito fundamental social à saúde operou como “vetor interpretativo” de cláusulas contratuais nos contratos de plano de saúde, delineando sua abusividade ou não, bem como determinando o sentido que deve ser impresso ao contrato em determinada situação. Em razão da essencialidade do bem contratado – serviços médico-hospitalares -, em diversos casos operou-se uma eficácia direta deste direito fundamental na relação privada. Quanto ao direito à moradia e sua relação com contratos, a autora menciona o entendimento jurisprudencial que conferiu *status familiar* ao devedor solteiro, de modo que o mesmo pode valer-se da impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009/90).⁸³⁶ Contratos que envolvam bens e valores ligados ao mínimo existencial, portanto, devem ser interpretados e integrados tendo como norte a preservação da dignidade do contratante. Nessas hipóteses, caso não haja lei regulamentadora específica, legítima se faz a aplicação direta dos direitos fundamentais na relação privada, como defendido em tópico *supra*.

Por fim, no que toca à identificação *a priori* dos contratos existenciais, alguns dispositivos constitucionais e legais podem ser considerados como verdadeiras pistas, a serem verificadas nos casos concretos. São textos de leis que tratam e/ou regulamentam possíveis bens essenciais, existenciais. São eles: a) art. 6º da CF/88, que consagra os direitos fundamentais sociais – educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados; b) art. 7º, inc. IV, da CF/88, que trata do salário mínimo como direito fundamental apto a atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, com moradia, alimentação,

⁸³⁴ FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. Ano 14, vol. 54, p. 11-43, abr.-jun./2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁸³⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 118 e ss.

⁸³⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 122-133.

educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social; c) art. 10 da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve e menciona algumas atividades essenciais, como o tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustível, assistência médica e hospitalar, e distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos.⁸³⁷

É de se concluir, por conseguinte, que os contratos *existenciais* compreendem os contratos de atendimento à *subsistência humana*.⁸³⁸ Nos contratos existenciais, ao menos uma das partes contratantes não objetiva o lucro, de sorte que, para essa parte, o objeto prestacional se caracteriza não por sua patrimonialidade, mas pelo seu decorrente interesse existencial, posto que relacionado à existência digna e plenitude de sua personalidade, o que qualifica uma situação jurídica subjetiva existencial.⁸³⁹ A seu turno, nos contentaremos, por ora, com uma definição *a contrario sensu* para contratos de lucro: são aqueles em que as partes contratantes, empresárias ou não, têm no contrato um instrumento de circulação e transferência de riquezas, objetivando o lucro, o que qualifica uma situação jurídica subjetiva patrimonial.

Como já pontuamos no decorrer de todo este terceiro capítulo, esse paradigma valoriza, sobremaneira, dois aspectos: a importância do caso concreto para a ciência jurídica e a consagração do sujeito de direitos enquanto pessoa humana concreta detentora de dignidade. De fato, o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do Direito, que embasam o atual Código Civil, valorizam a pessoa singular, inserida numa determinada situação social, econômica e cultural⁸⁴⁰ - direito como fato, valor, norma e experiência. Por essa razão, além de

⁸³⁷ “Com efeito, é possível deduzir desses dispositivos, inclusive com algumas repetições enfatizadoras, que os contratos privados que tenham como objeto de negociação algum produto ou serviço relacionado com moradia, alimentação, educação, saúde (medicamentos e assistência médica e hospitalar), fornecimento de água, energia elétrica e saneamento básico, possuem boas chances de comporem a distinção que se pretende, isto é, qualificarem o contrato como ‘existencial’.” Cf. BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais:** hermenêutica à luz dos direitos fundamentais. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 125-127.

⁸³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 8.

⁸³⁹ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 6, out.-dez./2015, p. 69-94. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf> Acesso em 08/03/2016, p. 93.

⁸⁴⁰ “Assim, múltiplos fatores induziram à adoção de visão mais realista sobre o ser humano, não como o indivíduo racional isolado – ‘mônada ensimesmada’, como ironizava Marx -, mas como a pessoa concreta, que tem necessidades materiais e espirituais, inserida em relações sociais que são constitutivas da sua identidade. Nesse novo contexto, o discurso sobre a dignidade humana também se modifica, incorporando uma dimensão social e relacional inafastável. Não se retorna à compreensão pré-moderna e estamental do ser humano como parte subordinada ao todo social, mas tampouco se mantém a visão ‘insular’ de pessoa, alentada pelo discurso jurídico do liberalismo-burguês. O ser humano, nessa perspectiva, continua a ser concebido, na linha de Kant, como um fim em si mesmo. Mas não se trata mais de uma abstração racional, valiosa porque ‘tem a lei moral

outras já explicitadas, ganha relevo, na pós-modernidade jurídica, a análise do caso concreto⁸⁴¹: é na *centralidade do caso*, conforme pontua Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁴², que realmente poderemos identificar os contratos existenciais e os contratos de lucro,⁸⁴³ posto que, em razão da análise da pessoa real, *in concreto, locus* privilegiado para o exercício do direito à diferença, poderemos reconhecer, na *intuição do justo*, necessidades vitais/existenciais distintas, específicas para cada um, além, é claro, das necessidades universalmente existenciais, a exemplo da água, do alimento, da saúde, etc. Não é outra a conclusão de Teresa Negreiros:

É importante notar, contudo, que o grau de utilidade, à luz do paradigma da essencialidade, será dado não apenas pela natureza do bem, mas, igualmente, em razão da sua destinação, o que significa que a aceitação do mencionado paradigma pressupõe como legítimas as condições feitas *in casu*, à luz das circunstâncias funcionais, específicas da relação contratual em exame. [...] Neste sentido, cumpre observar que o direito civil atual se mostra cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais – e é fundamental que assim seja. Do contrário, fosse o caso de o sistema jurídico rejeitar fundamentos decisórios baseados em condições específicas das partes litigantes, e o paradigma da essencialidade se tornaria *ab initio* inviável.⁸⁴⁴

Feitas essas observações, em que demonstramos a necessidade da distinção entre as situações subjetivas existenciais e patrimoniais, operacionalizada, por sua vez, pela dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro, bem como após os apontamentos sobre os meios e critérios para a averiguação do interesse existencial, passamo-nos à análise de alguns

dentro de si’, como queria Kant, mas, sim, de um indivíduo concreto, imerso num determinado universo material e simbólico, partícipe de uma teia de relações intersubjetivas que compõe a sua identidade. Uma pessoa real, que usa a razão e faz escolhas, mas que também sente fome, fica doente, cultiva amizades, ama, sofre e precisa do outro, e que não deixa de ser digna por isso. Pelo contrário, essa humanidade ‘calorosa’ – este ‘ser gente’ – é uma das melhores justificativas para o reconhecimento da sua dignidade.” Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50.

⁸⁴¹ “O recurso ao pensamento tópico revela-se em algumas das passagens mais fundamentais da civilística contemporânea, quando enfrenta ou busca decifrar o significado de valores e os princípios jurídicos de larga extensão, como ferramenta de todo legítima, sobretudo ampliando, em respectiva escala de responsabilidade, o papel da jurisprudência. [...] O apelo ao pensamento tópico, imposto pelo cânones da solidariedade, não pode ser desprezado pelo juiz, escapando dos limites contratuais, especialmente na relação de adesão, em que a vontade contratual é fria e artificial. A solidariedade há de ser posta em experiência, a cada momento da relação jurídica, da pré-contratação à pós-execução.” Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 187.

⁸⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP.** São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016.

⁸⁴³ “O nó a ser desvencilhado para que se possa avançar na promoção da justiça e dos valores constitucionais deslocou-se, assim, para o momento da aplicação do Direito, para o que se poderia apelidar, se tal fosse possível, de um ‘positivismo judicial’. [...] O deslocamento foi radical e parece imprescindível sua rápida identificação, para que se comece, doutrinariamente, a sugerir limites e a indicar possibilidades.” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado.** vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 12. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

⁸⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 459.

conceitos jurídicos que possam causar confusões terminológicas ou tipológicas, a fim de precisarmos, satisfatoriamente, os conceitos aqui defendidos.

3.4.2 DISTINÇÕES CONCEITUAIS PERTINENTES

Esse tópico tem a finalidade de analisar alguns termos e tipos contratuais que podem causar confusão conceitual com os contratos existenciais e contratos de lucro. Dentre os tipos contratuais que podem gerar essa situação, podemos mencionar os contratos empresariais e os contratos de consumo. Veremos que esses termos não se confundem e nem se excluem. Ainda, quanto aos contratos de consumo, teceremos breves comentários sobre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, para também destacar as diferenças para com os elementos do contrato existencial.⁸⁴⁵

Novamente com Antonio Junqueira de Azevedo,

Por contrato empresarial há se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não empresárias ou, como é freqüente, em que somente uma parte não é empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com o intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo, o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.⁸⁴⁶

Neste trecho, que tomaremos como base para este tópico, o professor das Arcadas menciona diversos tipos contratuais, visando alocá-los ora dentre os contratos de lucro, ora dentre os existenciais. Compreendemos, contudo, que algumas distinções devem ser feitas.

Inicialmente, conforme observa Ruy Rosado de Aguiar Júnior, os conceitos de contrato existencial e contrato de lucro não importam numa classificação contratual, a exemplo de contratos onerosos e gratuitos, contratos preliminares e definitivos, solenes ou não-solenes, etc., pois, de acordo com Silvio Rodrigues, não são capazes de “não deixar resíduos”, uma vez que não abarcam todas as espécies contratuais. Vale dizer, há contratos que não poderão ser classificados nem como de lucro, nem como existenciais. A dicotomia aqui estudada importa tão somente em distinção, e não em classificação.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Poderíamos trazer neste tópico, ainda, os conceitos de contratos cativos de longa duração e de contratos relacionais. Optamos, contudo, por abordar esses tipos contratuais no tópico 3.4.4, quando será exposto, finalmente, o(s) modelo(s) de contrato(s) no paradigma pós-social.

⁸⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

⁸⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil.** vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 95.

É importante destacar, ainda, que ora o professor Antonio Junqueira de Azevedo utiliza o termo “contrato empresarial”, ora o termo “contrato de lucro”, conferindo a ambos, contudo, o mesmo significado, qual seja: trata-se de contrato em que as partes contratantes visam ao lucro. Além disso, também afirma, expressamente, que, para a distinção dos contratos de lucro para os existenciais, “O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo.”⁸⁴⁸

Pois bem. Importa, em primeiro plano, a distinção entre contratos de lucro e contratos empresariais. Segundo o art. 966 do Código Civil, empresário é aquele que exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O empresário, por sua vez, pode ser tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica que exerce a *empresa*, atividade econômica organizada.⁸⁴⁹ Os contratos empresariais são assim considerados aqueles contratos celebrados entre empresários (pessoa física ou jurídica), no exercício da atividade empresária. Embora a finalidade costumeira da empresa e, portanto, dos contratos empresariais seja o lucro, nem todo contrato empresarial tem a finalidade de lucro, “[...] como acontece no acordo de acionistas, que é um contrato empresarial, mas pode não ser de lucro (acordo de gestão). E pode haver contrato celebrados entre empresários que não seja contrato empresarial, como na compra e venda de um imóvel.”⁸⁵⁰ O contrato empresarial, portanto, exige dois requisitos: um subjetivo (empresários nos dois polos contratuais) e outro objetivo (celebrado no exercício da empresa). A falta de algum deles descaracteriza-o. No exemplo citado, em que, na compra e venda de um imóvel, apesar de vendedor e comprador serem empresários, a relação jurídica pode não se inserir na atividade empresária. Ainda, o contrato firmado entre o empresário, no exercício da atividade empresária, com um consumidor – portanto, com um não empresário –, que adquire o produto ou serviço, será contrato de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, e não contrato empresarial. O contrato empresarial, portanto, não se confunde com o contrato de lucro, embora as hipóteses geralmente se sobreponham.

Os contratos de lucro, por sua vez, são aqueles em que as partes contratantes celebram o pacto visando benefício econômico. O resultado financeiro final, ainda que traduza prejuízo, não descaracteriza o contrato como contrato de lucro. O contrato de lucro é comumente celebrado entre empresários, mas pode ser também celebrado por não empresário. Ruy Rosado

⁸⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

⁸⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78 e ss.

⁸⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 105.

de Aguiar Júnior traduz segunda hipótese com o contrato celebrado por pessoa física que atua no mercado como investidor ou aplicador de capitais. Para o autor, essas seriam as hipóteses de contrato de lucro: pactos de natureza patrimonial entre empresas no desempenho de sua atividade-fim e o celebrado pelo investidor, pessoa física, no mercado financeiro ou de capital.⁸⁵¹ O elemento subjetivo do contrato de lucro, portanto, pode ser empresário ou não-empresário.

Não concordamos, contudo, com essa concepção restrita que, em suma, admite apenas uma hipótese de contrato de lucro que também não seja contrato empresarial. Acreditamos, seguindo o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, que o contrato de lucro deva ser caracterizado pela *intenção de ambas as partes* em obter benefícios econômicos. Desse modo, também poderá ser considerado como contrato de lucro aquele celebrado entre um não-empresário e um empresário. Imaginemos o contrato de compra e venda de livros jurídicos de uma biblioteca particular, celebrado entre os herdeiros e uma livraria ou sebo jurídico. Nessa hipótese, os herdeiros visam o lucro com a venda dos livros, embora não tenham a venda de livros como atividade empresária. Trata-se, como se vê, de contrato de lucro que não é contrato empresarial, pois uma das partes não é empresária no exercício da atividade. Também pode haver contrato de lucro entre dois não-empresários. Basta pensar no contrato de mútuo feneratício (art. 591 do CC/2002) celebrado entre pessoas que não exercem atividade empresária nesse ramo.

Contratos empresariais e contratos de lucro, portanto, não se confundem. Há contratos empresariais que podem não ser de lucro. Há contratos de lucro que não são empresariais. Ordinariamente, contudo, coexistirão nos casos concretos. Ruy Rosado de Aguiar Júnior menciona, ainda, que, os contratos de lucro são, em regra, paritários, em oposição aos contratos de adesão. Como exceção, o autor volta a mencionar os contratos de aplicação em bolsa de valores, que são de lucro, mas não são negociados.⁸⁵² Ao nosso ver, os contratos de lucro tendem a ser contratos paritários quando também forem contratos empresariais, embora esta não seja uma regra absoluta, tendo em vista as disparidades de poder econômico entre empresas. Por sua vez, contratos de lucro entre dois não-empresários também possuem grandes chances de serem paritários.

⁸⁵¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 103.

⁸⁵² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 103.

Passamo-nos à análise das figuras contratuais paralelas aos contratos existenciais.⁸⁵³ Antonio Junqueira de Azevedo afirma que o contrato existencial é aquele formado por partes não-empresárias ou, o que é mais comum, por uma parte não-empresária, desde que esta não tenha intuito de lucro com o contrato. O professor afirma, categoricamente, que o critério de distinção é essencialmente subjetivo ou, no máximo, subjetivo-objetivo, e então enumera, a título de exemplos, *todos* os contratos de consumo, os contratos de trabalho, de compra e locação da casa própria, etc.

No nosso modesto entendimento, cumpre aqui algumas observações. Inicialmente, vimos que pode haver contrato de lucro entre pessoas empresárias e entre pessoas não-empresárias. A distinção com base unicamente no critério subjetivo se mostra, desse modo, insuficiente. Lembremos que, nos contratos existenciais, podem figurar também as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como avaliou o autor. Ainda, conforme o próprio Antonio Junqueira já observou em outra oportunidade, o contrato existencial deve ser caracterizado como aquele em que a pessoa busca sua subsistência.⁸⁵⁴ Notemos, pois, que em distintos momentos, o professor das Arcadas se refere ao contrato existencial sob distintas perspectivas. Ao nosso entender, como demonstrado no tópico precedente, o que caracteriza o contrato existencial é a *presença* da existencialidade, e não a *ausência* de intuito de lucro. Nesse ponto, devemos concordar com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando afirma que as duas categorias contratuais são balizadas por distintos critérios, de sorte que, em verdade, a correta distinção seria entre *contratos existenciais* e *contratos não-existenciais*, e em *contratos de lucro* e *contratos de não lucro*.⁸⁵⁵ Haverá contratos que não serão nem existenciais, nem de lucro.

Antonio Junqueira de Azevedo, no trecho acima transcrito, concebe o contrato existencial como o contrato de não lucro e, nessa perspectiva, fiel ao raciocínio, elege, como exemplos do primeiro, *todos* os contratos de consumo. Não podemos, contudo, concordar com essa afirmação. Essa concepção caracteriza o contrato existencial pelo elemento negativo, isto é, pelo o que ele não apresenta, que é o lucro. Novamente, compreendemos o contrário, de que o contrato existencial deve ser caracterizado por um elemento positivo, justamente a

⁸⁵³ “O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não empresárias ou, como é freqüente, em que somente uma parte não é empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com o intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo, o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

⁸⁵⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 9, n. 34, abr.-jun./2008. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 304-305.

⁸⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 96-97.

existencialidade. “Os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República.”⁸⁵⁶

Segundo Claudia Lima Marques, atualmente, denominam-se *contratos de consumo* “[...] todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de produtos ou serviços.”⁸⁵⁷ Sinteticamente, portanto, contrato de consumo é o contrato celebrado entre aqueles que preenchem os requisitos do art. 2º do CDC⁸⁵⁸ - consumidor -, por um lado, e do art. 3º⁸⁵⁹ - fornecedor -, por outro.⁸⁶⁰

Como observado no tópico anterior, grande parte dos bens necessários/vitais à subsistência humana são hoje adquiridos por meio de contratos interprivados que, por sua vez, podem corresponder, em sua maioria, a contratos de consumo, porquanto preenchem os requisitos legais para tanto. Por outro lado, os contratos de consumo se referem a todo e qualquer produto ou serviço, não importando a sua qualificação frente à existencialidade, vale dizer, os contratos de consumo não regulam somente os contratos que envolvem bens essenciais à subsistência humana, mas também aqueles supérfluos ou desnecessários. O fato de incidir o CDC, portanto, não tem o condão de qualificar o contrato como existencial.⁸⁶¹

Além de nem todo contrato de consumo ser também existencial, nem todo contrato existencial também será contrato de consumo. Os critérios de conceituação são distintos, podendo conviver sem se excluírem. Exemplifiquemos: a) como contrato de consumo que não seja existencial podemos citar a compra e venda de obras de arte, de joias, etc., enfim, de qualquer produto ou serviço que não seja essencial à subsistência humana, nem à plenitude de sua dignidade/personalidade; b) como contrato de consumo que também seja existencial, basta pensarmos nos contratos de água, esgoto, energia elétrica, compra e venda de alimentos,

⁸⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil.** vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 101.

⁸⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 299.

⁸⁵⁸ “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

⁸⁵⁹ “Art. 3º. Fornecedor é 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 prestações de serviços. §1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁸⁶⁰ Não cabe, neste estudo, a análise aprofundada dos conceitos de consumidor e fornecedor, para o qual se remete à obra MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 297 e ss.

⁸⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil.** vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 102.

vestuários, fármacos, contratos de plano de saúde, etc.; c) por fim, são exemplos de contratos existenciais que não são contratos de consumo o contrato de aluguel – porquanto o STJ reiteradamente decidiu que não incide o CDC nessa relação⁸⁶² -, contrato civil de compra e venda da casa própria no qual o vendedor não se enquadre como fornecedor, etc.

Temos, aqui, uma categoria contratual que não se enquadra nem como existencial nem como de lucro: são os contratos de consumo de produtos ou serviços supérfluos. Ainda, assim como não há uma correlação necessária entre contratos de consumo e contratos de adesão, embora seja comum, também não há correlação entre contratos existenciais e contratos de adesão.

Não há que se confundir a *necessidade* de contratar, ínsita aos contratos existenciais, por dizerem respeito a bens essenciais à subsistência humana, com a *vulnerabilidade* ou *hipossuficiência*, qualidades dos consumidores nos contratos de consumo. O princípio da vulnerabilidade, positivado no art. 4º, inc. I do CDC, é o princípio básico do direito do consumidor, decorrente do natural “[...] desequilíbrio entre os dois agentes econômicos, *consumidor* e *fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si.”⁸⁶³ A noção de vulnerabilidade remete à ideia de fraqueza, de debilidade de um sujeito perante outro numa determinada relação jurídica.

⁸⁶² AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS, MULTA CONTRATUAL E DEMAIS ENCARGOS DA LOCAÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS. 1. (...) 2. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação regido pela Lei n. 8.245/91, porquanto, além de fazermem parte de microssistemas distintos do âmbito normativo do direito privado, as relações jurídicas locatícias não possuem os traços característicos da relação de consumo, previstos nos arts. 2º e 3º da lei 8.078/90. Precedentes. 3. (...) 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.712/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 06/11/2015); AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIADOR. CLÁUSULA EXPRESSA DE RESPONSABILIDADE ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NO CDC. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte de origem consignou no acórdão objurgado que "os fiadores obrigaram-se por todos os encargos assumidos pelo locatário, mesmo diante de uma eventual prorrogação do contrato e sem novo instrumento contratual, pois a fiança prestada não consignou qualquer restrição a respeito, deixando evidente que a solidariedade avençada perduraria até a 'entrega das chaves'". 2. O entendimento do Tribunal local está em consonância com a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a qual estabelece que continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/1916 ou 835 do CC/2002, a depender da época em que firmaram a avença. Precedentes. 3. Não se aplicam ao contrato de locação as normas do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 508.335/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

⁸⁶³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor:** fundamentos do direitos do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61. “A vulnerabilidade é o conceito fundamental do Código que justifica todos os direitos do consumidor e todos os deveres do fornecedor.” Cf. AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

Segundo Claudia Lima Marques, são quatro os tipos de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional. A *vulnerabilidade técnica* relaciona-se com a ausência do conhecimento técnico-científico do consumidor quanto ao produto ou serviço que adquire. A falta deste conhecimento, que o impede de avaliar adequadamente o produto, assim, legitima as normas protetivas do direito consumerista, que têm o fim de compensar a ausência de conhecimento. Normas desse tipo são, por exemplo, as que conferem prazos de garantias para os produtos, notadamente a que posterga o termo inicial da decadência para vícios ocultos (art. 26, §3º do CDC).⁸⁶⁴

A *vulnerabilidade jurídica* é materializada pela presunção de ausência de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia pelo consumidor. O ônus de ter esses conhecimentos é do fornecedor. Essa vulnerabilidade impulsiona os deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, como decorrência da boa-fé objetiva. Essa vulnerabilidade é notada em larga medida nos contratos bancários, onde há excesso de informações técnicas, incompreensíveis pelo consumidor presumidamente leigo.⁸⁶⁵ A terceira espécie é a *vulnerabilidade fática* ou *socioeconômica*. Ao contrário do que ocorre na análise dos dois primeiros tipos de vulnerabilidade, nesta é a posição do fornecedor que será avaliada como parâmetro. Nos dizeres de Claudia Lima Marques,

Sim, há ainda a *vulnerabilidade fática* ou *socioeconômica*, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.⁸⁶⁶

Por fim, há a *vulnerabilidade informacional*, que pode ocorrer em duas frentes: a primeira, quando realmente faltam informações sobre o produto ou o serviço para o consumidor. Seria a ausência de informações. A segunda hipótese seria o oposto, em que há abundância de informações, oferecidas em enorme quantidade, impossibilitando que o consumidor efetivamente tome conhecimento das principais informações do bem contratado. Muitas vezes, essa abundância de informações tem o propósito de desviar a atenção do consumidor do que realmente importa.⁸⁶⁷ Compreendendo a vulnerabilidade informacional como subespécie da vulnerabilidade fática, Bruno Miragem realça o princípio da confiança,

⁸⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 322-325.

⁸⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 325-329.

⁸⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 329-330.

⁸⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 334 e ss.

despertado pela informação. Assim, na atual sociedade da informação, onde as tecnologias da informação e comunicação alcançaram alto estágio de desenvolvimento, “[...] a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados [...]”.⁸⁶⁸

Há, ainda, outros tipos de vulnerabilidades que, por fugirem ao escopo deste trabalho, não é recomendável que nos alonguemos nessa questão. Cita-se, contudo, a vulnerabilidade financeira decorrente de empréstimos (crédito pessoal) e investimentos (captação de poupança)⁸⁶⁹, e as vulnerabilidades política ou legislativa, biológica ou psíquica, e a ambiental.⁸⁷⁰

Quanto à hipossuficiência, um breve comentário. Prevista no art. 6º, inc. VIII do CDC⁸⁷¹, é concebida por Claudia Lima Marques como a “visão processual da vulnerabilidade fática”.⁸⁷² Ao nosso ver, hipossuficiência seria a versão processual de toda e qualquer vulnerabilidade, o que legitima a inversão do ônus da prova em qualquer ocasião, etc. Importa destacar que, apesar de sempre vulnerável, o consumidor, no processo, nem sempre será hipossuficiente, questão a ser decidida à luz do caso concreto.

Observamos que há contratos existenciais que também são contratos de consumo, e há os que não o são. Dentre os primeiros, a parte do contrato existencial de consumo será naturalmente vulnerável, com todas as consequências daí advindas. Dentre os últimos, por não serem contratos de consumo, não há que se falar em vulnerabilidade presumida, nos termos do art. 4º, inc. I do CDC. É de se constatar, contudo, que, no plano material, a parte contratante

⁸⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor:** fundamentos do direitos do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

⁸⁶⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multimídia). **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 98. p. 105-134. Revista dos Tribunais, 2015, p. 03. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 02/02/2016.

⁸⁷⁰ A vulnerabilidade política ou legislativa é identificada em relação ao *lobby* dos fornecedores nas casas parlamentares, pressionando para a aprovação de leis favoráveis ao mercado (vide recente exemplo da “Lei da Terceirização”). A massa dos consumidores, por não possuir organização, é impotente de exercer também esse *lobby*. A vulnerabilidade biológica ou psíquica, por sua vez, identifica-se como a suscetibilidade do consumidor frente às modernas estratégias de *marketing* e publicidade, que atuam na decisão de consumir. Por fim, a vulnerabilidade ambiental seria aquela nos quais os produtos e serviços oferecidos ao consumidor acompanham somente seus benefícios, camuflando os riscos que podem oferecer à saúde e a segurança do consumidor, bem como os danos ambientais causados em sua fabricação e desenvolvimento. Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁸⁷¹ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor. VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

⁸⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 331.

que visa a existencialidade se encontra em situação de inferioridade em relação à outra parte, que visa a patrimonialidade, isto porque a *necessidade* em se contratar, devido à *essencialidade* do bem, acaba por limitar a autonomia privada dessa parte. Essa situação de inferioridade não pode ser confundida com o sentido técnico de vulnerabilidade, embora, no plano dos efeitos, assemelhem-se. No caso concreto, contudo, nada impede que o contratante seja de algum modo vulnerável, ele apenas não o será presumidamente. Por sua vez, a razão da incidência de um regime normativo mais protetivo no contrato existencial se legitima, portanto, pela importância existencial deste contrato para a pessoa humana, e não em razão de uma suposta vulnerabilidade.

Em suma: a) a dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro não pode ser considerada uma classificação, posto que haverá contratos que não se alocarão em nenhum dos conceitos; b) quanto ao interesse, podemos classificar os contratos em contratos existenciais e contratos não-existenciais, sendo que, nesta segunda hipótese, encontram-se também os contratos de lucro; c) quanto à finalidade, podemos classificar os contratos em contratos de lucro e contratos de não lucro, sendo que, nesta segunda hipótese, encontram-se os contratos existenciais; d) contratos de lucro não se confundem com contratos empresariais; e) contratos empresariais são os celebrados entre sujeitos empresários, no exercício da atividade empresária; f) contratos de lucro são aqueles em que ambas as partes almejam benefício econômico; g) geralmente, os contratos empresariais são também contratos de lucro, embora possa haver um sem o outro; g) contratos existenciais não se confundem com contratos de consumo; h) contratos de consumo são os celebrados entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços; i) contratos existenciais são aqueles em que ao menos uma das partes visa a sua subsistência e/ou vida digna; j) contratos existenciais podem ser também contratos de consumo, embora possa haver um sem o outro.

Tendo estabelecido essas diferenças conceituais importantes, passamo-nos agora à análise dos princípios contratuais aplicados à dicotomia em questão.

3.4.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS APLICADOS AOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E AOS CONTRATOS DE LUCRO

Sob o fundamento da intangibilidade da vida humana, as relações jurídico privadas “cedem” ao valor superior da dignidade, que norteará a interpretação, integração e construção dos modelos contratuais, de modo que a visão utilitarista do empreendimento comercial deverá ser mitigada frente à posição de determinado contratante (consumidor, utente, empregado,

inquilino).⁸⁷³ O “homem econômico” deve servir ao “homem existencial”⁸⁷⁴, numa verdadeira funcionalização da liberdade contratual à legalidade constitucional.⁸⁷⁵

Por ter como fundamento a intangibilidade da vida humana e como escopo a proteção e promoção de sua dignidade/personalidade, o contrato existencial reclamará maior incidência dos princípios contratuais sociais; por sua vez, pela primazia dos interesses patrimoniais, os contratos de lucro sofrerão incidência mais forte dos princípios liberais.⁸⁷⁶

Em conclusão parecida, Alterini e Cabana distinguem três tipos de contratos: a) os megacontratos, que têm por características uma celebração precedida de importantes tratativas e que, geralmente, têm larga duração e são perpetuamente negociáveis. Tratam-se dos contratos empresariais relacionais paritários, nos quais ambas as partes possuem igualdade de condições; b) os contratos celebrados entre profissionais com particulares, nos quais ainda sobreleva reconhecer o *status* e, por isso, estarão sujeitos com maior intensidade à ordem pública, com especial relevo da solidariedade; c) os contratos intermediários, situados entre os dois extremos, nos quais, de acordo com o caso concreto, pode prevalecer a discricionariedade negocial, com a consequente eficácia plena dos pactos, ou pode prevalecer a justiça distributiva como meio de

⁸⁷³ “Há, na realidade, pressuposto intransponível que explicita a deontologia de tão relevante princípio. E é justamente esse pressuposto que informa, constrange, fundamenta o cunho *existencial* dos contratos privados existenciais: a *intangibilidade da vida humana*. [...] Os contratos existenciais cumprem utilmente a tarefa de desenvolvimento da pessoa, porque modelo destinado a determinado fim, *in casu*, a intangibilidade da pessoa, do mínimo existencial, dos direitos fundamentais.” Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 12-20.

⁸⁷⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 246. Maria Celina Bodin de Moraes alerta para o fato de que, enquanto que a autonomia privada patrimonial encontra-se pacificamente funcionalizada, instrumentalizada, submetida à satisfação de interesses superiores, a autonomia privada existencial ainda se encontra indefinida, não suficientemente estudada e afirmada, o que gera insegurança jurídica. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 08. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

⁸⁷⁵ “Reconhecida, atualmente, a funcionalização da liberdade contratual à legalidade constitucional, a necessidade de criar novas categorias surge como decorrência do papel que estas desempenham na delimitação da fronteira entre o uso e o abuso desta liberdade contratual. Uma tarefa que exige do operador jurídico capacidade para lidar com diferenciações formuladas a partir de elementos externos à estrutura contratual, abstratamente considerada.” Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 298.

⁸⁷⁶ “A complexa e dinâmica realidade contratual contemporânea tornou insuficientes algumas categorias contratuais, nomeadamente aquelas concernentes aos contratos de adesão e paritários, além dos contratos comuns, em contraposição àqueles de consumo. Além disso, constata-se que determinados contratos, com espeque na qualidade de pessoa natural de um de seus integrantes, impõem atenção e proteção especial, o que não se justifica na seara dos negócios jurídicos contratuais celebrados entre pessoas jurídicas que visam o lucro, sem qualquer condão de hipossuficiência.” Cf. MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 296.

restituir o equilíbrio negocial, em razão da debilidade de alguma das partes, sob o fundamento da ordem pública econômica de proteção. Nos dois extremos, a perspectiva da justiça se distingue: nos contratos entre iguais, a justiça consistirá na observância estrita do pactuado (*pacta sunt servanda*), em clara homenagem à autonomia privada; nos contratos entre desiguais, busca-se a manutenção do equilíbrio contratual, em homenagem à solidariedade social.⁸⁷⁷

Haverá uma graduação de intervenção estatal – legislativa e judiciária -, portanto, a depender do tipo contratual em análise no caso concreto, o que leva, como consectário lógico, a uma graduação de incidência dos princípios contratuais sociais. Todos os princípios – função social, boa-fé objetiva e justiça contratual – continuam a incidir em todas as relações jurídico-privadas. A força dessa incidência, contudo, dependerá do tipo contratual. Como uma escala, podemos afirmar que os princípios sociais terão mais força quanto mais existencial for o contrato, e menos força quando tratar-se de contratos de lucro paritários. Inversamente, por sua vez, a autonomia privada terá mais poder quando se tratar de contratos de lucro paritários, e será mais limitada quanto mais existencial for o contrato.⁸⁷⁸ Nesse sentido, assim se manifestou Antonio Junqueira de Azevedo,

A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do CC/2002, tem um primeiro nível, negativo e elementar, *comum a todo e qualquer contrato*, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, varia conforme o tipo de contrato. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de “contratos existenciais” (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os “contratos empresariais”. Essa nova dicotomia, que defendemos, “contrato existencial/contrato empresarial”, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da freqüência 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.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷ ALTERINI, Atílio A; CABANA, Roberto M. López. **La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 77-80.

⁸⁷⁸ “Em perspectiva internacional, os grandes contratos comerciais representam situações contratuais especificamente representativas do estágio atual da economia de mercado e das necessidades de seus agentes. Nesses acordos, em geral, a presença de um disciplinador público externo, com poderes específicos de intervenção na economia interna dos pactos é perfeitamente dispensável, uma vez que não existe uma área de atuação do resguardo do interesse pessoal dos contratantes a ser preservada, não havendo uma proteção inter-partes a ser estimulada. Um contratante não tem que ser protegido em função do outro e o Estado não precisa interceder para equilibrar as posições contratuais. No entanto, a proteção deve passar a ocorrer em favor de outras categorias jurídicas, como os consumidores, o meio ambiente, etc.” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 569.

⁸⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 6, p. 1187, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 05/02/2015, p. 11-12.

Essa também é a constatação de Marco Fábio Morsello, para quem os contratos existenciais impõem ao hermeneuta, na operação de ponderação, “[...] maior densidade na aplicação dos denominados princípios sociais do contrato, quando cotejados com a autonomia privada.” Por sua vez, nos contratos de lucro, principalmente nos interempresariais, “[...] a autonomia privada terá maior peso e interesse quando sopesada com os demais princípios, nomeadamente sociais, que, embora não elididos, terão aplicação em menor grau, sob pena de obstaculizar o tráfego contratual, com efeito *spreading* indevido para o corpo social.”⁸⁸⁰

O operador jurídico deve ter consciência de que, no momento vivente, o termo “contrato” pode representar situações muito díspares, cada uma a receber um tratamento normativo-principiológico distinto.⁸⁸¹ Compreender a diferença de regimes contratuais é compreender o “jogo de forças” presente no ordenamento e ter ferramentas para operacionalizar as distintas situações concretas postas ao jurista contemporâneo.

Importante perceber que os autores do direito empresarial, por ocasião da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, elaboraram enunciados visando clarificar essa dicotomia contratual, “blindando” os contratos empresariais (de lucro, na nossa dicotomia), das influências solidaristas e do intervencionismo estatal. Destacam-se, entre os enunciados, os seguintes:

Enunciado 20. “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.”; Enunciado 21. “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”; Enunciado 28. “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.”

⁸⁸⁰ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

⁸⁸¹ “Na linha exposta acima, por envolver interesses extrapatrimoniais, amparado na funcionalização do direito, possuem a notável função social, fundamental no ordenamento e na sociedade, de proteção e promoção da dignidade e da personalidade da parte contratante, razão pela qual devem submeter-se a um regime normativo ainda mais limitador da autonomia privada, bem como será legítima a atuação do juiz, no caso concreto, de preservação ou revisão do contrato, para garantir o adimplemento em favor da parte que almeja a prestação dita por essencial/existencial, de modo que as situações existenciais devem se sobrepor às patrimoniais.” Cf. BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil.** vol. 6, out.-dez./2015, p. 69-94. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf> Acesso em 08/03/2016, p. 90.

Percebemos que o objetivo comum aos três enunciados é a valorização da autonomia privada dos contratantes face aos princípios solidaristas: evita-se o Código de Defesa do Consumidor, que é norma de ordem pública, mitiga-se o dirigismo contratual e tornam rígidas as hipóteses de anulação e revisão contratual. Com efeito, são proposições adequadas aos contratos de lucro, mas não aos contratos existenciais: os interesses a serem protegidos são diversos.

Vimos que o paradigma solidarista dos contratos foi marcado por um forte dirigismo contratual, no ambiente de plena funcionalização das relações privadas em prol de interesses sociais. O fenômeno aqui é distinto. Em razão do antagonismo ideológico e político presentes no ordenamento, no Estado e na sociedade, cumpre distinguir as duas funcionalizações a que estão submetidas o contrato. Enquanto que os contratos empresariais e de lucro atuam de acordo com a racionalidade econômica, podemos afirmar, simplificadamente, que sua função social está em operacionalizar o mercado, contribuindo para a circulação, produção, acúmulo e distribuição de riquezas. Nesse sentido, princípios como justiça contratual e boa-fé objetiva, ainda incidentes, devem se adaptar às exigências do mercado, à *lex mercatoria*. A primazia do mercado, contudo, não é absoluta: encontra-se conformado pelos princípios da ordem econômica e social estabelecidos na Constituição Federal. Não se trata de livre mercado, como no primeiro paradigma, mas de mercado regulamentado – ordoliberalismo -, como se percebe pelas normas de proteção da concorrência, combate aos monopólios, etc.⁸⁸²

Por sua vez, os contratos existenciais possuem função social oposta: não se voltam ao bom funcionamento do mercado, mas sim ao acesso a bens fundamentais/essenciais à vida digna, às condições mínimas de liberdade, à proteção e promoção da personalidade, etc. Enquanto os contratos de lucro cumprem sua função quando geram riqueza, os contratos existenciais a cumprem quando propiciam real dignidade e liberdade à parcela débil da população. Os primeiros preocupam-se com a liberdade de propriedade e de contratar; os segundos, com as liberdades positivas, de ter moradia, ter alimentação, educação, saúde, etc. Nesses últimos casos, portanto, princípios da boa-fé objetiva e justiça contratual devem se adequar ao programa axiológico constitucional, relegando o mercado à segundo plano. Não se trata de sufocamento da liberdade individual ou da autonomia privada, mas de balanceamento,

⁸⁸² [...] tal entendimento, em nenhum momento, equivale a preconizar no âmbito de um capitalismo selvagem, felizmente superado, pelo *survival of the fittest*, mas atentar para dicotomia contemporânea, em que na seara interempresarial, com escopo de lucro, a aplicação dos princípios sociais, embora não elidida, poderá ser mitigada, quando cotejada com os negócios jurídicos existenciais.” Cf. MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 304.

a depender do escopo contratual (CF/88, art. 170: harmonização da livre iniciativa com a justiça social).

Nesse sentido, os contratos existenciais exigem ampla atuação dos deveres anexos da boa-fé objetiva, em sua função integrativa, principalmente os de informar e assistir, em decorrência da importância da prestação para uma das partes, o que exige maior dever de cuidado pela outra. Nos contratos de lucro, por sua vez, persistem esses deveres anexos, mas ganha destaque, também, o dever de se informar. Em sua função interpretativa, a boa-fé atua com mais rigor nos contratos existenciais do que nos de lucro, quanto à consideração das cláusulas abusivas, limitando em maior medida, nos primeiros, a força obrigatória dos pactos. Quanto à função de controle, a boa-fé objetiva incide como importante limite à autonomia privada do fornecedor de produtos ou serviços essenciais, em combate ao abuso de direito da posição contratual privilegiada. Nos contratos de lucro, as funções interpretativas e de controle cingem-se mais à análise da observância ou não das normas de ordem pública pelos contratos privados, privilegiando a autonomia privada das partes.

Quanto ao princípio da justiça contratual, constatamos, acima, que esse princípio atua, principalmente, de forma negativa, evitando-se graves injustiças.⁸⁸³ Enquanto limite negativo à autonomia privada, o princípio da justiça contratual deve ser concretizado pela via hermenêutica, no caso concreto. Dito isto, é evidente que, em se tratando de contratos existenciais, os limites hermenêuticos para a constatação da grave injustiça devem ser mais rígidos do que para os contratos de lucro. Vale dizer, enquanto que o princípio da justiça contratual evita graves injustiças no contrato de lucro, não se exige que a injustiça, no contrato existencial, seja “tão grave assim”. Nessa toada, institutos voltados à preservação da justiça contratual devem ser interpretados distintamente para cada tipo contratual, a exemplo dos vícios genéticos (vícios da vondade: lesão e estado de perigo) e dos vícios por causas supervenientes (onerosidade excessiva). Os requisitos dos artigos 317 e 478 do Código Civil devem ser mais rígidos para a revisão do contrato de lucro do que para a revisão do contrato existencial, de modo a se incentivar a conservação dos negócios jurídicos existenciais, com uso de institutos como o adimplemento substancial.

O princípio da função social dos contratos, por sua vez, encontra amplo espaço de atuação nos contratos existenciais. Por exercer notável função social de proteger e promover a dignidade/personalidade humana, o contrato existencial merece ampla tutela estatal. Privilegia-

⁸⁸³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295-297.

se ainda mais as teorias objetivistas da vontade, que valorizam a aparência.⁸⁸⁴ Enquanto contrato que envolve bem essencial à vida digna, na medida em que se mostra uma *necessidade vital*, ganha relevo a *confiança contratual* enquanto fundamento da intangibilidade do contrato⁸⁸⁵, o que reflete, por exemplo, na licitude de rescisões unilaterais. No caso concreto, a hermenêutica judicial deve privilegiar as interpretações que, baseadas na confiança despertada em razão de vontades exteriorizadas, causem *impressão do destinatário*⁸⁸⁶ dos bens essenciais. Na divergência entre vontade interna e vontade exteriorizada, deve prevalecer aquela que, no caso concreto, melhor satisfaça os interesses existenciais, em razão de ser exatamente esta a função social desses contratos. Ainda, ganha destaque a eficácia externa da função social, na hipótese de “tutela externa do crédito”. Com efeito, enquanto que o “crédito” reveste-se de especial relevo, por dizer respeito não a interesse patrimonial, mas a interesse existencial, a sua tutela externa deve ser majorada, realçando o dever geral de abstenção, isto é, o dever da coletividade de não interferir negativamente na relação jurídica existencial. Aqui, mitiga-se ainda mais o princípio clássico da relatividade dos efeitos contratuais.

Segundo Marco Fábio Morsello, essa maior incidência dos princípios solidaristas no contrato existencial se dá em razão do princípio da proteção à parte mais fraca, em consonância com a ordem pública de proteção. Vale dizer, o autor considera que, nos contratos existenciais, uma das partes é naturalmente mais fraca, o que implica na incidência do princípio do *favor débil*.⁸⁸⁷

Nessa perspectiva, cabe mencionar a teoria dos paradigmas decisionais, de Ricardo Luis Lorenzetti. Para o autor argentino, o paradigma da decisão judicial se revela um “modo de ser e de pensar”, uma “ideologia” que pré-condiciona a decisão, comportando-se “[...] com um objetivo a alcançar por quem toma a decisão.”⁸⁸⁸ São seis os paradigmas: “de acesso aos bens jurídicos primários”, “protetivo”, “coletivo”, “consequencialista”, “do Estado de Direito Constitucional” e “ambiental”.

⁸⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37 e ss.

⁸⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52-55.

⁸⁸⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**: as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 243.

⁸⁸⁷ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 305.

⁸⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 163.

O “paradigma de acesso aos bens jurídicos primários” protege os sujeitos de direitos excluídos, e tem como fundamento constitucional a igualdade substancial, por sua vez alcançada por meio do acesso aos bens jurídicos primários, como os novos direitos fundamentais de acesso à moradia, à água potável, ao mercado, etc. Essa visão de mundo abandona a neutralidade a respeito do mercado e inclina-se a intervir em qualquer tipo de relação, priorizando os resultados em relação às formas. Utiliza-se noções de justiça material, e não meramente formal.⁸⁸⁹ O “protetivo” tutela os vulneráveis e relaciona-se com o “paradigma do acesso”. Enquanto que este concentra-se em quem está excluído do mercado e do direito (umbral jurídico), aquele se refere ao sujeito já inserido no mercado, porém em condição de vulnerabilidade. Seu princípio estruturante é o da proteção à pessoa, e tem como fundamento constitucional também a igualdade. Voltado à concretização dos direitos humanos, busca-se a justiça material, priorizando o resultado em relação às formas. Releva, aqui, o princípio de interpretação em favor do devedor, o *favor debilis*, em favor do consumidor e, por fim, em favor do indivíduo particular (pessoa concreta situada).⁸⁹⁰ O “paradigma coletivo”, por sua vez, destaca as relações grupais e os bens coletivos, podendo coincidir com os dois paradigmas anteriores, mas também podendo entrar em conflito, quando os direitos individuais por ele protegidos lesionem bens coletivos. Visa à proteção da esfera social, pressuposto da convivência, donde sobreleva o meio ambiente, o direito de concorrência, a proteção dos usuários e dos consumidores, o tratamento antidiscriminatório, a informação, saúde, etc. Mostra clara influência do solidarismo social e jurídico.⁸⁹¹

O “paradigma consequencialista” contrapõe-se ao “paradigma protetivo”. Enquanto este provoca o aumento dos direitos, aquele acentua os deveres, os limites. Esse paradigma sustenta que a aplicação ilimitada dos direitos individuais, somada à desconexão entre público e privado, gera uma tensão elevada, prejudicial à vida em sociedade. Apesar de se assemelhar em alguns pontos ao “paradigma coletivo”, esse modelo parte dos efeitos das ações particulares para o coletivo, ao contrário do outro. Por privilegiar as consequências das decisões, este paradigma incorpora critérios econômicos e sociológicos às tomadas de decisão. Critica o protecionismo irresponsável.⁸⁹² Este paradigma encontra guarida, ao nosso ver, na análise econômica do

⁸⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 230 e ss.

⁸⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 251 e ss.

⁸⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 270 e ss.

⁸⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 305 e ss.

direito. O “paradigma do Estado de Direito Constitucional” compreende o direito como um limite entre o público e o privado. Prestigia a descentralização do poder, relegando à sociedade civil a tomada de decisões. Volta-se aos direitos humanos como acordo prévio à constituição do Estado, à Constituição como limite das decisões e a valorização da justiça local. Trata-se de um paradigma proceduralista, que confere maior importância ao modo de tomada de decisão, relegando a segundo plano o resultado final. Coaduna-se com a argumentação e com a democracia participativa.⁸⁹³ Por fim, o paradigma ambiental, ainda recente e em processo de amadurecimento, deve ser considerado como um metavalor a influenciar os paradigmas anteriores. Enquanto que os anteriores partiam do homem, individual ou coletivo, sendo portanto modelos antropocêntricos, o paradigma ambiental considera a própria natureza como sujeito de direitos e, desse modo, revela-se um modelo geocêntrico. Reconhece função ambiental aos direitos individuais, conferindo novos limites às situações patrimoniais. Baseia-se numa concepção holística não da sociedade, mas do meio ambiente como um todo, do globo.⁸⁹⁴

Segundo Lorenzetti, o modelo ideal de decisão é aquele que consegue harmonizar todos os seis paradigmas. Os paradigmas não podem ser ignorados ou suprimidos. Enquanto que os três primeiros paradigmas – acesso, protetivo e coletivo - se inclinam pela intervenção paternalista, privilegiando resultados antes que as formas, os paradigmas consequencialistas e do Estado de Direito Constitucional (procedimentalista) conferem maior importância aos meios frente aos resultados, privilegiando as consequências e o procedimento das decisões, e não seus resultados imediatos. O último paradigma, ambiental, deve ser considerado em todos os demais. Lorenzetti afirma, então, que no caso de colisão de paradigmas no caso concreto, deve o juiz perpassar por dois passos: explicação, quando expõe o paradigma adotado e o objetivo a ser alcançado, e a harmonização, que leva em conta o modelo de democracia deliberativa.⁸⁹⁵

Aplicando a teoria dos paradigmas decisionais ao objeto deste estudo, podemos antever, claramente, que, quando se tratar de contratos existenciais, o julgador deve pautar-se, preferencialmente, pelo paradigma do acesso e pelo paradigma protetivo, por conferirem maior importância ao resultado, posto que, no caso, o resultado é a garantia de vida digna. Por sua vez, quando se tratar de contratos de lucro, em que sobreleva em importância o normal

⁸⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 322 e ss.

⁸⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 340 e ss.

⁸⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 164.

funcionamento do mercado, o julgador deve pautar-se, em regra, pelo paradigma consequencialista, sem que haja interferências excessivas nos pactos privados, evitando consequências negativas posteriores. Importa ressaltar, na esteira de Lorenzetti, que os paradigmas não podem ser tomados isoladamente, mas sempre em conjunto, embora prevaleça, ora um, ora outro, na solução concreta.

Para que compreendamos adequadamente a “gradação principiológica” entre contratos existenciais e contratos de lucro, importante que analisemos alguns exemplos jurisprudenciais, que propiciarão concretude à dicotomia aqui analisada.

3.4.4 A CONCRETUDE DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS NOS EXEMPLOS JURISPRUDENCIAIS

Como pontuou Antonio Junqueira de Azevedo, a distinção entre contratos existenciais e de lucro é operacional, e visa harmonizar o direito, a política e a economia. Ainda que pouco difundida, os efeitos dessa dicotomia podem ser observados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STJ, utilizando os termos de busca “contrato existencial” e “contratos existenciais”, encontramos apenas um (01) julgado que o utiliza expressamente. No entanto, podemos encontrar diversos outros julgados, principalmente em relações de consumo, que fundamentam a decisão protetiva ao consumidor “em razão dos elementos do caso concreto”, “em razão da importância dos interesses do caso”, que, na maioria das vezes, percebemos se tratar de contratos de consumo existenciais. Nesse sentido, constatamos que, embora não se utilize o termo “contrato existencial”, algumas decisões conferem “proteção especial” ao consumidor exatamente por se tratar de contrato existencial.

Inicialmente, cumpre destacar importante acórdão do STJ em sede de recursos repetitivos, ainda sob o fundamento do art. 543-C do CPC/73, da lavra do então Min. Luiz Fux.⁸⁹⁶ Embora tenha tratado de matéria tributária, correção monetária, entre outras questões estranhas ao mérito deste estudo, o julgado abordou a alegação de julgamento extra ou ultra petita em pronunciamento judicial que manifeste sobre questões de ordem pública sem que tenha havido pedido expresso do autor, concluindo que a regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença é decorrência do princípio dispositivo e, deste modo, não se aplica quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que

⁸⁹⁶ STJ, REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

ocorre com as matérias de ordem pública. E aí exatamente o que nos interessa, o julgado ofereceu o seguinte rol exemplificativo destas matérias: a) cláusulas contratuais abusivas (CDC, arts. 1º e 51); cláusulas gerais (CC, art. 2035 p. ú.) da função social do contrato (CC, art. 421), da função social da probiedade (CF, art. 5º, inc. XXIII e art. 170, inc. III, e CC, art. 1228, §1º), da função social da empresa (CF, art. 170, CC, arts. 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC, art. 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC, art. 166, inc. VII e art. 167), entre outros.

Neste raciocínio, que compreende as cláusulas gerais por meio das quais se positivaram princípios contratuais solidaristas, poderíamos ainda incluir como matéria de ordem pública a cláusula geral do princípio da justiça contratual (CC, arts. 317 e 478). Sendo matérias de ordem pública, portanto, o juiz deve se ater atentamente ao contrato *sub judice* para verificar se estão atendidos tais princípios ou, de outro modo, para verificar se tais mandamentos não se encontram violados. Com efeito, essa análise material do atendimento aos princípios contratuais solidaristas deverá ser levada a cabo em todo e qualquer contrato. O rigor desta análise, contudo, dependerá do tipo contratual: será mais rígida quanto aos contratos existenciais, e mais maleável quanto aos contratos de lucro.

Na exata linha do que foi exposto até agora, em recente acórdão da lavra do Min. Luis Felipe Salomão – o único a utilizar o termo “contratos existenciais” -, o Superior Tribunal de Justiça, em dezembro de 2016, afirmou expressamente que os contratos e seguros de plano de saúde são considerados contratos existenciais, por terem como objeto bem de natureza essencial à manutenção da vida e da dignidade humana, de modo que o atributo econômico deveria sofrer ponderações em face do valor da vida humana. O caso concreto julgou ilegal e abusiva a negativa de cobertura, pelo plano de saúde, de numerário essencial de bolsas de sangue para preservar a saúde e a vida do paciente. O STJ entendeu que a opção pelos procedimentos e a técnica a serem utilizadas no tratamento de saúde cabe ao médico especialista, sendo abusiva, portanto, cláusula contratual que previamente fixasse o limite de bolsas de sangue.⁸⁹⁷

⁸⁹⁷ RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC/1973. PLANOS DE SAÚDE. ASSOCIAÇÕES. LEI N. 9.656/1998. INCIDÊNCIA. BOLSAS DE SANGUE NECESSÁRIAS A TRATAMENTO MÉDICO. COBERTURA DO TRATAMENTO PELO PLANO. LIMITAÇÃO DA QUANTIDADE DE BOLSAS. IMPOSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO DE PENALIDADE EM SEDE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIABILIDADE. 1. (...) 2. Nos termos do art. 1º da Lei 9.656/98, os planos privados de assistência à saúde consistem em prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde. 3. As normas da Lei 9.656/98 são aptas a regular as relações havidas com a entidade que se propõe à atividade de assistência à saúde suplementar, independentemente da natureza jurídica sob a qual se constitui: autogestão, filantrópica, sociedade empresária, medicina de grupo. 4. É ilegal e abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de bolsas de sangue em número considerado essencial para preservar a saúde e a vida do paciente, uma vez que a opção pelos procedimentos e técnica a serem utilizados no tratamento de saúde cabe ao médico especialista. 5. Os contratos e seguros de plano de saúde são considerados existenciais, por terem como objeto bem de natureza essencial à manutenção da vida e ao alcance da dignidade, e, por esse motivo, o atributo econômico, presente

Percebemos que, em razão do caráter existencial do contrato, que envolve o direito fundamental social à saúde, a interpretação da cláusula contratual favoreceu a proteção e promoção deste interesse existencial, e não do interesse patrimonial que subjaz ao plano de saúde. Trata-se de exemplo de despatrimonialização do direito civil, de funcionalização dos interesses patrimoniais em prol da primazia dos interesses existenciais.

Com efeito, a grande maioria dos julgados que tratam de “ponderações” entre interesses patrimoniais e interesses existenciais têm como caso concreto alguma controvérsia envolvendo contratos de planos e seguros de saúde, em que há alguma negativa de cobertura.⁸⁹⁸ O importante é compreender que a justificativa para essas ponderações não se dá por serem esses contratos qualificados como contratos de consumo; se assim o fosse, qualquer outro contrato de consumo seria merecedor do mesmo raciocínio. Embora não seja expresso, essas ponderações ocorrem porque se tratam de contratos de consumo existenciais, e não meramente patrimoniais. A hermenêutica protetora, portanto, tem seu fundamento na existentialidade presente no contrato, e não em sua qualididade consumerista. Passamos a alguns exemplos.

Em julgado do ano de 2002, o STJ firmou entendimento, em sede de uniformização interpretativa, de que é abusiva, nos termos do art. 51, inc. IV, do CDC, a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. O fundamento desta interpretação se deu em razão da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável – leia-se “essencial” – e da vedação de restringir-se, em contrato, direitos fundamentais e “regra de sobredireito”, contida no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo a qual o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁸⁹⁹ É possível depreender o seguinte entendimento deste julgado: a autonomia privada dos contratantes não tem o condão de restringir, de modo desarrazoado, direitos fundamentais. Os direitos fundamentais incidem como verdadeiros limites à autonomia privada e, desse modo, notamos sua incidência imediata nas relações privadas, sem que seja necessário legislação infraconstitucional garantindo sua inviolabilidade.

Em outubro de 2016, o STJ, em acórdão da lavra do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, analisou a licitude da exigência de cumprimento de carência de ex-dependente de plano coletivo

em qualquer relação negocial, pode e deve sofrer ponderações razoáveis em face do valor da vida humana. 6. (...) 7. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1450134/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/12/2016)

⁸⁹⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**. vol. 940/2014, p. 49, fev./2014. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/08/2014, p. 13.

⁸⁹⁹ STJ, REsp 251.024/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002, p. 270

empresarial, extinto em razão da demissão sem justa causa do titular, ao contratar novo plano de saúde, na mesma operadora, porém em outra categoria. De acordo com o art. 30, §§1º e 2º da Lei 9.656/1998, nos casos de demissão sem justa causa, a operadora do plano de saúde deve facultar ao trabalhador e a seus empregados, pelo período mínimo de 06 (seis) e máximo de 24 (vinte e quatro) meses a permanência no plano, desde que arquem integralmente com as mensalidades. Observou-se que, em regra, não há abusividade ou ilegalidade na fixação de prazo de carência, desde que respeitados os limites legais, posto que prazo para manutenção do saldo positivo do fundo comum para o custeio dos serviços médico-hospitalares, o que visa a conservação do próprio plano de saúde (função social da empresa). Na hipótese do trabalhador demitido sem justa causa, ou aposentado, para que ele e seus dependentes não fiquem sem proteção à saúde, a Agência Nacional de Saúde (ANS), em atendimento à função social do contrato, editou, nos termos do art. 7º-C da RN nº 186/2009, norma que dispensa o ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vinculados ao plano de novos períodos de carência, em caso de contratação de novo plano, seja qual for a modalidade, desde que a transferência seja pleiteada no prazo legal. O STJ negou provimento ao recurso, compreendendo que a exigência de novos prazos de carência é ilegal e abusiva, por desprestigar a função social dos contratos de plano de saúde, que por sua vez limita o próprio direito fundamental à saúde.⁹⁰⁰ Prevaleceu, novamente, a proteção das situações existenciais frente às patrimoniais.

Em novembro de 2015, o STJ, sob relatoria do Min. Raul Araújo, considerou que, excepcionalmente, admite-se a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, mesmo uma delas não sendo tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, nos casos em que a vulnerabilidade desta, em relação à outra, for evidente. O caso concreto envolveu contrato coletivo de saúde firmado por pessoa jurídica, que possui como beneficiários apenas três pessoas, familiares do sócio. Em razão da aplicabilidade do CDC, configurou-se a impossibilidade da rescisão unilateral do contrato, por violação à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao princípio da razoabilidade.⁹⁰¹ Cabe refletirmos se essa decisão, implicitamente, considerou o contrato coletivo de saúde, entre duas pessoas jurídicas, como contrato existencial. Inicialmente, cumpre observar que, caso utilizássemos somente o critério subjetivo, como indicado por Antonio Junqueira de Azevedo, a resposta seria prontamente

⁹⁰⁰ STJ, REsp 1525109/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016.

⁹⁰¹ STJ, AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015.

negativa, tendo em vista ambas as partes contratantes serem empresários. Devemos considerar o aspecto objetivo do contrato, isto é, sua finalidade, sua razão de ser. Devemos nos atentar às particularidades do caso e, assim, observamos que o contrato coletivo em questão visa beneficiar, em verdade, apenas 03 (três) pessoas, todas familiares do sócio. O interesse existencial, aqui, sobrepõem-se ao patrimonial: a razão da contratação coletiva foi proporcionar adequado plano de saúde aos familiares, e não a obtenção de lucro, ainda que se possa falar de “economia”. O aspecto existencial do contrato coletivo de saúde, neste caso, prevalece ao patrimonial. Entendemos, portanto, que, ao lado da evidente vulnerabilidade de uma pessoa jurídica em relação à outra, o fundamento da existencialidade do referido contrato poderia ter sido utilizado no julgamento do caso para considerar abusiva a rescisão unilateral.

Claudio Luiz Bueno de Godoy, em obra publicada no ano de 2007, realizou análise muito semelhante, observando que pacificou-se o entendimento jurisprudencial acerca da abusividade do limite temporal para internação em casos de urgência e pelo alargamento injustificado de prazos de carência, fato que promoveu, inclusive, alteração legislativa. Segundo o autor, os julgados que firmaram estes entendimentos, mesmo sem dizer expressamente que julgavam de acordo com a função social dos contratos, utilizavam termos como “finalidade” ou “natureza” do contrato, para fundamentar a decisão pela abusividade das referidas cláusulas. O autor conclui, então, que esses julgados, em verdade, tinham por fundamento implícito a função social dos contratos.⁹⁰²

Concordamos com o autor, mas ainda temos algo a acrescentar. Sem dúvida alguma, os julgados que alegavam a “finalidade” ou a “natureza” dos contratos de saúde, para que pudessem considerar ilícitas ou abusivas as cláusulas que prejudicavam o próprio direito à saúde em prol dos interesses patrimoniais, tinham por base a importante “função social” desses contratos, que se refere à proteção e promoção de um direito fundamental básico. Contudo, pensamos ser necessário, ainda, qualificar essa função social: dizer que algum contrato possui função social, atualmente, é incorreto em redundância, nos termos do art. 421 do CC. Como apontamos acima, tanto os contratos de lucro como os contratos existenciais exercem função social, cada qual uma determinada função social. Nos casos de contratos de saúde, portanto, devemos ter consciência de que sua função social consiste em proteção e promoção do interesse existencial à saúde. Desse modo, podemos entender que, em verdade, aqueles julgados que se referiam à “finalidade” ou “natureza” dos contratos de saúde, embora não o fizessem

⁹⁰² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176-178.

expressamente, estavam a fundamentar suas decisões tendo em vista a existencialidade presente nesses contratos.

O próprio Claudio Luiz Bueno de Godoy, em recentes julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), tem utilizado expressamente o termo “contrato existencial” para fundamentar distintas situações envolvendo direito à saúde e contratos de planos e seguros de saúde. Vejamos alguns exemplos: a) em razão da natureza existencial da cobertura pretendida, foi concedida antecipação de tutela para obrigar a ré, empresa de saúde, a autorizar a realização do exame de *“Enterografia por TC”* e análise molecular do DNA. No caso concreto, o contrato previa cláusula que limitava a cobertura somente para os procedimentos constantes do rol da ANS, o que não era o caso dos exames pretendidos. Considerou-se abusiva esta cláusula por excluir da cobertura os avanços da ciência médica, que podem favorecer o saúde dos segurados. Não seria abusivo excluir determinados exames ou procedimentos, mas é abusivo excluir, previamente e em tese, os novos exames e procedimentos desenvolvidos após a celebração do contrato e ainda não constantes do rol da ANS, que deve ser interpretado como simple referência⁹⁰³; b) por se tratar de contrato de saúde e, portanto, “[...] de evidente natureza existencial, ou não empresarial, classificação que hoje assume papel relevante, inclusive, para adequado manejo da disciplina normativa contratual, tomado o bem da vida subjacente ao ajuste, qual seja, o atendimento à saúde do consumidor [...]”, a hipótese de resolução automática do contrato se encontra afastada pela letra expressa do art. 13, p. ú., inc. II da Lei 9.656/1998 e, além disso, como decorrência da maior incidência da boa-fé objetiva, pelos deveres anexos de colaboração e informação, a notificação prévia, que comunica a resolução por inadimplemento, deve ser comprovadamente efetivada e recebida⁹⁰⁴; c) por ser o contrato de plano de saúde um contrato cativo e de longa duração, avulta a importância de se observarem os princípios básicos do mercado de consumo e, hoje, mesmo das relações paritárias. Trata-se de forma particular de atender aos imperativos de equilíbrio contratual e de boa-fé objetiva. Ainda, por ser de natureza existencial, considerou-se abusiva cláusula contratual que determinava o reajuste do prêmio do seguro em razão da mudança de faixa etária, de tal modo que constituísse “[...] real barreira a que o consumidor permaneça sendo atendido pelo plano, ou seja, a que perista a cobertura que no caso é essencial (contrato chamado existencial).”⁹⁰⁵

⁹⁰³ TJSP, AI, 2098575-53.2016.8.26.0000, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 16/08/2016, DJe 16/08/2016.

⁹⁰⁴ TJSP, AP, 1010031-37.2015.8.26.0196, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 27/08/2016, DJe 27/08/2016; TJSP, AI, 0263248-73.2011.8.26.0000, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 06/03/2012, DJe 06/12/2012.

⁹⁰⁵ TJSP, AP, 1090057-19.2015.8.26.0100, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 13/12/2016, DJe 13/12/2016.

Por fim, quanto aos contratos de planos de saúde, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu pela dilatação da prorrogação do prazo de cobertura, na hipótese em que a notícia de câncer sobreveio exatamente no curso da prorrogação. O acórdão fundamentou sua decisão com base na afirmação expressa de que, por se tratar de contrato existencial, o princípio da função social alça espectro diferenciado⁹⁰⁶, isto é, atua com mais força, maior incidência, o que exige maior funcionalização das situações patrimoniais em prol das existenciais.

Dentre os contratos existenciais, ganha destaque, atualmente, os contratos privados de ensino, por envolver direito fundamental social (direito à educação). Segundo Fernanda Sabrinni Pereira ,em estudo específico sobre o tema, os contratos privados de ensino “[...] representam hoje o meio de acesso mais comum ao ensino superior, tendo em vista o aumento das universidades privadas (possibilidade concedida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 209).” Ainda, realça a autora que, por envolver direito fundamental, “Na tensão entre a economicidade do contrato e a essencialidade do serviço por ele prestado (ensino superior) deverá prevalecer o respeito à essencialidade do serviço, de forma a se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.”⁹⁰⁷

Avulta em importância, nesse cenário, a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito do “direito à educação inclusiva”. Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava os arts. 28, §1º e 30, caput, da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), sob relatoria do Min. Edson Fachin, o Tribunal Pleno do STF, com base na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporada ao ordenamento pátrio sob o rótulo de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, §3º), que concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana, afirmou que “[...] o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.” Reconheceu ainda o direito fundamental à diferença, ao afirmar que “O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade”, bem como afirmou que este último deve ser encarado sob o aspecto substancial, e não meramente formal. Julgou constitucional os dispositivos questionados, por assumirem compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática, ao determinarem que não somente as escolas públicas, mas também

⁹⁰⁶ TJSP, AP, 0110211-17.2011.8.26.0100, Rel. Des. FERREIRA DA CRUZ, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 12/09/2012, DJE 12/09/2012.

⁹⁰⁷ PEREIRA, Fernanda Sabrinni. **Contratos privados de ensino:** diálogo entre direitos existenciais e patrimoniais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 69.

as particulares “[...] deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui”.⁹⁰⁸

Ao presente estudo, importa especificamente o art. 28, §1º da Lei 13.146/2015, que determina expressamente a obrigatoriedade das instituições privadas de ensino, de qualquer nível e modalidade, a observarem algumas regras dispostas no caput do artigo, a exemplo do “aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena” (inc. II), “adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino” (inc. V), “adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado” (inc. X), “oferta de profissionais de apoio escolar” (inc. XVII) e “articulação intersetorial na implementação de políticas públicas” (inc. XVIII). O §1º do art. 28 desta Lei, além de obrigar ao atendimento destas regras pelas instituições privadas, dispõe, expressamente, que é “vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.”

Trata-se, portanto de autêntica norma de ordem pública, de observância obrigatória, fundada no solidarismo, que expressamente intervém na atividade econômica privada, configurando exemplo clássico de dirigismo contratual público legislativo, na classificação de Paulo Luiz Netto Lôbo, apontada no tópico 2.4.1 supra. Com efeito, os incisos do art. 28 são verdadeiras “cláusulas contratuais legais ou implícitas”, constituindo a chamada “vontade heterônoma” do contrato, a serem observadas nos contratos privados de ensino. A vedação da cobrança de valores adicionais prestigia o princípio da igualdade material entre alunos especiais e não especiais, bem como visa garantir, em última instância, que a efetivação do direito fundamental à educação não restasse prejudicada por questões de ordem patrimonial. O interesse econômico que motiva a instituição privada de ensino sofre ponderação, funcionalização face ao interesse existencial à educação. Legítimo exemplo em que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário reconheceram a primazia dos interesses existenciais face aos patrimoniais.

⁹⁰⁸ ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016.

Ainda com respeito ao contrato existencial de prestação de ensino, em decisão monocrática do Min. Francisco Falcão, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de pedido de suspensão de liminar concedida pelo Tribunal de origem em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra instituição de ensino privada, acompanhou o entendimento do Tribunal *a quo*, de que, por a educação consistir em direito humano, ela deve ser considerada um bem *sui generis*, não sujeita às regras mercantis ordinárias. Nessa toada, considerou abusiva a cláusula contratual que exige fiança para os contratos privados de ensino, por configurar, em tese, limitação aos potenciais estudantes, o que contraria o princípio da democratização do ensino.⁹⁰⁹ Novamente, por se tratar de contrato existencial, o contrato privado de ensino sofre ponderações em sua seara patrimonial (cláusula que exige fiança), em prol da existencial (facilitação do acesso ao ensino).

Prosseguindo nessa análise jurisprudencial dos contratos existenciais, importante destacar o entendimento do STJ quanto aos contratos de consumo de alimentos e o dever de informação dos fornecedores. Em acórdão julgado em 2007, sob relatoria do Min. Herman Bejamin, o STJ consagrou o direito à informação como direito positivo do fornecedor de informar, adeuada e claramente, sobre os riscos de produtos e serviços, decorrentes da vulnerabilidade do consumidor, do princípio da transparência, do princípio da boa-fé objetiva, da confiança e da obrigação de segurança. O caso concreto versava sobre o fornecimento de produtos cujos rótulos constavam apenas a informação “contém glúten”, sem que houvesse a informação complementar que advertisse os riscos do glúten aos doentes celíacos. Segundo o STJ, a obrigação de informar é subdividida, nos termos do art. 31 do CDC, em quatro categorias principais: informação-conteúdo, informação-utilização, informação-preço e informação advertência (aquele que alerta para os riscos do produto ou serviço). Distinguem-se, assim, os conceitos de informação e advertência, ambos decorrentes do dever anexo de colaboração e informação decorrentes da boa-fé objetiva.

Segundo o julgado, no campo da saúde e da segurança do consumidor, o que inclui alimentos e medicamentos, as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, de forma que o dever de informar do fornecedor não deve levar em conta o homem médio ou a generalidade dos consumidores, mas sim aqueles hipervulneráveis, no caso, os doentes celíacos.⁹¹⁰ Em razão da presença de interesses existenciais, como a saúde e segurança, portanto, a respectiva relação jurídico-privada reclama maior rigor quanto aos deveres anexos

⁹⁰⁹ STJ, SLS 1.983/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015.

⁹¹⁰ REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009.

da boa-fé objetiva, de modo que a informação existente deva ser mais que informação-conteúdo, deva ser informação-advertência. Diversos outros julgados posteriores confirmaram essa posição, afirmando que “É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna.”⁹¹¹ Contrariamente a esse entendimento e, ao nosso ver, de modo equivocado, no REsp 1515895/MS, a relatora Min. Nancy Andrichi compreendeu que as simples expressões “contém glúten” ou “não contém glúten” constituem claras advertências aos consumidores, sendo consideradas, portanto, proteção suficientemente adequada, sendo desnecessárias informações adicionais.⁹¹²

Outro exemplo jurisprudencial marcante da prevalência dos interesses existenciais frente aos patrimoniais diz respeito ao recente entendimento manifestado pelo STJ acerca da eficácia de alienação fiduciária em garantia instituída pela construtura após o pagamento integral pelo adquirente da unidade habitacional.⁹¹³ Trata-se de situação semelhante à que gerou a publicação da Súmula 308 do STJ, segundo a qual “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”. Claudio Luiz Bueno de Godoy informa que a controvérsia que deu origem à referida súmula foi solucionada com base no princípio da boa-fé objetiva, em razão do descumprimento do dever anexo de informação pela construtora, e no princípio da função social do contrato, que veda o abuso de direito.⁹¹⁴

Em que pese o relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ter afirmado a inviabilidade de se analisar a aplicação da Súmula 308 do STJ aos casos de alienação fiduciária, por estar pendente de julgamento o recurso especial repetitivo, compreendemos que a solução seja a mesma. No caso concreto, o gravame da alienação fiduciária foi instituído após a quitação do

⁹¹¹ REsp 1479616/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 16/04/2015; REsp 1600172/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016.

⁹¹² REsp 1515895/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 14/12/2016.

⁹¹³ REsp 1478814/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

⁹¹⁴ “Ou, se se preferir, mas sem diversa essência, trata-se ainda de imputar à construtora o descumprimento de dever lateral de informação, decorrente da função supletiva que se reconhece à boa-fé objetiva, de toda forma, também como já salientado, real revelação da falta de solidarismo na relação contratual, valor subjacente à função social do contrato, assim entendida. [...] Em síntese, há mesmo de se admitir sejam os contratos de financiamento imobiliário, de evidente relevo, ainda que fora das normas do sistema da habitação, interpretados e regrados de acordo não só com a finalidade de propiciar o acesso à moradia, portanto garantia da dignidade, como, ainda sem divórcio do solidarismo que se estampa na conduta leal esperada dos contratantes e, antes, do próprio agente financeiro. Outro caso, e aí o dado importante, em que a função social do contrato, decerto, serviu a marcar a orientação que a propósito tomou a jurisprudência, enfrentando as questões acima referidas.” Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181-184.

imóvel e sem a ciência do adquirente, razão pela qual considerou-se violado o princípio da função social do contrato, aplicando-se sua eficácia transubjetiva, bem como ao princípio da boa-fé objetiva, especificamente quanto aos deveres de lealdade e cooperação. A alienação fiduciária foi considerada, portanto, ineficaz em relação ao adquirente, autor da demanda. Ao nosso ver, contudo, o verdadeiro fundamento desta solução está na proteção do direito fundamental à moradia – interesse existencial -, que reclama maior rigor quanto à incidência da boa-fé objetiva e da função social do contrato, entendida esta última como a operacionalização, no caso concreto, do direito social à moradia. Não se discute que esses princípios foram violados, mas entendemos ser necessário afirmar mais contundentemente a razão da violação, que foi, exatamente, a sobreposição de interesses patrimoniais aos existenciais.

Corroborando com este entendimento, de que a violação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, seja na hipótese de hipoteca, seja na de alienação fiduciária, decorre exatamente da violação ao contrato existencial, isto é, ao interesse existencial à moradia, menciona-se julgado do TJSP em que, confirmado o disposto na sentença apelada, comprehende que no caso de contratos coligados de distintas naturezas, deve prevalecer a natureza existencial. Nesses casos, portanto, tem-se uma coligação contratual entre contrato existencial (compra e venda do imóvel para moradia própria) e contrato de lucro (hipoteca ou alienação fiduciária), onde deve prevalecer, por conseguinte, a natureza existencial da coligação, o que influi na interpretação do pacto e na subordinação, dos “contratos satélites”, em prol da finalidade existencial.⁹¹⁵

Trata-se do entendimento de Marco Fábio Morsello⁹¹⁶ e de Francisco Marino, inclusive citados na referida sentença. Nas hipóteses de coligações contratuais, “[...] a presença do contrato existencial altera o centro de gravidade do conjunto, passando aquele a ocupar posição de predominância em relação aos demais, contratos-satélites. O escopo existencial, torna-se, assim, escopo do conjunto contratual.”⁹¹⁷

Em raciocínio semelhante, a Min. Maria Isabel Gallotti, em decisão monocrática de outubro de 2016, considerou ilícita e abusiva a cláusula contratual denominada “cláusula de resídio”, inserida nos contratos de financiamento de imóvel no âmbito do Sistema Financeiro

⁹¹⁵ TJSP, AP, 1006212-74.2015.8.26.0008, Rel. Des. SILVEIRA PAULILO, 21ª Câmara de Direito Privado, julgado em 07/03/2016, DJe 07/03/2016.

⁹¹⁶ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 298.

⁹¹⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009, 186.

de Habitação – SFH.⁹¹⁸ Além de violar a boa-fé objetiva e o art. 51 do CDC, que veda vantagem excessiva ao fornecedor, a “cláusula de resíduo” equivaleria a “[...] legitimar um sistema onde a impossibilidade da liquidação do débito resulta na perda do imóvel financiado, desnaturando, assim, a própria natureza do contrato [...].” A Ministra invoca, também, a “natureza do contrato” como fundamento para considerar a ilicitude e abusividade da referida cláusula. O contrato de mútuo/compra e venda no âmbito do SFH visa assegurar o direito fundamental social à moradia; trata-se, portanto, de contrato existencial. Assim, mais uma vez percebemos que, apesar de não utilizar expressamente a noção de contrato existencial para a fundamentação do julgado, o STJ acaba, por fim, por reconhecê-lo e protegê-lo, embora de forma indireta.

É importante destacar, contudo, que o contrato existencial, por reclamar um regime mais protetivo, não confere “plenos poderes” à parte cujo interesse existencial diz respeito. Dito de outra maneira, o fato de o contrato ser existencial para uma parte contratante, além de exigir maior cuidado da contraparte e maior incidência dos princípios contratuais solidaristas, não desfigura a relação contratual, vale dizer, a esta parte também caberá os deveres de cumprir com sua obrigação (princípio da obrigatoriedade dos contratos), bem como aqueles derivados da boa-fé objetiva (proteção, esclarecimento e lealdade).⁹¹⁹ Nesse sentido, o TJSP já teve oportunidade de se manifestar que, apesar de o contrato de financiamento de imóvel ser contrato existencial, o inadimplemento dá causa à resolução contratual cumulada com reintegração de posse, desde que devidamente notificado o devedor.⁹²⁰

A importância dessa análise jurisprudencial revela-se em três frentes: inicialmente, é de grande valia a exemplificação da teoria até aqui exposta, isto é, a materialização do que fora até aqui abstratamente defendido. Os contratos de plano de saúde, de alimentos, de educação privada e de moradia representam, todos, contratos existenciais. Foi possível observar, nesses casos concretos, a funcionalização das situações patrimoniais em prol das existenciais, como vínhamos defendendo acima. Em segundo lugar, a análise da jurisprudência, principalmente do STJ, permitiu verificar que os fundamentos que justificam a dicotomia contrato existencial e contrato de lucro e seus distintos regimes normativos são aceitos e até aplicados pela Corte da Cidadania, embora, na maioria das vezes, não o sejam expressamente. Quanto ao TJSP, percebemos o uso mais corrente, embora ainda incipiente, dos termos aqui analisados.

⁹¹⁸ STJ, REsp 1472311/AL, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 28/09/2016, DJe 07/10/2016.

⁹¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 603-606.

⁹²⁰ TJSP, AP, 0232691-53.2009.8.26.0007, Rel. Des. MENDES PEREIRA, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 16/05/2012, DJe 16/05/2012; TJSP, AP, 0224034-25.2009.8.26.0007, Rel. Des. MENDES PEREIRA, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 13/06/2012, DJe 13/06/2012.

Outro grande motivo que torna essa análise importante, ao nosso ver, é de cunho processual. Tivemos oportunidade de observar, nos julgados, claras referências ao conceito de contrato existencial e à consequente proteção por ele exigida. No entanto, essas referências, em sua maioria, são indiretas, se dão por meio dos princípios contratuais solidaristas e as cláusulas gerais que os positivaram, e pelo conceito de dignidade humana. Vejamos o que dispõe o art. 489, §1º, inc. II e §2º do vigente Código de Processo Civil,

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório (...);

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo (...).

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

(...)

§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

(...).

A previsão de que não basta o mero emprego de conceitos jurídicos indeterminados para que uma decisão seja considerada fundamentada se deu em razão do excesso de decisões que, sem enfrentar o ônus argumentativo exigido por um Estado Democrático de Direito, apenas citavam, superficialmente, princípios e cláusulas gerais e, disso, chegavam às conclusões.

Ao nosso entender, a utilização da dicotomia aqui exposta, com sua correta explicação e demonstração, nos casos concretos, constitui importante ferramenta argumentativa para atender às exigências do art. 489, inc. II do CPC. Com efeito, parece-nos melhor fundamentada uma decisão que alega a violação de função social ou boa-fé objetiva levando-se em conta a natureza do contrato *sub judice*. Alegar a violação de algum princípio *porque* se trata de contrato existencial ou de lucro, explicando o que vem a ser cada um desses modelos, suas diferenças, é conferir mais elementos argumentativos. Quanto ao §2º do mesmo artigo, que exige a justificação, pelo juiz, dos critérios utilizados na ponderação efetuada, é de se constatar que a fundamentação pelo maior peso de determinado princípio – justiça social ou autonomia privada - torna-se mais criteriosa se levada a cabo pela natureza do contrato – existencial ou de lucro -, afinal, o juiz estará expressamente justificando seu critério de ponderação, qual seja, primazia das situações existenciais sobre as patrimoniais.⁹²¹

⁹²¹ A relação entre a dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro com a exigência de fundamentação concreta do art. 489 do Código de Processo Civil foi mencionada aqui sem o escopo de exautir o tema. Trata-se de um “lampejo”, que exige maiores reflexões, mas que, por hora, pode indicar mais uma importância do presente estudo.

3.4.5 MODELOS DE CONTRATO NO PARADIGMA PÓS-SOCIAL

É hora de finalizarmos o estudo da dicotomia contrato existencial e contrato de lucro, para traçarmos o(s) modelo(s) de contrato nesse paradigma vivente, pós-social ou pós-moderno. Importa-nos abordar os conceitos de contrato cativo de longa duração e de contrato relacional, tendo em conta que “[...] a contratação (intersubjetividade) existencial *geralmente* (não unicamente) faz-se presente nas interações cativas ou relacionais.”⁹²² São expoentes doutrinários nacionais acerca do contrato cativo e do contrato relacional, respectivamente, Claudia Lima Marques e Ronaldo Porto Macedo Júnior.⁹²³ Notaremos que os conceitos se assemelham, quase se confundem.

O negócio *per relationem* tem sido definido como o negócio jurídico perfeito e incompleto, no qual a determinação do seu conteúdo ou de alguns dos seus elementos essenciais se realiza mediante a remissão a elementos estranhos ao mesmo. A remissão a circunstâncias alheias é que recebe a denominação de *relatio*. O modelo do contrato relacional é o que melhor se adapta à nova sistemática dos contratos de empresa e entre empresas, nos quais a gestão do risco da superveniência é um problema. Essa nova realidade exige a consideração dos *remetidos de manutenção*, que conduz à renegociação, ao mesmo tempo em que nos obriga a lidar com cláusulas que, pela concepção tradicional, seriam inválidas, tais como as que ficam intencionalmente em branco, para futura renegociação.⁹²⁴

O contrato relacional é o oposto do contrato descontínuo, utilizado como modelo de contrato para o paradigma liberal, que se caracterizava por ser impessoal, presentificador, marcado pela barganha instrumental e composto por mútuo consentimento.⁹²⁵ O marco teórico da teoria dos contratos relacionais é, sobretudo, Ian Macneil. O objetivo básico da teoria relacional é criticar os limites da teoria contratual clássica, fundada num conceito bastante limitado e historicamente determinado de contrato – contrato descontínuo. A teoria relacional do contrato ainda parte de quatro pressupostos: a) embora não exista “uma coisa que poderíamos chamar de contrato típico”, existem traços marcantes e práticas jurídicas comuns que permitem identificar uma identidade conceitual para o contrato; b) não existe contrato fora da *matriz social* que lhe dá significado, isto é, não existe contrato e, portanto, modelo contratual, fora de uma ordem de mercado e de uma sociedade; c) só existe contrato quando há alguma

⁹²² MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016, p. 9.

⁹²³ O objetivo aqui não é traçar um estudo aprofundado desses tipos contratuais, o que exigiria análise específica e complexa para o escopo deste trabalho. Almejamos tão somente apontar seus conceitos e traços principais, para que possamos compará-los aos contratos existenciais e de lucro.

⁹²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 98.

⁹²⁵ Vide item 1.4.5 *supra*.

liberdade para escolher, isto é, que haja algum grau de autonomia privada, sem a qual não se distinguiria o contrato de um mero comando; d) o contrato é um “processo de projeção de trocas no futuro feitas no presente.”⁹²⁶

Importante distinção entre os contratos relacionais e os descontínuos diz respeito à maneira como se ligam ao planejamento futuro. Enquanto estes, em geral, conferem mais atenção à substância das transações, como o objeto da prestação, o preço e o prazo de pagamento, naqueles o planejamento considera outros aspectos, como a performance e a condução de outros planejamentos futuros. O planejamento, nos contratos descontínuos, em razão de sua característica “presentificador”, é pouco valorizado. Por sua vez, nos contratos relacionais, o planejamento é muito valorizado, tendo em vista a sociedade sempre cada vez mais complexa, tecnológica e especializada.⁹²⁷

Para exemplificar os distintos modelos contratuais, Macedo utiliza os exemplos de Macneil: contrato descontínuo seria o contrato de compra e venda de gasolina numa rodovia, em que a transação é instantânea, rápida, completa e impessoal; contrato relacional tem como maior exemplo o casamento tradicional (contrato), que envolve longo período de namoro (tratativas), com estabelecimento de objetivos de longo prazo não muito claros (cláusulas abertas e indeterminadas). Nos contratos relacionais, diferentemente dos descontínuos, há extrema necessidade de cooperação, não apenas para o cumprimento do que foi firmado, “[...] mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação.”⁹²⁸ Ganha importância nesses contratos, portanto, a boa-fé objetiva, na sua função integradora, enquanto fonte de deveres anexos de cooperação. Esse é também o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem o princípio da boa-fé deve ser mais intensamente considerado nos contratos relacionais do que nos descontínuos, “[...] tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes.”⁹²⁹

⁹²⁶ “Conclui-se, pois, que o contrato é um projetor de trocas emanado numa matriz social fundada nos outros elementos supramencionados, a saber, a especialização do trabalho e da troca, o sentimento de escolha, aparente ou real, e seu exercício, e a consciência do passado, presente e futuro.” Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147-153.

⁹²⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 162.

⁹²⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 155-166.

⁹²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 6, p. 1187, jun./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso em 05/02/2015, p. 12.

O contrato relacional, portanto, é um contrato de duração e, por isso, tem na variável *tempo* um importante elemento a ser considerado e que influí em todos os aspectos contratuais. Segundo Macedo, ao contrário dos contratos descontínuos, nos contratos relacionais é impossível especificar completamente todos os seus termos, como preço, quantidade, qualidade e entrega, em razão da constante mutabilidade. É também impossível prever os termos de ajustes futuros, dada a imprevisibilidade das contingências futuras. Ainda, a divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas partes nesses contratos, deixando de ser o produto da barganha instrumental para ser o produto da mútua cooperação contratual.⁹³⁰

Dentre os contratos relacionais, Antonio Junqueira de Azevedo cita a sociedade, a parceria, contratos de distribuição e de franquias.⁹³¹ Em que pese esses exemplos serem contratos empresariais de lucro, Ronaldo Porto Macedo afirma que, em regra, contratos que envolvem valores de interesse social, como a dignidade humana, proteção do meio ambiente, defesa e segurança da nação, acabam por ter características relacionais, a exemplo dos contratos de planos privados de previdência.⁹³² Notemos, pois, que os contratos relacionais podem ser tanto contratos de lucro quanto contratos existenciais.

Claudia Lima Marques assim conceitua os contratos cativos de longa duração:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes, consumidores. [...] Os exemplos principais desses contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de créditos, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias), os serviços de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entes públicos ou privados.⁹³³

Notemos, pois, que os exemplos de contratos cativos de longa duração demonstram tratar de contratos de prestação de serviços duradouros. Claudia Lima Marques, ao que nos

⁹³⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 129-130.

⁹³¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 6, p. 1187, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 05/02/2015, p. 11.

⁹³² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 160.

⁹³³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

parece, comprehende que o modelo “contrato cativo de longa duração” seja espécie do gênero “contrato relacional” quando, especificamente, afirma que “[...] a teoria do *contrato relacional* pode contribuir, especialmente, nos contratos de mútuo e em geral de fornecimento de serviços [...].”⁹³⁴ Trata-se de um modelo teórico contínuo, que permite envolver as constantes renegociações e as novas promessas, em que sobressaem os deveres de cooperação, solidariedade e lealdade, que integram a relação em toda a sua duração. Caracterizam-se por suas prestações envolverem obrigações de fazer, normalmente serviços privados, prestados de forma contínua, cativa e massificada. Por ser uma prestação de uso contínuo e necessária, o contrato é, por isso, de longa duração e “cativo”, pois o cliente/consumidor depende da continuação da relação jurídica.⁹³⁵

Contratos relacionais e contratos cativos de longa duração remetem à noção de contrato como processo⁹³⁶, que se desenvolve num largo período de tempo. O elemento tempo, aqui, não se trata de elemento acidental do negócio jurídico, como o seria no modelo liberal de contrato, senão que integra o próprio objeto contratual, sendo pressuposto para o adimplemento. Segundo Lorenzetti, com base em Messineo

El contrato de larga duración es “aquel en que el dilatarse el cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración”.⁹³⁷

Contratos relacionais apresentam as seguintes características, portanto, a) contínuos e pessoais, porque não se conformam em somente uma transação, havendo inúmeras outras durante o período de tempo, todas necessárias ao perfeito adimplemento, de modo que se constrói uma relação de pessoalidade entre as partes contratantes; b) não-presentificador, uma

⁹³⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

⁹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 101 e ss.

⁹³⁶ “O contrato, antes visto como representativo de um acordo formalizado por intermédio de um ‘único ato’, capaz de regular todas as situações vindouras a partir desse momento fundador (*pacta sunt servanda*), foi-se amoldando às novas situações e se transformando, em determinados contextos, num bloco dinâmico de direitos e obrigações para ambas as partes. Deixou de ser visto como único gestor de interesses antagônicos, enrijecidos pela vontade autônoma dos contratantes, para ser também considerado como um ‘processo’, dinamizador de uma seqüência genericamente anunciada, um instrumento de cooperação, detentor de uma espécie de *affectio contractus*, assemelhada à *affectio societatis* (circunstância admitida nos acordos de longa duração) e ajustável ao curso da demanda, passível de adaptações ou mesmo de dissolução, por ação das partes ou de terceiros (com autoridade).” Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 332.

⁹³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos de larga duración. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 85.

vez que a imprevisibilidade das contingências exige que o contrato contenha cláusulas abertas e indeterminadas a serem preenchidas de acordo com as necessidades futuras; c) cooperação funcional, em oposição à barganha instrumental, na medida em que os interesses, agora, não são opostos, mas voltados ao mesmo objetivo e, por isso, a exigência da cooperação contratual, fundada na solidariedade obrigacional; d) mútuo consentimento ou não, a depender se o contrato em questão apresenta-se ou não como de adesão.⁹³⁸

Lorenzetti destaca três características do modelo clássico de contrato que se encontram superadas. Segundo o autor, o contrato clássico era “magro”, porque se estudavam apenas as obrigações principais; era “congelado”, no sentido de que todos seus termos eram decididos de uma só vez e para sempre, desde que assegurado o consentimento, permanecendo imutável frente às mudanças; e era também “isolado”, porque que indiferente ao o que ocorre em seu entorno. Atualmente, essas três características sofreram reformulações, ao passo que o contrato encontra-se, agora, “cheio” em seu conteúdo, em razão da agregação, às obrigações nucleares, dos deveres secundários de conduta, obrigações acessórias, etc.; está “descongelado”, demonstrando enorme vitalidade, posto que o vínculo se reformula, se adapta, se alonga no tempo, dando lugar aos fenômenos de larga duração; por fim, o contrato tem renunciado ao seu isolamento, sendo cada vez mais usuais as redes contratuais, dando origem à noção de “operação econômica”, que se encontra cada vez mais vinculada às instituições sociais, pelo incremento da complexidade social.⁹³⁹

Cientes da brevidade com que os conceitos de contratos relacionais e contratos cativos de longa duração foram abordados, entendemos ser possível tecer as seguintes conclusões: a) contratos relacionais e contratos cativos de longa duração são contratos que se alongam no tempo, constituindo relação jurídica duradoura, o que exige maior incidência dos deveres anexos da boa-fé objetiva; b) contratos relacionais podem assumir a natureza de contrato de lucro e de contrato existencial; c) contratos cativos de longa duração são, notadamente, os contratos de consumo de fornecimento de serviços cativos e duradouros e, por isso, são espécie do gênero contratos relacionais; d) os contratos cativos de longa duração, a depender da natureza do serviço prestado, podem ser meramente de consumo, ou também de consumo existenciais.

⁹³⁸ Ronaldo Porto Macedo Jr. afirma que a forma de contrato de adesão não tem o condão de desconfigurar a natureza relacional do contrato. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 167.

⁹³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Uma teoría sistemática del contrato. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 13-15.

Em razão da atual importância que adquiriram os contratos de fornecimento de serviços, na sociedade complexa, massificada e pós-moderna⁹⁴⁰, ganha relevo a dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro, na medida em que, quando se tratar dos primeiros, deverão os operadores jurídicos se preocupar, sobremaneira, com sua função social, qual seja, garantia e promoção da vida digna. O atual momento contratual, portanto, tem nos contratos de fornecimento de serviços existenciais seu mais importante modelo, embora os demais ainda permaneçam.

A divisão entre contratos relacionais e contratos descontínuos não substitui a dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro. São divisões que se entrecruzam, podendo haver contratos relacionais existenciais (ex.: contrato de ensino privado), contratos relacionais de lucro (ex.: contrato de fornecimento constante de matéria-prima entre indústrias), contratos existenciais descontínuos (ex.: contrato de compra e venda de medicamentos entre consumidor e farmácia) e contratos de lucro descontínuos (ex.: contrato de transporte único de mercadorias).

O modelo de contratos relacionais ganha importância na atual conjuntura pós-moderna em razão da sua estrutura: trata-se de modelo aberto, composto por cláusulas contratuais indeterminadas, que exigem concretização nas situações concretas, inicialmente pelas próprias partes, o que favorece a autocomposição, autorregramento - favorece a sociedade de direito privado -, e, em seguida, pelo juiz ou árbitro; a abertura contratual e a necessidade de concretizações favorecem também o emprego dos princípios e das cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação, em consonância com a atual valorização dos princípios, do culturalismo e da jurisprudência das valorações; por conferir tamanha importância aos princípios, permite maleabilidade normativa a depender do caso concreto, de sorte que, quando se tratar de contratos existenciais, valorizar-se-ão os princípios solidaristas e, quando se tratar de contratos de lucro, a autonomia privada: a solução normativa dependerá dos fatos e valores subjacentes.

O modelo de contrato pós-moderno, portanto, é um modelo dúplice. Ora se valoriza a solidariedade social, ora a liberdade individual. Contratos existenciais e contratos de lucro representam, assim, os dois extremos ideológicos de uma sociedade plural. A depender do interesse prevalecente no caso concreto, se existencial ou patrimonial, incidirá o regime

⁹⁴⁰ “Nesse sentido, correta a observação de que o mundo que se desenha no horizonte é o mundo dos serviços. Serviços que, prestados por entes públicos ou por entes privados, constituem-se em simples abstrações, fazeres e informações, os quais passam a ser, além de úteis, imprescindíveis para a vida e o conforto do homem do início do século XXI.” Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

normativo competente. A distinção entre situações existenciais e patrimoniais, portanto, é o ponto de partida indispensável para a correta interpretação e aplicação do direito contratual. Harmonizam-se, numa mesma teoria geral, os modelos de contrato liberal e de contrato social.

Entrelaçam-se as questões tratadas neste capítulo: a) a dicotomia permite oferecer respostas distintas para os anseios opostos, oferecendo solução para o antagonismo entre neoliberalismo globalizado e Estado socialdemocrático; b) por valorizar a análise do caso concreto para que se distingua, corretamente, as hipóteses de contratos existenciais e de lucro, e por oferecer, portanto, ferramenta jurídica que proteja e promova direitos fundamentais e interesses existenciais, atende-se aos reclamos da pós-modernidade jurídica temperada; c) por valorizar situações existenciais, coaduna-se com o estágio atual da teoria dos direitos fundamentais, pautada na valorização dos direitos humanos e da dignidade, bem como, principalmente, no fenômeno da constitucionalização do direito, decorrente da força normativa da constituição e de seus princípios, que, nos casos de contratos existenciais, devem incidir, *prima facie*, de forma direta e imediata; d) como decorrência, encontra plena aceitação no fenômeno da recodificação baseada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são os instrumentos por meio dos quais se infiltram os valores constitucionais na legislação civil, promovendo a chamada “despatrimonialização” do contrato, que passa a ser funcionalizado em prol das situações existenciais, relegando a segundo plano sua patrimonialidade; e) ganha operacionalização, por fim, com a jurisprudência das valorizações e com as bases culturalistas do Código Civil, que permitem a valorização das particularidades, considerando Direito, ao lado da norma, também os fatos e valores que subjazem a experiência da parte contratante.

CONCLUSÃO

Iniciamos a Introdução afirmando que, neste trabalho, o *fim* a ser perseguido seria a plena realização da pessoa humana, por meio da proteção e promoção de sua dignidade, direitos fundamentais, personalidade e interesses existenciais na órbita privada. O *meio* eleito para tanto fora o estudo e aperfeiçoamento do instituto do contrato. Apontada esta relação de meio e fim entre instituto de direito privado e direitos fundamentais, fez-se necessária a análise de ambos.

A compreensão do significado, importância e consequências do contrato exigiu a pré-compreensão do meio ambiente no qual está inserido. A partir do corte temporal que fizemos – Revoluções Liberais do século XVIII -, foi possível distinguir três lapsos temporais, culturais e normativos – Estado Liberal, Social e Pós-Social -, cada qual com suas características marcantes. Dentro de cada um desses períodos, observamos que diversos fatores influenciavam na conformação contratual, da teoria dos direitos fundamentais à técnica legislativa. Compreendemos uma interligação entre todos os fatores políticos, econômicos, sociais e jurídicos, de sorte que a compreensão do modelo contratual de cada momento não seria completa se não se analisasse esses fatores “extra-contratuais”.

Adotamos a teoria dos modelos jurídicos de Miguel Reale, visando propiciar, por meio dos modelos contratuais, uma competente fonte de compreensão, interpretação e integração, fornecendo tipos contratuais ideais, aptos a refletirem, cada qual a seu momento, a cultura jurídica de seu tempo, o que, por fim, constitui ferramenta ao aplicador e intérprete do Direito.

No primeiro capítulo, apontamos os traços principais do Estado Liberal que, em razão da superação do Estado Absoluto, caracterizou-se pela postura mínima, com rígida separação de poderes. Os direitos fundamentais liberais caracterizaram-se pela função de defesa, a exemplo do direito de liberdade (negativa) e de propriedade. Fruto da absoluta separação entre público e privado, enquanto que a Constituição regulava somente as relações entre Indivíduo e Estado, o Código Civil assumiu posição central no ordenamento jurídico privado, tomando para si a função de regular todos os aspectos da vida privada. Fruto do iluminismo racionalista, o Código aspirou à completude e neutralidade. Embora tenha tido seu impulso primitivo no direito natural, após estabelecido, ganhou proeminência com o positivismo. Destacaram-se, nesse momento, o positivismo legalista da Escola da Exegese e o Positivismo Conceitual, com a Jurisprudência dos Conceitos. Separou-se o Direito dos demais ramos do conhecimento, tornando-se hermeticamente fechado.

O Direito do paradigma liberal concebia o Indivíduo como sujeito de direitos, aquele ser racional e abstratamente considerado, senhor de sua razão e de suas vontades, encarnação das virtudes iluministas. Projetava-se a figura do burguês bem sucedido. Os reflexos no direito

dos contratos foi evidente. Neste período, o contrato tinha a básica função de instrumento de circulação de riquezas, notadamente os bens imóveis. Centrado na figura desse Indivíduo metafísico, pautado na racionalidade kantiana, o contrato teve, no princípio da autonomia da vontade, seu pilar fundamental. Autonomia da vontade que representava a liberdade contratual e liberdade de contratar: era o Homem cuidando de sua própria vida. Enquanto ínsita ao Indivíduo racional, a vontade não encontrava limites, era autônoma. Como princípios decorrentes, destacaram-se o consensualismo, relatividade dos efeitos contratuais, obrigatoriedade dos contratos.

O modelo de contrato liberal reflete essa ideologia: o contratante era aquele ser abstrato e racional e o contrato, enquanto fonte jurídica, não se comunicava com elementos externos. Elegemos o *contrato descontínuo* como representante desse momento, dotados das seguinte características: impessoalidade, presentificador, marcado pela barganha instrumental e composto por mútuo consentimento. Baseou-se no voluntarismo jurídico, representado pelo “dogma da vontade”.

No segundo capítulo percebemos a reação desses aspectos aos exageros do liberalismo individualista. Com a Revolução Industrial, tem origem a sociedade de massas. Ganha destaque o solidarismo. Surge o Estado Social, cuja função deixa de ser somente a garantia da liberdade, para ser também a promoção de justiça social. O Estado transformou-se: deixou de ser abstenseísta para ser interventor. Percebeu-se a necessidade da intervenção e da regulação da economia. A teoria dos direitos fundamentais foi aprimorada com os direitos sociais, direitos de segunda dimensão. As constituições deixaram de ser sintéticas; passaram a ser dirigentes, apresentando normas que intervinham no campo socioeconômico. Os direitos fundamentais sociais foram consagrados, basicamente, como normas programáticas. Com o fracasso do Código em prover a completude normativa e a necessidade do Estado de interferir na sociedade, proliferaram-se leis especiais, o que gerou a chamada descodificação. O Direito, agora, passa a ter a função de não apenas conformar a sociedade, mas também de transformá-la: tem-se a passagem do estruturalismo ao funcionalismo jurídico. Direito adquire função social; desmistifica-se a neutralidade valorativa. A Jurisprudência dos Conceitos, abstrata e formal, dá lugar à Jurisprudência dos Interesses, preocupada com a efetividade, com a solução para o caso concreto.

O Direito do paradigma social deixa de conceber o Indivíduo abstrato e racional como sujeito de direitos, e passa a considerar o homem incluído num meio social de massas; descobre-se a irracionalidade desse sujeito de direitos e a sua fragilidade frente aos grupos econômicos. Despontam como figuras o trabalhador e o consumidor, sujeitos vulneráveis que reclamam

tutela estatal. Essa nova concepção do sujeito de direitos influi no direito dos contratos, que desmistifica a autonomia da vontade e passa a sofrer limitações. Transforma-se em autonomia privada: liberdade contratual limitada pela ordem pública. Dentro da ordem pública, despontam os princípios contratuais solidaristas: função social, boa-fé objetiva e justiça contratual, que conferem critérios de justiça material à mera justiça formal do paradigma anterior.

O modelo de contrato social ou solidário eleito foi o *contrato padronizado de adesão*, tendo em vista representarem, efetivamente, a diferença no exercício das liberdades entre os contratantes, que denota a falácia liberal da autonomia da vontade e da igualdade formal. Esse modelo contratual necessitou, portanto, de mecanismos que propiciassem igualdade material, o que foi atendido pelos princípios solidaristas. Operou-se, por fim, a objetivação da vontade, em superação ao voluntarismo jurídico anterior.

No terceiro capítulo, presenciamos nova passagem de paradigmas. Dentre diversos fatores que contribuíram para a derrocada do Estado Social, destacamos os excessos da burocracia estatal e ineficiência dos serviços públicos, o fim da bipolaridade mundial (fim da Guerra Fria), que abriu espaço para o neoliberalismo, e o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, que aceleraram o processo da globalização. O neoliberalismo pauta sua agenda econômica e política pela volta do Estado mínimo, com a consequente desregulamentação estatal e flexibilização de direitos sociais. Impulsionado pela globalização, contribui para uma crise de soberania do Estado-nação, que se vê impotente frente às forças econômicas mundiais. A desregulamentação estatal abre espaço à regulamentação privada dos interesses, culminando na chamada sociedade de direito privado.

No final do século XX também tem início a chamada pós-modernidade, em contraposição à modernidade herdeira do Iluminismo. Trata-se de movimento desconstrutivo, que rejeita as metanarrativas, metateorias, discursos universalistas. Privilegia o diferente, o local frente ao universal, o concreto frente ao abstrato. Deslegitima o direito estatal, contribuindo para a superação do monismo pelo pluralismo jurídico. Ao contrário da proposta radical da pós-modernidade, que incluiria na própria negação do discurso dos direitos humanos, compreendemos, com Habermas e Erik Jayme, que o caminho correto seja justamente a revalorização desses direitos humanos, numa correção da razão instrumental, e não em seu total abandono. Defendemos, portanto, uma pós-modernidade temperada.

Os discursos do neoliberalismo globalizado e da pós-modernidade radical entram em confronto com nosso ordenamento jurídico, pautado na Constituição Federal de 1988, que institui um Estado Social-Democrático de Direito, que valoriza, em primeiro plano, a dignidade humana e os direitos fundamentais, que confere direitos sociais, que regulamenta a ordem

econômica, que impõe limites aos poderes privados. Nessa perspectiva, compreendemos como essencial o estudo e aperfeiçoamento da teoria dos direitos fundamentais.

Neste terceiro paradigma, o ponto central da teoria dos direitos fundamentais, por nós analisado, foi a construção dogmática da força normativa da constituição. Analisamos a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e algumas de suas consequências, como a força irradiante dos princípios constitucionais, que culminaram na constitucionalização do direito privado. Por sua vez, a constitucionalização do direito privado importou numa releitura dos institutos jurídico-privados, que passaram a ser funcionalizados em prol da pessoa humana, que passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico. Ocorre a despatrimonialização do direito privado, em que as situações patrimoniais cedem às existenciais. Ainda quanto à teoria dos direitos fundamentais, analisamos o tema específico da eficácia horizontal, em que, após a análise das teorias pertinentes, concluímos como melhor opção a teoria da eficácia direta matizada, em que os direitos fundamentais ostetam eficácia direta *prima facie* e não dependem de intermediações legislativas ou judiciais, embora com elas possam conviver. Os direitos fundamentais, assim, passam a ser novos limites à autonomia privada, ao lado daqueles princípios contratuais solidaristas.

Quanto ao movimento legislativo deste período, foi observado a recodificação, em que os Códigos voltaram a ocupar posição de destaque no ordenamento privado, convivendo com a posição central ocupada pela Constituição. Tendo aprendido com os erros do passado, o legislador codificador não almejou à completude normativa. Utiliza-se, agora, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que recebem os valores constitucionais e permitem a constante atualização normativa do Código, evitando o seu envelhecimento. Anotamos que o Código Civil de 2002 tem uma base culturalista, que, junto à teoria tridimensional de Reale, valoriza a experiência do sujeito e do operador do direito, levando em conta, para a solução justa, os fatos e valores subjacentes à situação jurídica em questão. Nessa toada, a Jurisprudência dos Interesses foi substituída pela Jurisprudência das Valorações, que privilegia a aplicação dos valores e princípios para a solução adequada do caso concreto.

Esse novo ambiente jurídico de valorização da dignidade, de primazia dos interesses existenciais sobre os patrimoniais e de valorização do caso concreto, motivou outra mudança na concepção de sujeito de direitos: passou-se a importar a pessoa real, concreta, situada, vinculada a fatos e valores determinados, imersa numa cultura determinada. Esse novo sujeito de direitos, mais “humanizado”, reclamou, por sua vez, uma nova concepção do direito dos contratos.

A teoria contratual da pós-modernidade convive com duas forças antagônicas: de um lado, o neoliberalismo globalizado e, de outro, o Estado socialdemocrático. O contrato, ao mesmo tempo em que é instrumento de circulação e produção de riquezas, é ponto de encontro de direitos fundamentais. O contrato, portanto, deve ser capaz de oferecer soluções adequadas para essas duas situações opostas. É necessário a distinção entre situações patrimoniais e existenciais. Apresentamos, então, a dicotomia contratual proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, em contratos existenciais e contratos de lucro: este privilegia a autonomia privada; aquele, a solidariedade social. Embora possamos ter apontado critérios *a priori* de distinção, é o caso concreto que determinará a natureza existencial ou de lucro do contrato.

Observamos que contratos de lucro são aqueles em que *ambas as partes contratantes* estabelecem uma relação jurídica com o objetivo de benefício econômico. Volta-se, precipuamente, ao mercado e, por isto, ganha destaque a autonomia privada. Vimos, ainda, que contratos de lucro não se confundem com contratos empresariais. Ambos coexistem, juntos ou não. Nos contratos de lucro, para que se preserve a racionalidade econômica, o dirigismo contratual, legislativo ou judicial, deve ser reduzido.

Nos contratos existenciais, ao menos uma das partes contratantes não objetiva o lucro, de sorte que, para essa parte, o objeto prestacional se caracteriza não pela sua patrimonialidade, mas pelo seu decorrente interesse existencial, posto que relacionado à existência digna e plenitude de sua personalidade, o que qualifica uma situação jurídica existencial. Contratos existenciais são aqueles por meio dos quais ao menos uma das partes objetiva sua subsistência digna. Vimos, por isso, que contratos existenciais não se confundem com contratos de consumo.

Estabelecida a diferença conceitual entre contratos de lucro e contratos existenciais, apontamos que cada um merece tratamento normativo diferenciado. Enquanto que nos contratos de lucro a força da autonomia privada será maior frente às imposições dos princípios solidaristas, no contrato existencial esses princípios terão força normativa máxima, importando em maior mitigação da autonomia privada. Ainda, nos contratos existenciais, temos o princípio da proteção da parte mais fraca, o que reclama, ao operador, a tomada de posição quanto aos paradigmas de acesso e protetivo, ao passo que, nos contratos de lucro, importa o paradigma consequencialista.

Em seguida, analisamos alguns exemplos jurisprudenciais, quando nos foi possível constatar que, embora em apenas um julgado o Superior Tribunal de Justiça tenha utilizado expressamente essa dicotomia para fundamentar esta decisão, em diversos outros a “distinta natureza” ou “natureza especial” do contrato, por dizer respeito à saúde, vida, educação e moradia, foi o fundamento para a ponderação das situações patrimoniais frente às existenciais.

Notamos, portanto, que, embora não utilizada expressamente, a dicotomia contrato existencial e contrato de lucro encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, observamos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em diversos julgados, já utiliza dessa dicotomia.

Ao final, analisamos os conceitos de contratos relacionais e de contratos cativos de longa duração, em que este foi considerado espécie daquele. Em oposição ao contrato descontínuo, o contrato relacional remete à noção de contrato como processo. São contínuos, não-presentificadores, visto que suas cláusulas são abertas e indeterminadas e exigem cooperação entre as partes contratantes, o que realça os deveres anexos da boa-fé objetiva. Os contratos relacionais podem ser tanto de lucro como existenciais. Na sociedade complexa atual, ganha extremo relevo os contratos relacionais de prestação de serviços existenciais.

Adotamos, portanto, como modelos pós-modernos de contrato, o *contrato relacional existencial* e o *contrato relacional de lucro*.

Pensamos, enfim, termos chegado ao objetivo proposto na Introdução. Nosso objetivo principal era, além de simplesmente fornecer os modelos contratuais de cada paradigma, funcionalizar o instituto do contrato para a proteção e promoção dos interesses existenciais na órbita privada. Como instrumento de operação econômica, o contrato não pode deixar de ser compreendido como ferramenta do mercado. Por sua vez, como meio de acesso a bens fundamentais, o contrato deve ser compreendido como ferramenta para a proteção e promoção da dignidade.

Com efeito, a dicotomia contrato existencial e contrato de lucro tem o condão de compatibilizar essa dupla função do contrato. Em resumo: ao conferir mais força à autonomia privada, o contrato de lucro respeita a racionalidade econômica e agrada aos agentes de mercado. Ao conferir primazia às situações existenciais frente às patrimoniais, ao reclamar maior incidência dos princípios contratuais protetivos, solidários, o contrato existencial garante e promove a dignidade, direitos fundamentais e personalidade.

O contrato existencial, enfim, é o *meio* pelo qual se busca o *fim*, a proteção dos interesses existenciais na órbita privada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil.** vol. 45, jan.-mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALPA, Guido; FONSI, Gianluca; RESTA, Giorgio. **L'interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza.** 2^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil.** 9^a ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Abedelo-Perrot, 1997.
- ALTERINI, Atílio A; CABANA, Roberto M. López. **La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 579-606, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 5^a ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- ANDRADE, André Gustavo Correa de. Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigaçāo Contratual. In. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, p. 55 – jan./mar. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas Gerais e Proteção da Pessoa. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. In. **Revista de Direito Privado.** vol. 27, p. 279-292, jul.-set./2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ARENKT, Hannah. **A Condição Humana.** Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado.** Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito traído pela Filosofia.** Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP.** São Paulo, n. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil.** v. 9, n. 34, abr.-jun./2008. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 6, p. 1187, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 05/02/2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4^a ed. São Paulo: 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2^a ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 17/05/2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP.** São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun.-ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 17/05/2016.

AZEVEDO, Antonio 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 inadimplemento contratual. In. **Revista dos Tribunais.** vol. 750/1998, p. 113-120, abr./1998. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** N°9, 2007, p, 24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/05/2016.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Contratos existenciais:** hermenêutica à luz dos direitos fundamentais. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade:** a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Trad. Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil contratual.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BESSONE, Darcy. **Do contrato.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Trad. Fernando de Miranda. vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1969.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** v. IV, 11^a ed., atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile III – Il Contratto.** Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3^a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 6, out.-dez./2015, p. 69-94. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_00.pdf> Acesso em 08/03/2016.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: contexto e modalidades. In. KIN, Richard Pae; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro (Coord.) **Direito civil constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 5-24. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 20/12/2016.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Evolução dos Paradigmas: Do Direito Privado Sólido ao Direito Privado Líquido. In. FIUZA, César Augusto de Castro; SILVA NETO, Orlando Celso; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Coord.) **Direito civil contemporâneo II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 232-250. Disponível em www.conpedi.org.br Acesso em 14/01/2017.

BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10^a ed., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-

constitucional. In. **Revista de Direito Privado** vol. 58/2014, p. 111-137, abr.-jun./2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. **Contratos: actualidade e evolução**. (Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3^a ed. Introd. e Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 1994.

CARRESI, Franco. **Il Contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Trad. Loura Silveira. Disponível em: [Http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf) Data de acesso: 14/01/2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRORIE, Benedita Mac. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. In. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 6/2016, p. 271-276, jan.-mar./2016. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. Moderno dirigismo econômico e direito contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 77-86, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016.

DIEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Primeiro. Introducción. Teoria del Contrato. 5^a ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. II. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: *drittirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittirkung* dos direitos fundamentais. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 1^a ed., 4^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Métodos de codificação no direito privado europeu e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 97/2015, p. 201-237, jan.-fev./2015. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/01/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim... et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado.** Ano 14, vol. 54, p. 11-43, abr.-jun./2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada.** Trad. de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade Civil do terceiro que interfere na relação contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/> Data de acesso 30/11/2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: A função social do contrato. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GHERSI, Carlos Alberto. **La Posmodernidad Jurídica – Una discusión abierta.** 3^a ed., ampl. e atual. Buenos Aires: Gowa, 2000.

GIDDENS, Anthionny. **Sociologia.** Trad. Sandra Regina Netz. 4^a ed. Porgo Alegre: Artmed, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 4^a ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILMORE, Grant. **La morte del contratto.** Trad. Andrea Fusaro. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 1, p. 275-304, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/11/2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. A caminho dos Micro-Sistemas. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. A Função Social do Contrato. In. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Balanço Resumido do Direito Civil. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GOMES, Orlando. Direito e Ideologia. In. **Novos Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 15 ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006.

HARVEY, David. **Neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HAURIQU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional.** Granada: Editorial Comares, 2003.

HECK, Luís Afonso (org.); DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

HESPAÑA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em:

<<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Data de acesso 24/05/2016.

HESPAÑA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3. p. 739-754. jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso 15/11/2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Princípiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/principiologia-contratual-e-a-valoracao-etica-no-codigo-civil-brasileiro/> Data de acesso 30/11/2016.

HOBSON, Eric. **A Era dos Extremos:** O breve século XX, 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación.** Barcelona: Bosch, 1992.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos.** vol. 1/2011, p. 405, jun.2011, p. 2-11. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 25/10/2016.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustación del contrato.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratatación (informe del derecho argentino). In. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 44/2002, p. 49-67, out.-dez./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 28/11/2016.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.** Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015, p. 105-114.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.** Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015.

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.** Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2235>. Data de acesso: 23/05/2015.

JHERING, Rudolf von. **A lucta pelo direito.** Trad. José Tavares Bastos. Porto: Rio de Janeiro: Chardron; Francisco Alves, 1909.

JORGE JUNIOR, Alberto Gossen. **Cláusulas gerais no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II),** Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Trad. Marylene Pinto Michael; rev. téc. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LAFER, Celso. Apresentação à Edição Brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

LARENZ, Karl. **Base do Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos.** Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002..

LARENZ, Karl **Derecho Justo.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

LARENZ, Karl. **Metodología da Ciéncia do Direito.** 3^a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A Essênciа da Constituição.** 9^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual.** São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Pauto Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 2, p. 1311-1320, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 385-406, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/11/2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3. p. 829-840. jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso 15/11/2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no Direito Civil. In. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, vol. 1, n. 3, nov./2006, p. 44-54.

LORENZETTI, Luis Ricardo. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 68, p. 212-242, out.-dez./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 20/10/2016.

LORENZETTI, Rircardo Luiz. Analisis critico de la autonomia privada contractual. In. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidad Civil**. vol 2, p. 279-300, out./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos de larga duración. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 1, p. 475-528, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 15/10/2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOREZENTTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3, p. 1293-1314, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Una teoría sistemática del contrato. In.: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do**

direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos.** Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, LDA, 1979.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito.** Volume 2. O século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In. DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). **O Direito Civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2003.

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

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** 15^a ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Mudanças dos Contratos no âmbito do Direito Social. In. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 25/1998, p. 99-115, jan.-mar./1998. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso em 23/05/2016.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In. MARQUES, Claudia Lima (org.). **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

MARQUES, Claudia Lima. Violção do dever de boa-fé de informar corretamente. Atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito à resarcimento dos danos materiais e

morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. In. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor.** vol 3, p. 445-526, abr./2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada – Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 24/05/2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível). **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 98. p. 105-134. Revista dos Tribunais, 2015, p. 03. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 02/02/2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 85/2013, p. 177-206, jan.-fev./2013. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 04/04/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 1., p. 473-493, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3, p. 1121-1148, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 29/11/2016.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da Situação”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.** Porto Alegre, v. 2, n.4, 2004. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49214/30844> Data de acesso: 21/06/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 1, p. 41-66, maio/2005. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/reflexoes-sobre-principio-funcao-social-social-contratos> Acesso em 16/05/2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro. **Migalhas**. Disponível em: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro Acesso em: 29/07/2013.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais** (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002). São Paulo: Sarava, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direitos do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

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, Claudia Lima (org.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 209 e ss.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. t. 22, 3^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações. 2º v. São Paulo: Edição Saraiva, 1956.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 03. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 24/05/2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

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

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O problema metodológico da juridicidade:** Ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In.: **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor.** vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 30/10/2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais - a jurisprudência e a criação de direito para além da lei.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. Pacta Sunt Servanda. **Revista dos Tribunais**, vol. 905/2011, p. 785-812, mar./2011, p. 9. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 04/07/2016.

PENTEADO JÚNIOR, Cássio. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. In. **Revista de Direito Privado.** vol. 14/2003, p. 148-161, abr.-jun./2003. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 04/07/2016.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. **Contratos privados de ensino:** diálogo entre direitos existenciais e patrimoniais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O 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. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RADBACH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênia Amado, 1979.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno.** 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. **O direito como experiência:** introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado.** vol. 9/2002, p. 9-17, jan.-mar./2002. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 08/11/2016.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato:** as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** 2^a ed. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cumplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3, p. 1225-1250, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. In. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 41, n. 163, jul.-set./2004.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Código Civil completa 15 anos com o mérito de ter trazido estabilidade ao Direito. **Revista Consultor Jurídico.** Publicado em 11 de janeiro de 2017. Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 11/01/2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 5^a ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 3, p. 655-682, jun./2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. vol.1 7^a ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais.** 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. (org.) **Direito Privado, Constituição e Fronteiras.** 2^a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/> Data de acesso 24/05/2016.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. 3^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter.** Trad. Marcos Santarrita. 16^a ed. São Paulo: Record, 2011.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** vol. 4, p. 529/536, jun./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso em 28/11/2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição.** 2^a ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Hermenêutica no século XXI. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** vol. 32/2013, p. 199-231, jul.-dez./2013. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso em 22/12/2016.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações.** 2^a ed. Trad. e notas de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 2.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado:** Novos Paradigmas em face da Globalização. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 205.

SOBRINHO, Elio de Cresci. Jurisprudência dos Interesses. **Revista de Processo.** vol. 205/2012, p. 411-421, Mar./2012, p. 3-4. Disponível em www.revistadotribunais.com.br. Acesso em 22/06/2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.)... et al. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e função social do (e no) direito. In.: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

STIGLITZ, Rubén S. **Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

TEIZEN JR., Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In. **Temas de direito civil**. 4^a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In. TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEORODO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. In. **Revista dos Tribunais**. vol. 844/2006, p. 85-95, fev./2006. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? In. **Revista de Direito Privado**. vol. 27/2006, p. 223-251, jul.set./2006. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 23/05/2016.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**. vol. 940/2014, p. 49, fev./2014. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/08/2014.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3^a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 3. P. 1053-1100, jun./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 26/11/2016.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIAL, Sophia Martini. O fenômeno da codificação e da recodificação no direito privado. **Revista de Direito Privado**. Vol. 64, p. 13-35, out.-dez./2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 26/10/2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3^a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A relatividade dos efeitos contratuais e a autonomia da pessoa jurídica. In. **Revista dos Tribunais**, vol. 905/2011, p. 119-134, mar.2011, p. 4. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 04/07/2016.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.