

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

Norberto Hallwass

**PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE
DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO ESTATAL
NOS CONTRATOS**

São Leopoldo

2007

Norberto Hallwass

**PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE
DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO ESTATAL
NOS CONTRATOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

São Leopoldo

2007

CIP – Catalogação na Publicação

- H193p Hallwass, Norberto
Principiologia contratual no estado democrático e social
de direito : limites e possibilidades da intervenção estatal nos
contratos/ Norberto Hallwass. – 2007.
128f. ; 30 cm.
- Orientação: Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.
1. Contratos. 2. Boa-fé (Direito). 3. Intervenção (Governo
federal) 4. Dignidade. 5. Fenomenologia. I. Santos, André
Leonardo Copetti, orientador. II. Título.
- CDU : 347.44

Catálogo: bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*Principiologia Contratual no Estado Democrático e Social de Direito: Limites e Possibilidades da Intervenção Estatal nos Contratos*”, elaborada pelo aluno Norberto Hallwass, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 04 de dezembro de 2007.

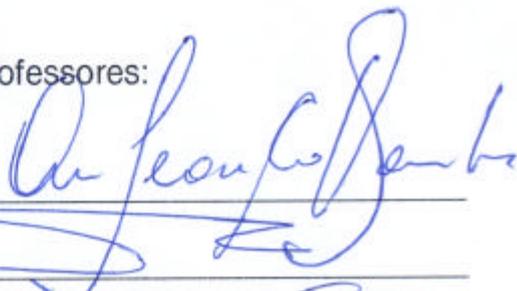


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Leonardo Copetti Santos



Membro: Dr. Jorge Renato dos Reis



Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Ao meu filho André.

Às colegas de trabalho que permitiram que dedicasse
o tempo necessário para a conclusão do trabalho.
À Leodila, obrigado pelo incentivo.
Aos amigos, que compreenderam os momentos de ausência.
Ao meu orientador Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos,
porque sem sua participação não teria chegado até aqui.
A todos muito obrigado!

RESUMO

O estudo apresenta a evolução histórica do desenvolvimento do Estado, desde a manifestação da cidade-estado de Roma à organização social até o surgimento do Estado moderno com a Revolução Francesa. Estuda, ainda, a evolução do Estado, passando pelas idéias do liberalismo, do Bem-Estar Social até atingir-se o Estado Democrático de Direito. Apresenta os princípios norteadores dos contratos, efetuando análise de suas alterações em decorrência das transformações do Estado. Conclui que o Estado Democrático de Direito, como um modelo de garantia de paradigmas onde não há distinção entre público e privado e, como tal, a intervenção estatal no direito contratual, torna-se considerável com vistas a garantir os direitos inseridos na Constituição. Este modelo preserva o interesse da coletividade em detrimento do particular, criando uma série de novos mecanismos para tanto.

Palavras-chave: Estado Liberal; Estado Democrático de Direito; Garantias constitucionais; intervenção estatal; Princípios contratuais.

ABSTRACT

This study presents through a bibliographical research, by means of a phenomenological analysis, the evolution of the constitutional principles of the contract law. The historical evolution of the development of the state is presented since the manifestation of the city-state of Rome, analyzing the social organization up until then, to the appearance of the Modern State with the French Revolution. Its evolution has still been studied, through the Liberalism ideas, the Social Well-Being until reach the Law Democratic State. The main guidelines of the contracts are presented, accomplishing the analysis of their alterations, in consequence of the State transformations. The present work also presents the Law Democratic State as a guarantee model of paradigms where there is no distinction between public and private, and this way the state intervention in the contract law is considerable, aiming to guarantee the rights inserted in the Constitution. This model preserves the interest of the collectivity in detriment of the private, creating a series of new mechanisms for it.

Key-words: Liberal State; Law Democratic State; constitutional guarantees; state intervention; contract principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DO ESTADO	12
1.1 MANIFESTAÇÕES DE ESTADO DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE.....	13
1.2 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO	29
1.3 O ESTADO MODERNO E O CAPITALISMO LIBERAL	35
1.4 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL	43
1.5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	49
1.6 AS TRANSFORMAÇÕES DOS CONTRATOS FRENTE A ESSA EVOLUÇÃO	51
2 FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTRATUAL	59
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	60
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	62
2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	69
2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS	75
2.5 PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO	78
2.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	79
2.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	85
3 INTERVENCIÓNISMO ESTATAL E RELAÇÕES PRIVADAS	89
3.1 NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	94
3.2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR	103
3.2.1 Princípios da Vulnerabilidade e da Proteção.....	104
3.2.2 Princípio da repressão eficiente aos abusos.....	106
3.3.3 Princípio da harmonia do mercado de consumo	107
3.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A EDUCAÇÃO	109
3.5 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E PLANOS DE SAÚDE.....	113
3.6 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O MEIO AMBIENTE	114
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

A humanidade tem seus rumos marcados por avanços e, por vezes, retrocessos sociais. O poder, que era fragmentado na figura do senhor feudal, passou por transformações com a construção do Estado, inicialmente com o modelo liberal, passando por mutações – Estado de Bem Estar, até o Estado Democrático de Direito. Essa evolução trouxe reflexos nas relações contratuais, pois a globalização provocou situações até pouco impensáveis para o âmbito dessas, o que tem levado por vezes à incerteza negocial representada pelo direito contratual.

Como consequência disso são as relações cada vez mais massificadas e impessoais, trazendo a necessidade de se regularem as relações daí advindas, o que torna necessário que cada vez mais que o Estado intervenha nos contratos, com a finalidade de garantia dos direitos inseridos na Constituição. Assim, garantias básicas como a dignidade da pessoa humana, do meio ambiente, da saúde merecem atenção e cuidado por parte do ente estatal como forma de atender aos novos direitos em questão.

Esse contexto social, de verdadeira transnacionalização de empresas, tem levado à supremacia do poder econômico, técnico, ou, em decorrência do monopólio do fornecimento de determinados produtos ou serviços, à necessidade dessa permanente intervenção nas relações contratuais, sob pena de se chegar a abusos que restariam por negar a todas as garantias contidas na Constituição.

Em razão disso, diante da crescente complexidade social, é necessário o estudo sobre a intervenção do Estado na regulação dos conflitos individuais e coletivos decorrentes da celebração de contratos. Observando-se que a Constituição da República trouxe ao texto as idéias de função social e dignidade da pessoa humana, indispensável é o estudo de como o Estado poderá intervir no direito contratual e se os princípios informadores dos contratos ainda valem perante esse novo modelo estatal, ou estão subordinados à nova interpretação. Pretende-se, com a pesquisa, a compreensão do texto constitucional diante desses princípios e de toda a evolução do Estado, enquanto ente, perante as modificações ocorridas ao longo da história, desde a sua concepção até a atualidade, na conformação de Estado Democrático de Direito.

Essa realidade demonstra que nem todas as contratações são possíveis, ainda que possuam os requisitos para a validade dos negócios jurídicos. Necessário é que sejam preservados os direitos e garantias individuais e coletivas inseridos na Constituição. Não se

pode admitir que o simples poder econômico ou tecnológico se sobreponha aos interesses da coletividade, ou mesmo dos destinatários destes, reclamando uma intervenção estatal com o objetivo de garantir o necessário equilíbrio contratual. Nota-se, nesse ponto, que por vezes esse equilíbrio poderá se dar justamente no aparente desequilíbrio, como, por exemplo, nas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O presente estudo baseia-se nesses aspectos e na idéia de função social e boa-fé, que devem orientar a formação e execução dos contratos, subordinando a aplicação dos seus princípios. Essas questões são objeto de estudo no curso de pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, por sua Faculdade de Direito, integrando a área de concentração “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, visando encontrar na atual forma estatal, que é o Estado Democrático de Direito, a concretização do direito constitucional, através das relações até então ditas “privadas”.

Para tanto, o problema apresentado nesta pesquisa será enfrentado segundo a ótica da fenomenologia e da hermenêutica filosófica, buscando sua fundamentação na efetivação dos direitos fundamentais. A análise perpassa pelo estudo do desenvolvimento histórico da construção do Estado moderno, desde as suas manifestações pré-estatais, passando pelo Estado Liberal, pelo Estado do Bem-Estar Social até chegar-se ao Estado Democrático de Direito.

A forma de garantia desses direitos é a crescente constitucionalização do direito até então ditos “privados”. Tal fenômeno se observa pela análise da historicidade, o que ganha relevo com os fundamentos teóricos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que indicam a importância da consciência histórica, a qual permita uma análise comprometida com a evolução social. Assim, questionam-se os postulados ditos fundamentais dos direitos em exame, permitindo uma análise crítica como forma de garantia da concretização dos postulados constitucionais.

A apresentação do tema é realizada em três capítulos nesta dissertação. No primeiro é apresentada a evolução social até o Estado Democrático de Direito e o modo como o Estado da Antiguidade chegou até a Modernidade e ao Estado Liberal advindo com a Revolução Francesa. Nesse ponto, estuda-se o fato social que levou a sua construção naquele modelo. Examinam-se neste capítulo quais são, de fato, os fatores que levam à justificação do Estado em si: num primeiro momento, a segurança da propriedade privada, passando-se pela segurança das obrigações assumidas pelas partes; como a sociedade evoluiu, passando para um modelo que se preocupa com o bem-estar, sendo verdadeiramente um promotor do desenvolvimento. Mais ainda, chega-se ao Estado Democrático de Direito, onde o que vale

são os direitos contidos na Constituição e, como tal, a influência desse novo norte na concretização de direitos, não só individuais, mas também difusos ou coletivos.

Diante das modificações do Estado, também as relações contratuais passam por um estudo, uma vez que com as variações da sociedade também o direito contratual sofre adaptações. Inicialmente, há um afastamento do ente público, pois se tratava de relações ditas “privadas”, e no modelo atual – Estado Democrático de Direito – não há como se separar o público do privado; logo, a intervenção estatal é cada vez mais justificável.

Já o segundo capítulo ocupa-se do estudo dos princípios norteadores do direito contratual. Nesse contexto, a aproximação do direito constitucional do direito civil é flagrante, estando cada vez mais próximos um do outro, observando-se uma verdadeira constitucionalização do direito civil. Nesse passo, princípios como o da dignidade da pessoa humana e função social do contrato acabam por incorporar-se aos seculares princípios da autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos, como forma de atingir-se a concretização das garantias inseridas na Constituição Federal. Nesse passo, a hermenêutica, como mecanismo necessário para o rompimento da tradição, concebe que o direito contratual esteja em consonância com o Estado Democrático de Direito, buscando a concretização das promessas constitucionais.

No terceiro e último capítulo do trabalho em questão é estudado o modelo de Estado Democrático de Direito e suas implicações na organização social, os seus reflexos para a concretização dos direitos coletivos, em detrimento dos interesses particulares. Como forma de aplicação desses postulados e de concretização dos direitos e postulados ali inseridos, analisam-se os perfis históricos de alguns contratos que modernamente servem para dar garantia de concretização às garantias contidas na carta constitucional.

Examinam-se os contratos decorrentes da relação de consumo, envolvendo a educação, os planos de saúde e a influência da preservação do meio ambiente como forma de materializar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Para tanto, são analisados à luz deste novo modelo de Estado – o Democrático de Direito –, onde há prevalência do direito num momento de globalização e privilégio de grandes empresas diante da fragilidade dos consumidores de serviços ou produtos.

Com base na técnica de pesquisa bibliográfica, para solucionar a problemática proposta utiliza-se o método fenomenológico-hermenêutico, partindo-se da descrição histórica e crítica desses fatos. Esse ponto pressupõe a compreensão de que não existem questões imutáveis, mas, sim, o fenômeno social a ser estudado e interpretado com base na realidade em dado momento histórico.

1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DO ESTADO

Para que se possa analisar o assunto proposto é necessário o estudo do modo como evoluíram a sociedade e o Estado, especialmente este, desde o período medieval até a Modernidade, com as implicações daí decorrentes no que diz respeito às relações obrigacionais entre as pessoas.

Ainda que a origem do direito contratual, e do civil como um todo, seja creditada a Roma, é sabido que desde a Grécia antiga já havia essas manifestações. Porém, organizado como sistema, foi aquele que mais influenciou o direito privado. A respeito veja-se o seguinte comentário de Wieacker:

Quer a história jurídica romana, quer a ciência do direito privado tinham o direito romano como objeto e em regra circunscreviam-se ao *Corpus Iuris* justinianeu; a partir deste momento, a evolução do direito romano torna-se numa história do seu impacto no ocidente, história que tinha outros pressupostos e métodos. A história jurídica alemã – pelo menos como ela tem sido feita até à atualidade – ocupa-se mais das fontes de direito, da organização judiciária e da jurisprudência do que da história da ciência jurídica e das instituições; a ciência do direito privado alemão dedica-se tradicionalmente à história dogmática das instituições do direito alemão, ou mais exatamente, das que não provêm do direito comum. A história constitucional moderna, por fim, tem como objeto a história jurídica do próprio Estado moderno. Em contrapartida, esta história do direito privado da época moderna ocupa-se dos pressupostos culturais e científicos do direito privado de hoje.¹

O direito é reflexo do seu tempo, ou, ao menos, das forças dominantes de um tempo e, se é certo que os contratos serviram ao longo do tempo como forma de circulação de riquezas, também o é que serviram a quem detinha a riqueza. Diga-se aqui que nesse momento não há que se falar em Estado, tal como concebido na Modernidade.

Dessa forma, passa-se ao estudo do que foi o momento medieval – pré-moderno – até o surgimento da Modernidade, que permitiu o avanço das relações negociais, garantidas, quando não promovidas, pelo Estado, o qual surgiu com o movimento da burguesia tanto na Inglaterra quanto na França, em especial na Revolução de 1789.

¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 1.

1.1 MANIFESTAÇÕES DE ESTADO DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE

As primeiras manifestações de Estado surgiram na Grécia. Já nesse momento havia discussão sobre a prevalência de leis sobre os homens, como sendo a única forma de convívio em sociedade, ou, no dizer de Novais:

Grande parte da doutrina faz do “império da lei”, do “reino das leis”, a característica fundamental do Estado de Direito, contrapondo-a ao “domínio dos homens”, ao reino do arbitrário, à utilização discriminatória da medida individual “(...) a governante of law, not of men (...)” – Massachusetts’s Declaration of Rights of 1780). É exatamente sob esse prisma que surge a tentação de estabelecer um paralelo entre o Estado de Direito e o Estado antigo, particularmente no caso grego. (...)

Neste sentido, Aristóteles considera o domínio das leis (“razões sem paixões”) como uma soberania equivalente ao (“razões sem paixões”) como uma soberania equivalente ao “governo de Deus e da Razão”, contrapondo-a à soberania dos homens equivalentes a um “impulso animal”.²

Havia já na Grécia antiga a concepção de que não se poderia ficar subjugado à “vontade do soberano”, mas, sim, que a sociedade deveria ser regida por normas que a organizassem e a regulassem, limitando o poder daquele. No modelo ateniense podiam-se perceber os primeiros traços de uma construção de sociedade com a participação do povo na tomada de decisão, através da cidade-estado, no século V a.C. A respeito observa Capella:

Resulta preferível referir os fatos sociais a um *processo de democratização*, o qual pode ir historicamente mais ou menos longe, realizar mais ou menos acabadamente o ideal da sociedade de iguais. E, sem dúvida, os atenienses, em seu processo histórico de democratização, lograram ir muito além que qualquer outro povo da Antiguidade.³

O autor exemplifica, inclusive, o que seria, naquela sociedade o exemplo de civilização, bem como o que teria levado ao declínio daquele que seria o berço da democracia:

² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987, p. 19-20.

³ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 50.

Que os prisioneiros de guerra não foram assassinados ou mutilados senão escravizados, utilizados em tarefas produtivas, é sem dúvida terrível, mas em qualquer caso o costume que se cristaliza nesta instituição é menos cruel que outros costumes (os hititas levantavam monumentos com os crânios dos inimigos derrotados). A escravização de grande número de pessoas e a degradação social (e legal, por certo) das mulheres foram em última instância o limite infranqueável do processo de democratização e também da civilização grega (depois o seria do imenso Império Romano), que acabou arruinando-se ao não poder aglutinar em uma mesma cultura – entendida como modo de vida – a toda a população interveniente nas relações produtivas que a mantinham.⁴

Nesse modelo, e para permitir que os aristocratas permanecessem com alguns privilégios, aos poucos foi sendo garantido o poder político ao povo, a ponto de se chegar à constituição de uma assembléia geral com quatrocentos membros, garantindo-se, inclusive, a qualquer pessoa a busca da manifestação tanto da assembléia quanto do tribunal do povo. Tais concessões tinham o objetivo de garantir a manutenção do sistema, pois, ao efetuar ditas igualdades, sem perder de vista que as castas permaneciam inalteradas, levava-se os cidadãos a se enfileirarem nos exércitos para enfrentar os persas e a própria Esparta, mais afeita às guerras que às letras. Esses aspectos também são observados por Dallari, que relata:

No Estado Grego o indivíduo tem uma posição peculiar. Há uma elite, que compõe a classe política, com intensa participação nas decisões do Estado, a respeito dos assuntos de caráter público. Entretanto, nas relações de caráter privado a autonomia da vontade individual é bastante restrita. Assim, pois, mesmo quando o governo era tido como democrático, isto significava que uma faixa restrita da população – os cidadãos – é que participava das decisões políticas, o que também influi para a manutenção das características de cidade-Estado, pois a ampliação excessiva tornaria inviável a manutenção do controle por um pequeno número.⁵

É importante lembrar que Atenas tinha um comércio forte, em razão do transporte marítimo de então, e, como tal, embora sem a visão de sistema contratual, pode-se dizer que já havia contratos.⁶ Aliás, havia já nesse momento da civilização ocidental a preocupação com a tributação, tanto que, ao assumir o poder, Demóstenes modificou a forma de cobrança, o que mais tarde, com sua derrubada, seria reformulado. Quanto a isso, esclarecedoras são as palavras de Capella:

⁴ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 50-51.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 54.

⁶ Juan R. Capella refere, quanto à existência de comércio: “Sólon tratava de limitar as injustiças sobre as capas populares e os excessos da aristocracia a que pertencia. A necessidade desta política em uma cidade com próspero comércio era amplamente compartilhada”. CAPELLA, op. cit., p. 52.

Assim, Demóstenes, ao advertir que alguns impostos dos que hoje chamaríamos indiretos gravavam por igual a ricos e a pobres, como sempre ocorre com este tipo de imposto, propôs um imposto proporcional às rendas, que foi aprovado; os cidadãos ricos lhe acusaram, alegando que esta lei desorganizava as finanças públicas; finalmente foi absolvido.⁷

Essa sociedade, em que pese rudimentar, teve discussões de fundo, pois já se percebia que as leis eram convenções humanas e, como tal, poderiam não ser justas, mas apenas o que melhor acomodava o interesse dos legisladores naquele momento. Tanto era assim que se admitia a possibilidade de que fosse criada lei injusta, ainda que seguindo todo o seu processo de constituição. A civilização ateniense negava o espírito democrático às leis naturais, considerando que emanavam de um ser que não permitia a correção, ao passo que as leis humanas injustas poderiam ser modificadas. Interessante é que já nessa época havia discussões quanto à limitação da propriedade privada e educação obrigatória e gratuita, independentemente da classe social,⁸ idéias que hoje são atualíssimas, rompendo com os paradigmas que mais tarde surgiriam com as idéias liberais.

Por fim, Platão, em sua obra *A República*, foi, em sentido contrário, indicando que, diversamente do modelo de democracia então existente, Atenas deveria dirigir um império nos moldes de Esparta e do Egito. Todavia, convergia ao aproximar sua visão ao Estado de Direito. Nessa direção é o registro de Novais:

Também Platão teria sido defensor de uma concepção muito próxima do Estado de Direito, já que, em seu entender, as melhores condições possíveis na vida de um Estado seriam atingidas quando a lei, expressão dos “ditames da razão”, fosse ela “própria o soberano absoluto dos governantes e os governantes apenas os escravos da lei”.⁹

Em seguida Roma traria a sua contribuição para a evolução do Estado e, por consequência, do direito. Em princípio, era uma cidade-estado tal qual Atenas e Esparta, mas, por meio de conquistas ao longo de quatorze séculos, transformou-se em estado-imperial, muito extenso. Os romanos dedicaram-se à construção de um sistema jurídico adequado às

⁷ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 55. Observe-se que a pena para aquele que mal administrasse ou apresentasse leis que fossem prejudiciais para a cidade era o ostracis mo.

⁸ Capella observa: “Alguns sofistas, e em particular Protágoras, avançaram propostas de limitação da propriedade privada e de educação obrigatória financiada pelo erário público. Na mesma linha igualitarista há que situa a Antifonte”. CAPELLA, op. cit., p. 39.

⁹ NOVAIS, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, 20.

necessidades de então. Diga-se que, aquela época as necessidades fundavam-se em proteção da propriedade, uma vez que a sociedade organizava-se segundo o modelo de escravidão, no qual as relações privadas eram delegadas à vontade das partes.

A propriedade privada (sobre terras e escravos) fez dominar os meios de produção, usando-as como fundamento, em conjunto com o direito das obrigações, para a segurança jurídica para a circulação de riquezas.

Roma construiu a idéia de cidade-estado com base nas famílias. O *paterfamilias* era a figura central, da qual provinha a formação de agrupamentos, sob seu mando, possuindo escravos que cultivavam as terras que possuía. Organizados em castas, os plebeus não possuíam escravos ou terras, sobrevivendo do cultivo por meio próprio de áreas alugadas do proprietário, nem possuíam direito *quiritário* sobre os imóveis. Sobre a questão Dallari escreve:

Uma das peculiaridades mais importantes do Estado Romano é a base familiar da organização, havendo mesmo quem sustente que o primitivo Estado, a *civitas*, resultou da união de grupos familiares (as *gens*), razão pela qual sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patriciais, compostas pelos descendentes dos fundadores do Estado. Assim como o Estado Grego, também no Estado Romano, durante muitos séculos, o povo participava diretamente do governo, mas a noção de *povo* era muito restrita, compreendendo apenas uma faixa estreita da população. Como governantes supremos havia os magistrados, sendo certo que durante muito tempo as principais magistraturas foram reservadas as famílias patriciais.¹⁰

A produção era parcialmente destinada ao financiamento das atividades de Estado, basicamente as guerras para expansão do império. O espírito privatista, no entanto, levou a que fosse negociada a concessão de terras e prisioneiros como escravos aos senhores. Para compensar os plebeus, foi-lhes permitida a aquisição de terras fora de Roma, tal qual ocorria com os soldados também plebeus, mas que se profissionalizavam. Nesse sentido, Dallari observa que houve a equiparação de camadas sociais, ampliando-se o leque de direitos:

¹⁰ DALLARI, *Elementos da teoria geral do estado*, p. 55.

Gradativamente, em longa e lenta evolução, outras camadas sociais foram adquirindo e ampliando direitos, sem que até o final, desaparecessem a base familiar e a ascendência de uma nobreza tradicional. A par disso, verifica-se que só nos últimos tempos, quando já despontava a idéia do Império, que seria uma das marcas do Estado Medieval, foi que Roma pretendeu realizar a integração jurídica dos povos conquistados, mas, mesmo assim, procurando manter um sólido núcleo de poder político, que assegurasse a unidade e a ascendência da Cidade de Roma.¹¹

A evolução do Império foi acompanhada também pela evolução do direito, com a edição da Lei das XII Tábuas, que passou a ser um marco. O comércio assumiu importância fundamental na circulação de riquezas, sendo necessária a criação de moedas metálicas. Nesse momento também surgiu um marco da evolução do direito obrigacional, pois aquele devedor que não satisfazia àquilo com que havia se comprometido era reduzido à situação de escravo, como relata Capella:

A expansão de Roma foi acompanhada de um avanço civilizatório notável em seus aspectos técnicos – a cultura matriz, e trusca, estava já muito avançada e em contato com os gregos. À produção agrária se somaram as produções artesanal e manufatureira. O comércio necessitou moeda metálica, suscetível de ser entesourada. Enquanto o patriciado latifundiário, apoiado nas instituições políticas republicanas, fez frente facilmente a essas mudanças, os plebeus sofreram seu lado mal. Quem se arruinava perdia, com a propriedade, a liberdade e a cidadania: passavam a ser escravos de seus credores.¹²

No mesmo sentido comenta Alves:

Quando o devedor não cumpre a obrigação, o credor pode intentar contra ele a ação pessoal (*actio in personam*) que a sanciona. No presente formulário, qualquer que fosse o objeto da prestação, a condenação a que estava sujeito o réu era, por via de regra, pecuniária. Já na *extraordinária cognitio* (em que o juiz, ao condenar o réu, devia procurar satisfazer, o mais possível, à pretensão do autor, inclusive ordenando ao réu que restituísse a coisa pleiteada pelo autor), a condenação pecuniária ocorria quando essa possibilidade não existisse: assim, em caso de perecimento da coisa devida; ou quando se tratasse de prestação de fato pessoal do devedor (pois este não podia ser constringido, pela força, a fazê-lo).¹³

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*, p. 55.

¹² CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 64.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. *História do direito romano*. Instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. II, p 42-43.

Para que pudessem contratar e ter acesso à propriedade, os romanos impunham três requisitos: que fosse livre, fosse romano e tivesse plena capacidade jurídica. Logo, os que estavam sob o jugo do *paterfamilias* não possuíam essa capacidade¹⁴, vez que a célula básica da sociedade era justamente a família. O acesso aos tribunais dependia dessa plena capacidade. Como a sociedade era separada por castas, impedia-se, inclusive, que pessoas de “níveis” diferentes se casassem até porque boa parte das uniões eram ajustadas por interesses das famílias em ampliar seus imóveis.

De cidade-estado, Roma construiu um Império. As normas inicialmente estabelecidas para os romanos não serviam aos demais povos conquistados, porque não eram considerados “romanos”. Daí surgiu o *ius gentium*, determinado a reger as relações dos povos conquistados pelo Império e fundado na idéia de boa-fé. Por este se permitia, além da edição das normas pelo Estado, o ajuste de vontades entre os particulares – *obligatio* –, pois muitos não estavam resguardados pelo *ius civile*, mas mantinham relações de comércio. Assim, passaram a conviver o direito editado e o direito pactuado pelas partes.

Dado importante é o fato de que, apesar de o cargo de magistrado ser político e, portanto, descomprometido com o conhecimento jurídico, este possuía assessores técnicos, o que garantia o caráter jurídico nas decisões, uma vez que as obrigações não guardavam, necessariamente, uma preocupação com o conteúdo, como observa Lopes:

Ora, no direito quiritário não há propriamente contratos: há solenidades que criam obrigações e não se indaga qual a vontade das partes. Os institutos antigos de criação de obrigações, como a *sponsio*, *stipulatio*, *nexum*, eram solenes: pronunciadas as fórmulas, feitos os gestos, cumprido o rito, surgia a obrigação. Eram como que ritos religiosos transformados em fórmulas legais. Neste sentido eram abstratos: não vinculavam a uma função econômica específica, nem se indagava da vontade das partes. Os contratos propriamente ditos se vão desenvolvendo com a vida comercial do Mediterrâneo. Lembremos que os romanos, seu direito e seus interesses são inicialmente fundiários e não comerciais.¹⁵

Como não interessavam ao Estado as relações privadas, ele pouco as regulava, conferindo aos particulares autonomia em suas vontades. Nesse passo, não havia maiores interferências na contratação entre particulares, máxime pelo fato de que a sociedade era

¹⁴ Lembra-se que as mulheres não atingiam nunca essa capacidade, pois ficavam sob a tutela do pai ou do marido; os filhos, enquanto o pai fosse vivo da mesma forma, e os escravos, por não possuírem a liberdade. Assim, era restrito o grupo de cidadãos que possuíam esses requisitos.

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 50-51.

organizada em castas, e a força de trabalho, fundada na escravidão. O Estado, nesse momento histórico, preocupava-se com a segurança das propriedades privadas, deixando à auto-regulamentação determinar como seriam regidas as obrigações naquela época.

Os conceitos e premissas postos pelos romanos, entretanto, não mais se amoldam ao modelo de Estado existente na atualidade. O Estado não era intervencionista, como ocorre atualmente tanto na esfera privada – tomem-se como exemplos a regulamentação de relações de consumo, planos de saúde, previdência privada, para citar apenas alguns – quanto na pública.

É importante observar que três elementos fundamentaram o Medieval:

A - O *cristianismo* – base da aspiração à universalidade, isto é, a idéia do Estado universal baseado na aspiração a que toda a humanidade se tornasse cristã. Dois (2) fatores, porém, influem nestes planos, a saber: 1º) a multiplicidade de centros de poder e 2º) recusa do Imperador em submeter-se à autoridade da Igreja.

B - As *invasões bárbaras* – que propiciaram profundas transformações na ordem estabelecida, sendo que os povos invasores estimularam as regiões invadidas a se afirmar como unidades políticas independentes. Percebe-se, pois, que no Medieval a ordem era bastante precária, pelo abandono de padrões tradicionais, constante situação de guerra, indefinição de fronteira política, etc.

C - O *feudalismo* – desenvolve-se sob um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial. Ocorre, principalmente, por três institutos jurídicos: 1º) vassalagem (os proprietários menos poderosos a serviço do senhor feudal em troca da proteção deste); 2º) benefício (contrato entre o senhor feudal e o chefe de família que não tivesse patrimônio, sendo que o servo recebia uma porção de terras para cultivo e era tratado como parte inseparável da gleba); 3º) imunidade (isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício).¹⁶

Constata-se, pelas características desse “Estado”, em primeiro lugar, que, em face da influência do cristianismo, não há separação linear entre o poder humano e o poder divino. Assim, o monarca justifica-se no poder como sendo o enviado de Deus, não por ser um resultado da organização política da sociedade.¹⁷ Acerca da importância da Igreja nesse período, esclarecedoras são as palavras de Duby:

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.

¹⁷ Del Royo, a esse respeito, observa: “A oficialização do cristianismo como religião de estado em Roma, trasladada depois aos reinos medievais, e sua manutenção durante boa parte da época moderna, fez desta doutrina um componente importante do direito público na tradição cultural do ocidente. A doutrina medieval do direito público é claramente teológica. Os monarcas não são divinizados como os imperadores romanos, mas obtêm sua legitimação a partir do que os teólogos chamam a *lei divina*. Pode dizer-se que o cristianismo foi o principal instrumento de da *hegemonia cultural* da aristocracia feudal e de *legitimação* do poder político na Europa, e que ademais participou, com a elaboração teológica da idéia de *direito natural* ou de *lei natural*, na justificação de grande número de instituições jurídicas (inclusive privadas), pré-modernas.” DEL ROIO, José Luiz. *Igreja medieval: a cristandade latina*. São Paulo: Ática, 1997, p. 81-82.

Até o início do século XII, os monges inconstestavelmente detiveram o mais alto poder no reino da França. Este poder emanava de duas fontes. Para começar, dos santos. Os mais eficazes não eram venerados nas catedrais. Foi o que se viu em Paris em 1128-1129: *o mal des ardents* (doença dos que ardem, espécie de erisipela gangrenosa) grassava, os predicadores tonitruavam; o Céu, diziam, se irritara com a recente tendência malsã dos homens a cuidarem exageradamente da cabeleira, usando-a longa como as mulheres, a se vestirem como elas e estirar a ponta do seus sapatos; era em vão que os doentes iam a Notre-Dame; para que a epidemia cedesse, foi necessário transportar o relicário de santa Genoveva da colina até a catedral. Cuidadosamente orientada pela divulgação dos milagres, a devolução dos fiéis voltava-se para os cofres, suas esmolas para os monges, seus guardiães, que as tiravam das criptas no momento oportuno. A onda de oferendas na parou de aumentar durante os três primeiros terços do século XI, enriquecendo os grandes mosteiros relicários com terras e escravos, com o poder de comandar e proteger, com “costumes”.¹⁸

A descrição do autor demonstra o quanto foi importante a manifestação do cristianismo através da Igreja. Observe-se que tal influência chegou até as relações privadas, em especial em relação à família, à propriedade e ao direito obrigacional, pois a palavra dada, o exercício da autonomia de vontade,¹⁹ influenciou por vários anos os costumes sociais. Veja-se que, nesse momento, ainda não estava consolidada uma atividade comercial forte, tanto que a própria Igreja repreendia aqueles que viviam do comércio, visto que não produziam nada, apenas intermediavam e lucravam com a atividade. Assim, o direito contratual oficial não era extenso, pois se reduzia às necessidades de então. Sobre este aspecto Bloch esclarece:

A anemia da vida comercial reduzida ao extremo o capítulo dos contratos. Quando, em certos meios especiais, se assiste ao desenvolvimento, de novo, de uma economia mercantil mais ativa, a incapacidade de que o direito comum, tal como os tribunais habituais, dava provas, face a semelhantes debates, fez com que, cedo, os grupos de comerciantes os solucionassem entre eles, primeiro, mediante arbitragens não-oficiais, mais tarde, por meio de jurisdições próprias.²⁰

As Cruzadas tiveram importante papel nesse contexto, a ponto de Del Roio relatar:

¹⁸ DUBY, Georges. *A Idade Média na França: de Hugo Capeto a Joana d'Arc*. Tradução Clóvis Marques. Ver. técnica e apresentação Vânia Fróes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 100-101.

¹⁹ Tal princípio será examinado no próximo capítulo.

²⁰ BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução de Liz Silva, rev. de Miguel Rodrigues e Eugénia Rodrigues. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2001, p. 375-376.

A cristandade latina, proclamando recentemente ser a única a expressar a vontade divina, convenceu-se de que detinha o direito e o dever de impor esta verdade a qualquer indivíduo ou sociedade. Na medida que se acentuava o dogmatismo e a soberba do poder latino, cresciam as contestações e resistências. O resultado foi uma espiral de repressão, pois os opositores ou apenas divergentes passavam a ser vistos maniqueisticamente como contraditores de deus e seguidores do diabo. Deveriam ser aniquilados. Necessária e funcional, a existência do inimigo ajudava a compactar as fileiras do sistema, tornando-o mais duradouro. Na eventualidade de não existir o inimigo, bastava inventá-lo, caluniá-lo, pintá-lo como abominável e abatê-lo.²¹

Havia, portanto, clara separação de poder, e tais fatos tinham conseqüências na estruturação desse “Estado”. Foi um momento de grande instabilidade política, social e econômica; de conflito entre poder temporal e poder espiritual; de fragmentação do poder; de costumes que estavam assentes no sistema jurídico, que era permeado por privilégios e costumes e, em conseqüência disso, de relações de dependência e hierarquia de privilégios²². Esta também é a observação de Dallari:

A própria Igreja vai estimular a afirmação do Império como unidade política, pensando, obviamente, no Império da Cristandade. Com esse intuito é que o Papa Leão III confere a Carlos Magno, no ano de 800, o título de Imperador. Entretanto, dois fatores de perturbação iriam influir nesse planos: em primeiro lugar, uma infinita multiplicidade de centros de poder, como os reinos, os senhorios, as comunas, as organizações religiosas, as corporações de ofício, todos ciosos de sua autoridade e sua independência, jamais se submetendo, de fato, à autoridade do Imperador; em segundo lugar o próprio Imperador recusando submeter-se à autoridade da Igreja, Havendo imperadores que pretenderam influir em assuntos eclesiásticos, bem como inúmeros papas que pretenderam o comando, não só dos assuntos de ordem espiritual, mas também de todos os assuntos de ordem temporal.²³

Esse era o modelo que se consolidou, com pequenas variações, em toda a Europa. Nesse contexto, no interior da ordem feudal começaram a surgir movimentações mercantis, uma vez que a produção não se destinava somente ao autoconsumo – subsistência –, mas também para a venda, o que passou a exigir segurança nas relações negociais. Nesse momento a subsistência praticamente prejudicava a realização de circulação de riquezas, pois o que era necessário era produzido no próprio feudo, como bem observa Huberman:

²¹ DEL ROIO, *Igreja medieval...*, p. 59.

²² STRECK, MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 21.

²³ DALLARI, *Elementos da teoria geral do estado*, p. 56-57.

Hoje em dia, terras, fábricas, usinas, minas, rodovias, barcos e maquinário de todo o tipo são necessários à produção das mercadorias que utilizamos, e chamamos um homem de rico pelos bens desse tipo que possui. Mas no período feudal, a terra produzia praticamente todas as mercadorias de que se necessitava e, assim, a terra e apenas a terra era a chave da fortuna de um homem. A medida de riqueza era determinada por um único fator – a quantidade de terra. Essa era, portanto, disputada continuamente, não sendo por isso de surpreender que o período feudal tenha sido um período de guerras.²⁴

Conviviam nesse momento situações antagônicas, visto que existiam os feudos, com suas normatizações, e o capitalismo/mercantilismo incipiente, no qual as pessoas valiam conforme sua condição de compra e venda.²⁵

Nem tanto o conteúdo quanto a forma passa a dar segurança às relações entre indivíduos, pois é o conjunto dessas manifestações de vontades – das maiorias – que leva a que a autoridade seja respeitada. Parte-se do pressuposto de que todos são iguais – ainda que apenas formalmente –, surgindo aí o conceito de poder como vinculação de comando e obediência entre os “iguais”.

Em Bodin, por exemplo, a vontade dos indivíduos pouco importava. Os “súditos”, nessa época, tiveram apenas uma relação vertical com o soberano, não se falava em pacto entre os indivíduos que criavam a sociedade. Já Pufendorf entende que o conceito de poder decorre de uma dedução jusnaturalista acerca da sociabilidade e fundação do direito na medida em que a sociedade surge para atender às necessidades de autoconservação.²⁶

Importante nesse passo é que o senhor feudal era também o juiz das disputas entre os vassallos e, mesmo, dos litígios ocorridos entre estes e aquele. A respeito observa Huberman:

²⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 10.

²⁵ Capella comenta: “É fundamental registrar que no interior da ordem feudal surgiram finalmente relações de intercâmbio mercantil, e surgiu também produção para o mercado (e não mais para o autoconsumo e a tributação feudal em espécie). Que a diferença da produção agrícola feudal, tendencialmente estável, a produção artesanal e manufatureira para ser levada ao mercado tinha rendimentos variáveis, e gerava conseqüentemente invocação social (de todo tipo). Que os pequenos reinos constituídos depois da caída do Império romano, efemeramente reorganizados mais ou menos idealmente em império por Carlos Magno e de novo dispersos, deram lugar a algumas unidades maiores mais estáveis: a Florença dos Médici, a unidade política de Castilha e Aragão, o reino da Inglaterra, França... até chegar às modernas monarquias absolutistas. *E prossegue o autor*: Durante algum tempo coexistiram dois tipos de relações em realidade pouco compatíveis: uma de ordem de relações feudais, fixadoras, nas quais as pessoas tinham distintos estatutos (ou conjuntos de obrigações dos demais para com elas) segundo sua posição de classe – com produção para o auto-consumo e tributo em espécie; e uma ordem de relações de capitalismo mercantil, na qual as pessoas valiam em função do que pudessem comprar com independência de sua origem social – com produção para o intercâmbio.” CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 89.

²⁶ DUSO, Giuseppe. *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 61 e 94.

Acontecia, sem dúvida, que às vezes o costume era transgredido, tal como, hoje em dia, as leis. Uma briga entre dois servos seria resolvida no tribunal do senhor – de acordo com o costume. Uma briga entre servo e senhor tendia sempre a ser solucionada favoravelmente ao senhor, já que este podia ser o juiz da disputa. Não obstante, houve casos em que o senhor, que freqüentemente violava os costumes, era chamado a se explicar, por sua vez, a seu senhor imediato. Esse fato se verificava particularmente na Inglaterra, onde os camponeses podia ser ouvidos no tribunal real.²⁷

Com Hobbes inicia-se uma nova forma de poder, fundada no “contrato social”, pela qual todos criam o juiz único e a ele prometem obediência e submissão. O poder civil único, por ser a vontade de todos, é maior que a vontade individual²⁸. Nesse contexto, Rousseau apresenta um declínio do poder de resistência, pois a vontade individual não poderá suplantar a geral, expressa naquele pacto social e que se estabelece para garantia da convivência social. Locke e Pufendorf negam essa supremacia, buscando limitações ao poder: o primeiro, no divino; o segundo, no *imperium limitatum*.²⁹

Os mercadores passaram a se fixar nas cidades, de preferência naquelas situadas no cruzamento das grandes estradas ou no estuário dos rios. A permanência dos mercadores na cidade deu nova animação às velhas cidades. Assim, freqüentemente um novo burgo aparecia sob proteção da antiga cidadela, e outras cidades nasciam espontaneamente nos locais mais bem situados. Dos burgos, quase sempre fortificados, derivam o nome de “burgueses” dados aos comerciantes, quase que sinônimo de “mercador”, conforme relata Huberman:

Um dos efeitos mais importantes do aumento no comércio foi o crescimento das cidades.

Sem dúvida, havia certo tipo de cidades antes desse aumento no comércio, os centros militares e judiciais do país, onde se realizavam os julgamentos e onde havia bastante movimento. Eram realmente cidades rurais, sem privilégios especiais ou governo que as diferenciasse. Mas as novas cidades que se desenvolveram com a intensificação do comércio, ou as antigas cidade que adotaram uma vida nova sob tal estímulo, adquiriram um aspecto diferenciado.

Se é um fato que as cidades cresceram em regiões onde o comércio tem uma expansão rápida, na Idade Média temos de procurar as cidades em crescimento na Itália e Holanda. E é exatamente onde elas surgiram primeiro.³⁰

²⁷ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 9.

²⁸ DUSO, *O poder...*, p. 22.

²⁹ Idem, p. 94, 157-178.

³⁰ HUBERMAN, op. cit., p. 26.

A mesma observação é apresentada por Dallari, que, ao comentar a influência do cristianismo, escreve:

Assim, por exemplo, observa HERNI PIRENNE que desde o século IX os bizantinos, que eram cristãos, através de seus postos mais avançados nas costas italianas, Nápoles, Amalfi, Bari e, principalmente Veneza, comerciaram mais ou menos ativamente com os árabes da Sicília, da África do Norte, do Egito e da Ásia Menor. Em outras regiões sempre se manteve a luta entre cristãos e não-cristãos. Dentro desse quadro é que se encontram os fatores de transformação, que, despertando aspirações e criando novas condições, irão determinar as características do Estado Moderno.³¹

Diga-se, nesse passo, que a influência da Igreja atrasou a evolução ao condenar a prática do comércio, visto que o lucro não seria resultado do trabalho honesto. Huberman explica a doutrina cristã difundida então:

A Igreja ensinava que, se o lucro do bolso representava a ruína da alma, o bem-estar espiritual estava em primeiro lugar. “Que lucro terá o homem se ganhar todo o mundo e perder sua alma?” Se alguém obtivesse numa transação mais do que o devido, estaria prejudicando a outrem, e isso estava errado. Santo Tomás de Aquino, o maior pensador religioso da Idade Média, condenou a “ambição do ganho”. Embora se admitisse, com relutância, que o comércio era útil, os comerciantes não tinham o direito de obter numa transação mais do que o justo pelo seu trabalho. Os homens da Igreja na Idade Média teriam condenado fortemente o intermediário que, alguns séculos mais tarde se tornará, segundo a definição de Disraeli, “um homem que trapaceia de um lado e saqueia de outro”. A moderna noção de que qualquer transação comercial é lícita desde que seja possível realizá-la não fazia parte do pensamento medieval.³²

O aumento populacional e o crescimento econômico alteraram, portanto, o quadro social: a nascida burguesia, como representava uma força inteiramente nova, teve de criar o seu lugar nesse mundo. O grupo também queria privilégios, como liberdade de circulação sem sobrecarga de encargos financeiros e obrigações. Os burgueses conquistaram, aos poucos, as cartas de privilégios das cidades novas e das comunas rurais: era a conquista da liberdade

³¹ DALLARI, *Elementos da teoria geral do estado*, p. 58.

³² HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 38.

pessoal, a abolição dos impostos de trabalho. Progressivamente, o fato de residir na cidade conferiria a todos os burgueses os direitos instituídos em benefício dos comerciantes.³³

Essa burguesia passou, então, a ter acesso à riqueza e, como tal, passou a exigir proteção do Estado e segurança nas relações negociais que praticava. O Estado, nesse contexto, servia para garantia do cumprimento dos ajustes comerciais, estabelecendo que os devedores deveriam cumprir suas obrigações, sob pena de intervenção para que tal ocorresse na forma estatal. Os senhores feudais, no entanto, tinham o dever, naquela organização social, de garantir a segurança aos vassalos e de que poderiam cultivar as terras que lhes eram entregues para o cultivo. Contudo, Boissonnade observa que essa segurança era ilusória: “O sistema feudal, em última análise, repousava sobre uma organização que, em troca de proteção, freqüentemente ilusória, deixava as classes trabalhadoras à mercê das classes parasitárias, e concedia a terra não a quem cultivava, mas aos capazes de dela se apoderarem”.³⁴

O poder continuava a ser exercido pelos monarcas, que arbitrariamente impunham a cobrança de impostos à classe dos burgueses, os quais nesse momento detinha poder financeiro, mas não o poder político. Diga-se que então não se falava em contratos, pois aos senhores não interessava a relação obrigacional, uma vez que possuíam poder integral sobre seus feudos. Nesse contexto, começaram a surgir os movimentos que levaram à Revolução Francesa, cujo motivo foi a concepção de que a constituição é o marco de limite do poder, garantindo aos cidadãos o direito de liberdade e igualdade como pressupostos para aquele.

Enfim se chegou à dita “época moderna”, marcada, inicialmente, por grandes descobrimentos geográficos – circunavegação da África e descoberta da América –, os quais trouxeram significativas modificações ao universo feudal.³⁵ Até aqui a forma feudal exigia atividades produtivas tendo como finalidade a própria manutenção (subsistência); os atos de comércio – troca ou compra e venda – existiam, mas de forma tímida, principalmente em razão da cultura de subsistência e da própria influência da Igreja, como se viu.

Os *mercados* foram aparecendo aos poucos, um a um, começando pelo mercado de *grãos*; era característica a existência física, as feiras eram comuns, mas muito mais próximas de eventos festivos que propriamente comerciais. Por conseqüência, o comércio era voltado às classes mais abastadas e envolvia objetos mais luxuosos, pois eram elas que tinham a

³³ PERNOUD, Régine. *As origens da burguesia*. Mem Martins (Portugal); Publicações Europa-América, 1973, p. 76.

³⁴ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 15.

³⁵ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 93.

possibilidade de pagar com metais preciosos os produtos.³⁶ Nesse momento, portanto, não havia uma atividade comercial forte, até em razão da economia de consumo, visto que os feudos eram praticamente auto-suficientes no que necessitavam. Contudo, as Cruzadas alterariam esse quadro, na medida em que passaram a ser necessários suprimentos, o que deu novo impulso ao comércio e às relações entre as partes. Sobre isso é a lição de Huberman:

As Cruzadas levaram novo ímpeto ao comércio. Dezenas de milhares de europeus atravessaram o continente por terra e mar para arrebatar a Terra Prometida aos muçulmanos. Necessitavam de provisão durante todo o caminho e os mercadores os acompanhavam a fim de fornecer-lhes o que precisassem. Os cruzados que regressavam de suas jornadas ao Ocidente traziam com eles o gosto pelas comidas e roupas requintadas que tinham visto e experimentado. Sua procura criou um mercado para esses produtos. Além disso, registrou-se um acentuado aumento da população, depois do século X, e esses novos habitantes necessitavam de mercadorias.³⁷

A sociedade burguesa necessitava da interferência do Estado para obter garantias às atividades mercantis que surgiam, ou seja, os capitalistas de então necessitavam de segurança jurídica para as suas atividades, do que resultaram novas demandas sociais em relação ao poder. Streck e Bolzan³⁸ esclarecem:

Com o Estado, nessa sua nova feição, procura-se ligar o Poder a uma função e “para que se formasse o conceito de Estado era necessário que a potência, que é a Possibilidade de ser obedecido, se reforçasse com a autoridade, que é uma qualificação para dar a ordem” (Burdeau). O rompimento paradigmático da velha ordem medieval para a nova ordem se dá principalmente através da passagem das relações de poder (autoridade, administração da justiça, etc.) – até então em mãos privadas do senhor feudal – para a esfera pública (o Estado centralizado). Ou seja, na medida em que ocorria a alteração do modo de produção, a sociedade civil agregava novas exigências ao que até então era exercido pelo poder privado (comunicações, justiça, exército, cobrança de impostos, etc.).

Se na Idade Média o poder político de controle social permanecia em mãos privadas, confundindo-se com o poder econômico, a partir do Estado Moderno e da economia de mercado formalizou-se uma separação relativa entre tais poderes. Com isso, estabelecia-se a dicotomia público-privado ou sociedade civil/sociedade política. É nesse exato sentido que Roth lembra que a distinção entre a esfera privada e a pública, a dissociação entre o poderio político e o econômico e a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil, *são as principais especificidades que marcaram a passagem da forma estatal medieval para o Estado Moderno.*

³⁶ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 94.

³⁷ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 18.

³⁸ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 28.

Assim, por um período coexistiram na Europa ocidental e central dois modos de economia: um feudalista (que aos poucos ia se dissolvendo) e um capitalista mercantil (que crescia), que se dirigia para a industrialização. Os artesãos e fabricantes reuniam-se para a construção de bens complexos, como carruagens, armas etc. As “guerras de religião” foram importantes por promoverem a necessidade de fabricação de armas, vestuário, calçados, meios de transporte. Lembre-se que era extraído ouro da América através de indígenas escravizados pelos espanhóis.³⁹

Com a industrialização, por meio de máquinas movidas por moinhos hidráulicos ou por animais, a produtividade elevou-se. Os empresários, então, passaram a ser mais importantes para a sociedade que a aristocracia. Com a chegada das máquinas a vapor (inicialmente na Inglaterra), chegou-se à primeira Revolução Industrial.⁴⁰ Com esse sistema de produção surgiu definitivamente o capitalismo, no qual existe mão-de-obra barata – daqueles que até então eram mendigos decorrentes da expulsão dos feudos e que não tinham para onde ir – e energia a base de carvão, bastante barata. Sobre essa realidade Leal relata:

De outro lado, os movimentos da Revolução Comercial e o Mercantilismo têm definida influência na delimitação do tipo de sociedade e de homem burguês da Idade Moderna. Isto porque a economia Européia transforma-se drasticamente a partir do século XV, como decorrência do considerável desenvolvimento comercial da segunda parte da Idade Média e das descobertas do Novo Mundo (América por Colombo, e a rota das Índias por Vasco da Gama), o que faz ser instaurada uma série de medidas de ordem econômica e política, com que os reis procuram aumentar o absolutismo monárquico, resultando um período em que o governo monárquico controla todos os ramos da atividade econômica e neles interfere, participando, muitas vezes diretamente, dos empreendimentos comerciais. Esta postura do Estado Monárquico não agrada um amplo setor da economia que pretende tão-somente ver garantidas suas liberdades de comerciar sem ter que repartir seus vencimentos ou lucros com o setor público.⁴¹

A Modernidade, no plano das idéias, construiu-se a partir de dois grandes movimentos: o Renascimento, que corresponde, no plano político, à constituição de grandes Estados absolutistas, e a Ilustração, que traz a hegemonia cultural da burguesia – no século XVIII, chamado “Século das Luzes”. Foi por meio desses movimentos que uma classe social entrou para a história, a burguesia, pois com o sistema produtivo criou-se na sociedade uma

³⁹ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 95.

⁴⁰ CAPELLA, *op. cit.*, p. 96.

⁴¹ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 48-49.

classe que não era de nobres nem de servos. Eram os comerciantes, os artesãos (pré-industriais) ricos, que, por vezes, tinham assento nas decisões nos conselhos municipais que discutiam impostos.

Entretanto, não havia igualdade entre os aristocratas e nobres com a burguesia, visto que os membros desta eram consideradas pessoas diferentes; logo, somente havia necessidade de lealdade com os iguais, e estes não eram iguais. Mais tarde, em razão da crise, outra classe mereceria destaque, os trabalhadores assalariados, que passaram a ser os desiguais dos burgueses.

No mundo medieval a unificação ocorria por meio da fé, porém isso não pôde se manter no mundo moderno, inicialmente, pelo fato de que não havia mais uma religião apenas, mas, sim, várias, como o próprio cristianismo, o luteranismo e o calvinismo. As pessoas deixaram de ser vistas como cristãos, passando a ser consideradas cidadãos. Em razão disso, houve a intensificação de guerras “de religião”.⁴² Assim, não se poderia mais separar as pessoas em função de seus sentimentos ideológicos.

A Modernidade acabou por encerrar o sentimento religioso, passando-se a buscar outras formas de identidade. O movimento protestante acabou por subsumir o sentimento religioso do controle do clero e trouxe o assunto da consciência de cada um para o caráter privado. Os cientistas deixaram de acreditar na providência divina, procurando demonstrar que existem leis naturais de funcionamento do universo. A fragmentação religiosa acabou por fragmentar o poder da religião sobre o Estado, e coube aos filósofos a tarefa de legitimar o poder em pessoas diversas daquelas “divinas”. Na era moderna a *razão* ganha importância significativa na história substituindo a fé, em especial pelos êxitos dos alquimistas e matemáticos árabes e pelos conhecimentos de Galileu e de Newton.

A razão é, então, encarregada de construir novos conceitos, como soberania e cidadania. Aristóteles já dizia que não há ciência em coisas particulares, mas em regras gerais, por isso, as ciências da Modernidade não se ocupavam do caso concreto. Como exemplo, pouco importava se a bola caía, e, sim, o porquê de ela cair.⁴³ Esse pensamento levou à crença

⁴² CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 100.

⁴³ Streck e Morais ponderam: “Independentemente do “nome da coisa” ou do mérito dos argumentos alinhavados a favor de uma tese ou de outras, é importante deixar assentado que o *Estado Moderno é uma inovação*. A começar pelo fato de que, no feudalismo, o Poder é individualizado – encarna-se num homem que concentra na sua pessoa os instrumentos da potência e a justificação da autoridade (*Poder carismático*, na acepção de Weber). Como contraponto, no Estado Moderno a dominação passa a ser legal-racional, definida por Weber como aquela decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a “dominação burocrática”, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas a regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer. Como se pode perceber, a dominação legal-racional, própria do Estado Moderno, é a antítese da dominação carismática, predominante na forma estatal medieval.” STRECK; MORAIS. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 26.

de que a produção de bens, aplicando-se as ciências e tecnologias que iam sendo desveladas, permitiria um crescimento econômico acelerado, o que, porém, ocorreu somente para uma pequena parcela da sociedade. Até aqui não havia preocupação maior com os contratos.

Como marco tem-se apenas Roma, onde o direito civil preocupava-se mais com as questões ligadas à propriedade do que com as relacionadas às obrigações. Tal modelo decorria do modelo escravagista vigente, no qual as relações obrigacionais tinham cunho estritamente privado, limitando-se o Estado a interferir nas formalidades, não no conteúdo dos ajustes. A prevalência, nesse momento histórico, da liberdade de contratar – autonomia da vontade – e a força obrigatória dos ajustes eram levadas às últimas conseqüências. Portanto, não havia espaço para se admitir a discussão dos contratos celebrados, uma vez que, cumpridas as formalidades, deveriam ser respeitados pelos contratantes.

1.2 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO

Diante desse momento de constante ebulição surgiu o Estado dito “moderno”,⁴⁴ com todas as transformações decorrentes das disputas de poder antes referidas. Morais registra sobre esse novo momento:

Tendo emergido como uma característica fundamental do Estado Moderno, a soberania é tratada teoricamente por primeira vez em *Lês Six Livres de la Republique*, de Jean Bodin, no ano de 1576. Antes disso, a construção desse conceito vem-se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela idéia que lhe será fundante, como poder supremo, o que irá acontecer já no final da Idade Média, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra – o rei torna-se, então, detentor de uma vontade incontrastada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderoso, e.g., os barões ou os senhores feudais nos limites de suas propriedades. Ou seja, deixa de existir uma concorrência entre poderes distintos, e ocorre uma conjugação dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano.⁴⁵

⁴⁴ O Estado moderno, segundo Morais, deve ser chamado apenas de “Estado”, pois não se pode falar em estado antes desse momento, apenas de formas estatais (Morais).

⁴⁵ MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 24.

Esse modelo estatal era um modelo absolutista, no qual os centros de poder dispersos em várias pessoas ou várias instituições passam a ser concentrados na pessoa do monarca. Prova disso é o dizer do rei de que ele era o Estado, ou, nas palavras de Streck e Morais:

Como primeira expressão do Estado Moderno vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na idéia de soberania vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas *monarquias absolutistas*, fazendo com que como sustenta Duguit, a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L'État c'est moi* – o Estado sou eu.⁴⁶

Nesse contexto de constantes e profundas transformações surgiram os elementos do Estado moderno, os quais eram indispensáveis para essa nova forma: indivíduo, estado da natureza, esfera pública e privada, soberania, direitos, pacto, cidadania, povo e representação.⁴⁷ Os indivíduos são o ponto de partida, entendidos como seres humanos, não mais como cristãos, em face da influência do cristianismo. Hobbes teve participação nessa compreensão ao entender que não haveria a necessidade de buscar-se a fé religiosa, pois não se trataria de uma construção metafísica; outro aspecto é que o indivíduo é definido à margem da sociabilidade.

Seguindo essa linha de pensamento de que o homem é o centro do universo, Leal anota:

Aqui, o homem não é mais visto como criatura, portanto, na sua relação para com o absoluto. Ele é visto como criador, ante a natureza, na qual se encontra; dela se distingue, enquanto racionalidade; sobre ela deve atuar, celebrando assim a sua liberdade. O homem se liberta de um enfoque que lhe impunha valores como a admiração, a adoração, a obediência, o respeito e o desapego. Novos valores surgem: individualidade, liberdade, criatividade, participação e enriquecimento.⁴⁸

Abandona-se, pois, a fé nos seres divinos, para que a razão tome o seu lugar no cotidiano, assim como em relação às relações e às idéias de sociedade e poder estatal. Aqui surgem novos fatores a justificar a existência do Estado. Não são mais espirituais, mas, sim,

⁴⁶ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 44.

⁴⁷ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 104.

⁴⁸ LEAL, *Teoria do estado...*, p. 50.

de ordem natural e racional, tendo a liberdade do homem como o ponto-chave, como Rogério Leal explicita:

Sobre a origem e o governo da sociedade, ocorre também uma profunda renovação, pois, enquanto na Idade Média vigoravam concepções sacrais e teológicas, na Moderna elaboram-se teorias baseadas no instinto, na racionalidade, na lei natural, na liberdade do homem, oportunidade em que surgem as contribuições de Thomas Moros e Campanella. Articulam-se doutrinas políticas, embasadas em princípios históricos e experimentais, em oposição aos princípios da metafísica, com Machiavelli, Bodin e Grócio.⁴⁹

É certo que o homem nasce e necessita de certos cuidados sociais, não só de alimentação, como também de cuidados culturais, de vida em sociedade. A questão que fica no ar é: Por que os modernos entenderam o homem como individual, não como um ser social? A resposta é o fato de que o capitalismo exige uma visão individual exacerbada. Como observam Streck e Morais:

Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano concretizando-se *mutatis mutantis*, aquilo que Hobbes sustentou no Leviatã. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia. Como bem lembra Bonavides, *a monarquia absolutista não foi jamais a burguesia politicamente no poder*. A contradição enfaixada pelo poder monárquico absoluto no seu comportamento perante as classes sociais conduz por vezes aquele equívoco de interpretação. A monarquia favoreceu consideravelmente os interesses da burguesia nascente, normalmente na área econômica.⁵⁰

O fato de a burguesia, nesse primeiro momento do Estado moderno, permitir o absolutismo tinha como função principal seus negócios; o capitalismo nascente era garantido pela monarquia, que, em troca, cobrava tributos para a sua manutenção.

A Modernidade trouxe uma transformação nos hábitos, levando a que o que era considerado repreensível passasse a ser a regra. Na observação de Huberman:

⁴⁹ LEAL, *Teoria do estado ...*, p. 51.

⁵⁰ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 46-47.

A velha organização feudal rompeu-se sobre a pressão de forças econômicas que não podiam ser controladas. Em meados do século XV, na maior parte da Europa ocidental, os arrendamentos pagos em dinheiro haviam substituído o trabalho servil, e, além disso, muitos camponeses haviam conquistado a emancipação completa. (Nas áreas mais afastadas, longe das vias de comércio e da influência libertadora das cidades, a servidão perdurava.) O trabalhador agrícola passou a ser algo mais do que um burro de carga. Podia começar a levantar a cabeça com um ar de dignidade.⁵¹

Outra grande marca do pensamento de Thomas de Hobbes⁵², depois copiado por Locke, Rousseau e Kant, é fazer funcionar o individual perante o social. Esse estado de natureza abstrai o homem de toda instituição política, como se os indivíduos não dependessem de poder nem fossem obrigados a respeitá-lo. Streck e Bolzan comentam tais fatos:

Uns, como Thomas Hobbes e Spinoza, vêem-no como estado de guerra, ambiente onde dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, domínio do(s) mais forte(s), expressando-o como adágios, tais como: *guerra de todos contra todos; o homem logo do homem; etc.* Outros, como Rousseau, definem-no como estado histórico de felicidade – o estado primitivo da humanidade – onde a satisfação seria plena e comum (mito de selvagem, sendo significativa a frase de abertura do Contrato Social: *os homens nascem livres e iguais e em todos os lugares encontram-se a ferros*) e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental. O estado civil seria um corretivo do próprio desenvolvimento humano, que teria, assim, uma estrutura triádica (estado de natureza, sociedade civil como momento negativo e estado civil como república).⁵³

Surgem, nesse momento, a propriedade privada, o trabalho assalariado e, por conseqüência, o mercado capitalista. De outro lado, nesse estado de natureza não há segurança, pois os indivíduos egoístas podem agredir uns aos outros. Esse estado de natureza permite que se fale em direitos naturais como sendo o direito à vida, à propriedade. Não é legítima, portanto, nesse momento a intervenção do Estado, pois pareceria ilegítimo.

O próprio Rousseau já dizia: “O homem nasceu livre e por toda a partes encontra-se a ferros”.⁵⁴ Sem dúvida, para o pensador não há liberdade, pois desde que o homem nasce vai se tornando sujeito de uma série de obrigações e direitos que a declaração tentou resgatar-lhe enquanto sujeito. Como refere Bobbio ao comentar a Declaração dos Direitos do Homem:

⁵¹ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 51.

⁵² STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 32.

⁵³ Idem.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, *de fato*, não nascem nem livres nem iguais. São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.⁵⁵

A distinção entre público e privado também foi construção da Modernidade. Na esfera privada há diferenças entre as pessoas, ao passo que na esfera pública não pode haver essa distinção, visto que existem cidadãos independentemente de classes, ou, como esclarece Capella:

Na *esfera privada* há de fato *desigualdades* entre as pessoas; *diferenças* de riquezas, de religião, etc.; mas tais diferenças ficam reguladas estritamente a esse âmbito: só são relevantes privadamente, no máximo, para os indivíduos concretos que entram em sua relação privada particular. Tal é o teor do relato político. O qual significa que o *público* ou *político* é *assim* geral ou comum a todos: na esfera pública *não pode aparecer um domínio particular ou de classe*; na esfera pública não há homens, senão – como veremos – *cidadãos*. A distinção de esferas significa também que *nada privado pode ser politicamente relevante*; que os indivíduos particulares, enquanto permaneçam na esfera privada carecem de poder sobre os assuntos da coletividade. Na esfera privada não há cidadãos, senão “homens” – no sentido de indivíduos. O *privado* é – nesse discurso – *apolítico*.⁵⁶

É importante que se refira que a nobreza e o clero recebiam tratamento diferenciado, visto que sequer com impostos deviam contribuir. Aliás, quando da tentativa de mudanças nessa discriminação, os encarregados de promovê-las foram afastados das funções, como relatam Streck e Moraes:

⁵⁵ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 29.

⁵⁶ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 108-109.

Relembramos que na França pré-revolucionária o clero e a nobreza não pagavam qualquer tipo de impostos. Por duas vezes o rei – na primeira em 1774, assistido por Turgou (economista e Fiscal-Geral do Rei) e na segunda em 1787, assistido por Necker (banqueiro e Fiscal-Geral) – propôs, convocando os notáveis, suprimir privilégios e obrigar o clero e a nobreza a pagar impostos. Em ambas as ocasiões os ministros foram forçados à renúncia, e o Conselho dos notáveis, insubmissos, insistindo em manter privilégios e resistindo ao gravame tributário, dissolvido. Estes ministros, entretanto, embora não tenham conseguido acabar com os privilégios, precipitaram a emergência de forças sociais até então contidas, incentivando uma política de liberação do comércio de cereais, abolição do trabalho gratuito dos camponeses na construção de estradas, suspensão dos grêmios corporativos e a emancipação das fazendas reais. A combinação das demandas das novas forças sociais-populares com as exigências da burguesia enriquecida pelas atividades comerciais nas cidades forneceu o caldo de cultura para os acontecimentos que viriam.⁵⁷

Como já referido, nesse ambiente a soberania ganha relevo, a qual é, na verdade, pré-moderna (feudal), na medida em que servia já para distinguir os reinos medievais, que se dizia serem soberanos.⁵⁸ A evolução da soberania chegou ao Estado moderno como sendo fundada em duas idéias: a de supremacia e de legitimidade. Assim, por exemplo, o poder econômico privado fica subordinado ao público, porque este prevalece sobre aquele. A evolução indica que a soberania passou a expressar a supremacia dos Estados em detrimento dos monarcas, visto que o foco de poder não se funda mais na pessoa do rei, mas, sim, na soberania do Estado.

A representação referia-se a um sistema de representação. Não havia vinculação entre a sujeição dos delegados ao povo, sendo impossível a vontade de todos. Então, estabelecia-se a vontade das maiorias. Dessa forma, a Revolução Francesa foi uma vitória da burguesia, que pretendia o acesso ao poder político, até então garantido aos monarcas. Streck e Morais novamente contribuem com suas idéias:

É evidente que o ideário liberal não surge com a formulação inglesa de Locke e tampouco com a Revolução Francesa. A vertente de tal pensamento é mais antiga, podendo ser pensada a partir da “reivindicação de direitos – religiosos, políticos e econômicos – e a tentativa de controlar o poder político. Neste quadro referencial a tolerância religiosa se insere angularmente na teoria liberal. Ao lado, a revolução da teoria do direito natural, o modelo contratualista cimenta uma “explicação individualista da sociedade”.⁵⁹

⁵⁷ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 47.

⁵⁸ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 109.

⁵⁹ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 49.

Tais fatos contribuíram para o surgimento do Estado Liberal, como se verá no item seguinte, fato que trouxe influências ao direito contratual e que, de certa forma, até o presente tem influenciado o pensamento jurídico.

1.3 O ESTADO MODERNO E O CAPITALISMO LIBERAL

Com os ideários de limitação de poder e liberdade religiosa, o liberalismo passou a ser a busca dos movimentos revolucionários na Inglaterra, contra Jaime II, na Revolução Gloriosa de 1688 e, na França, no movimento que chegou ao apogeu em 1789. Capella registra que o Estado Liberal, de fato, com base nas idéias do iluminismo nunca ocorreu, pois as igualdades de fato não se efetivaram. Como exemplo o autor cita o fato de as mulheres somente terem conquistado o direito a voto no século XX. Prossegue o autor:

Mas resulta impossível falar direta e seriamente de algo que em pureza não se deu nunca. O “estado liberal” apenas existiu. Ao modelo de “estado liberal” que idealiza uma existência histórica mas efêmera, é limitada sobretudo a França e a Grã-Bretanha. *Idealiza* significa aqui, muito precisamente, que o desenho desse “estado liberal” modelo a de prescindir de muitos dados históricos de grande relevância política e jurídica. Que as mulheres só logram o direito ao voto no século XX na maioria dos sistemas políticos pode dar uma idéia mais precisa do grau de democratização de um estado que, por outra parte, encabeçaram impérios coloniais mais os menos extensos...

Afirma que o estado liberal, modelo, materialização das idéias ilustradas – o chamado estado político, que deixa fazer e só vela pela ordem pública –, apenas existiu pode parecer dogmático ou sectário. Sem embargos, com esta afirmação unicamente se pretende evitar as imagens idílicas e conseqüentemente enganosas do modelo burguês do estado. As razões para fazê-lo se argumentam a continuação.⁶⁰

As idéias contratualistas de Estado foram importante fundamento para essas idéias revolucionárias, tendo a Constituição como sua explicação final e servindo como forma de garantias individuais. Não é demais dizer que o Estado, nesse momento, aparece como o guardião desses direitos; assim, para efetivar tais direitos, atemoriza pela força, ou, nas palavras de Bonavides:

⁶⁰ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 118.

Na doutrina do liberalismo o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como maior inimigo da liberdade.

(...)

A sociedade representava historicamente, e depois racionalmente, com Kant, a ambiência onde o homem fluía de plena liberdade.⁶¹

No mesmo sentido, do indivíduo como o objeto de justificação do Estado, é de se observar o que referem Streck e Morais:

Assim, o “contratualismo de Locke representou a apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno (...) os direitos pessoais provém da natureza, como dádiva de Deus, e estão longe de dissolver-se no pacto social (...) Entronizando o direito de resistência, ele ampliou o princípio individualista de vontade e consentimento. E consentimento, em lugar de tradição, é a principal característica de legitimidade em política liberal.⁶²

Correto, portanto, nesse passo, é concluir que o liberalismo servia como forma de afirmação contra a ação do Estado, como forma de garantia do individualismo, inclusive para fins de liberdades religiosas, como observam Streck e Morais: “Contudo, a um quadro referencial unívoco que caracteriza o movimento liberal: a idéia de limites”. Por isso, Bobbio irá dizer que “(...) o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”.⁶³ Prosseguem os mesmos autores:

No plano dos antecedentes históricos do liberalismo, o whiguismo ocupam um importante papel como uma espécie de “*ancestral histórico do liberalismo*” pois, sabe-se como bem lembra Merquior, que “o *Partidarismo Whig nasceu da afirmação de direitos contra o poder monárquico e tinha, pelo menos, dois objetivos: liberdade religiosa e governo constitucional*”.⁶⁴

Esse modelo se apegava ao liberalismo exacerbado, no qual o Estado servia como guardião dos direitos e liberdades individuais. Representou, ainda, a limitação do soberano

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

⁶² STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 50.

⁶³ Idem, p. 51.

⁶⁴ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 50.

perante a burguesia que ascendeu após a Revolução Francesa. Nesse sentido Bonavides reforça:

O Estado burguês de Direito da primeira fase estava, por conseqüente, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade da burguesia. Essa liberdade lhe era indispensável para manter o domínio do poder político, e só por generalização nominal, conforme já vimos se estendia às demais classes.⁶⁵

Não é exagero afirmar que a Revolução Francesa serviu a essa casta – burguesia –, pois, na verdade, os camponeses não estavam em situação diferente daquela da época do feudalismo. Foi, a rigor, uma disputa para que a burguesia não fosse oprimida na totalidade pelo soberano. Huberman assim se refere à disputa de poder em comentário:

A Revolução Francesa eclodiu em 1789. Mas não se conclua com isso que os camponeses estivessem, no século XVIII, em pior situação do que no século XVII. Não estavam. Talvez estivessem até melhor. Na verdade, de um forma ou de outra os camponeses haviam poupado bastante de sua insignificante renda, depois de pagas as muitas taxas, para comprar a terra. Por cem anos ou mais antes da Revolução, os camponeses compraram propriedades, de forma que, quando o ano de 1789 chegou, cerca de um terço das terras da França estava em suas mãos. Isso, porém, apenas os deixou mais descontentes do que antes.... Embora não tivessem conseguido derrubar todas as regulamentações feudais, melhoraram a sorte dos camponeses. Mas para se libertarem totalmente eles precisavam de auxílio e liderança. Encontraram-nos na nascente classe média. Foi essa classe média, a burguesia que provocou a Revolução Francesa, e que mais lucrou com ela. A burguesia provocou a Revolução porque tinha de fazê-lo. Se não derrubasse seus opressores, teria sido por eles esmagada. Estava na mesma situação do pinto dentro do ovo que chega a um tamanho em que tem de romper a casca ou morrer. Para a crescente burguesia os regulamentos, restrições e condenações do comércio e indústria, a concessão de monopólios e privilégios a um pequeno grupo, os obstáculos ao progresso criados pelas obsoletas e retrógradas corporações, a distribuição desigual dos impostos continuamente aumentados, a existência de leis antigas e a aprovação de novas sem que a burguesia fosse ouvida, o grande enxame de funcionários governamentais bisbilhoteiros e o crescente volume da dívida governamental - toda essa sociedade feudal decadente e corrupta era a casca que deveria ser rompida.⁶⁶

⁶⁵ BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, p. 44.

⁶⁶ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 148-149.

Essa classe burguesa liderou a Revolução Francesa, que rompeu as amarras e garantiu que os investimentos e empréstimos que fazia, inclusive ao Estado, seriam devolvidos. Esse movimento libertário visava proteger a então classe economicamente forte. Do ponto de vista jurídico, o importante instrumento que se apresentou foi o Código de Napoleão, que tratava à exaustão da garantia à propriedade da burguesia, a então classe emergente. Esse fato é anotado por Huberman:

O exame do Código Napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O código tem cerca de 2.000 artigos, dos quais apenas 7 tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidas, mas as associações de empregadores permitidas. Numa disputa judicial sobre salários o código determina que o depoimento do patrão, e não do empregado, é que deve ser levado em conta. O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade.⁶⁷

Portanto, vê-se que, com o Estado de Bem-Estar, o contrato de trabalho serviu de esteio para uma nova era do direito contratual ao permitir que o Estado regulasse-o, estabelecendo limites, condições mínimas de segurança e remuneração, garantindo, assim, um mínimo de dignidade da pessoa humana. Logo, pouco importava o equilíbrio contratual. Bastava que o senhor que detinha o poder econômico ditasse as regras e que o trabalhador se limitasse a aceitar as condições de trabalho oferecidas; em caso contrário, outro ocuparia o seu lugar, em face da grande oferta de mão-de-obra em razão do fim dos feudos.

O Estado era, então, muito mais um Estado com poder de polícia para a garantia das atividades dos particulares do que propriamente um Estado que garantia o bem-estar social, até porque nesse ponto limitava-se a fazer cumprir os ajustes entre particulares, como escreve Capella:

Afirmar que o estado liberal, modelo, materialização das ideais ilustradas – o chamado estado polícia, que deixa fazer e só vela pela ordem pública -, apenas existiu pode parecer dogmático ou sectário. Sem embargo, com esta afirmação unicamente se pretende enviar as imagens idílicas e conseqüentemente enganosas do modelo burguês de estado.⁶⁸

⁶⁷ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*, p. 148-149.

⁶⁸ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 118.

As lutas sociais deram origem às conquistas sociais que garantiram a trabalhadores, mulheres e camponeses os direitos da cidadania, os quais eram exclusivos da classe burguesa. Esse fato levou a constantes perseguições, em especial a sindicatos e partidos ditos “de esquerda”, que seguidamente eram postos na ilegalidade. Os burgueses, na verdade, não buscavam a igualdade real, mas, sim, a supremacia de sua classe social sobre as demais. Esse Estado chegou a ser responsável por matanças como a da Comuna de Paris ou a semana trágica de Barcelona.⁶⁹

Tal fato decorreu de construção iniciada ainda por volta de XIX na Espanha, na luta contra o absolutismo, ou na revolução Gloriosa da Inglaterra, com a busca de limitação ao poder do monarca, aos limites impostos por uma constituição. Reivindicava-se, então, liberdade civil e religiosa, o que levou ao pensamento do Estado mínimo, ou ao Estado dito “policia”, como assinalam Streck e Moraes:

Em um pequeno traço histórico, segundo Merquior, podemos referir que o *termo liberal* como identificação política emerge na primeira década do séc. XIX em Espanha, no momento em que as Cortes lutavam contra o absolutismo, embora sua origem remonte à luta política travada na Inglaterra (Revolução Gloriosa – final do século XVII), onde se buscava tolerância religiosa e governo constitucional. No interregno temporal dos anos 1800, liberal era uma estrutura institucional com funcionamento garantido, sejam Parlamentos, sejam “*novas*” liberdades. É por isso que o liberalismo, por largo tempo, se associa à idéia de “*poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa*”, o que gerou uma compreensão protoliberal de *estado mínimo*, atuando apenas para garantir a *paz e a segurança*.⁷⁰

No mesmo sentido Bonavides escreve:

⁶⁹ Capella comenta os ideais do liberalismo de então: “A história das lutas sociais modernas foi – como se indicou anteriormente – a história de uma luta de conquista de direitos por parte dos setores sociais excluídos deles. Os trabalhadores assalariados da indústria e os serviços, as mulheres, os jovens e os camponeses quase nunca obtiveram sem mais, a diferença das classes proprietárias, a diferença das classes proprietárias, os direitos da cidadania. E este feito, que recorre a história do estado moderno, não só não pode ser ignorado senão que tem uma contrapartida descuidada muito amiúde que vai desde a repressão *violenta* das demandas e os movimentos sociais à ilegalização freqüente e periódica das associações, partidos, sindicatos e demais organizações das classes populares. Dito em outras palavras: os princípios da ilustração política só realizaram-se deficientemente e intermitentemente. A liberdade “liberal” em realidade foi por uma parte um formoso ideal, mas por outra uma falsa ilusão: nunca inspirou permanentemente as classes burguesas uma cultura política conseqüente. Deve recordar-se que o “estado liberal” é responsável por mudanças como as que seguiram à comuna de Paris ou à “semana trágica” barcelonesa, para pôr exemplos próximos; que sob seu domínio se perpetuou incontáveis crimes de estado, como os assassinatos de Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, de Jean Jaurès Sacco e Vanzetti ou Salvador Seguí, para assinalar só alguns dos que figuram nos manuais de história.” CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 118-119.

⁷⁰ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 50.

Decorrentes dessa posição filosófica, temos o *Estado gendarme* de Kant, o *Estado guarda-noturno*, que Lasalle tanto ridicularizava, demissionário de qualquer responsabilidade na produção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal.⁷¹

Essa visão individual, pela qual se presumiam todos iguais no momento de contratar, decorria da concepção de Estado que se tinha e de suas relações: extremamente individual, basicamente com a função de segurança, quer contra guerras, mas também, e principalmente, de segurança do cumprimento dos negócios que os burgueses celebravam. Como conseqüência, não se admitia que o Estado viesse a intervir nas relações privadas. Aliás, o que se esperava, e o que chegou a acontecer, era o contrário, com as relações de direito público sendo fundadas nas teorias contratualistas, como se verifica em Rousseau, Locke e Montesquieu.

Nesse passo, é importante que se diga que foi o Código de Napoleão a codificação moderna que marcou uma nova era. Seguindo a esteira do direito romano, este código considerava o contrato espécie do gênero convenção. Lembre-se que sua idealização ocorreu sob os ideais da Revolução Francesa e, como tal, foi idealizado para a segurança jurídica das relações ocorridas, pois o Estado não se destinava a intervir nos negócios privados, mas, sim, a lhes garantir o cumprimento. Essa visão individualista do direito civil está, portanto, arraigada no código francês, que foi concebido em momento no qual o liberalismo e o individualismo eram o resultado da limitação do rei e, como tal, pretendia-se ao máximo garantir as conquistas individuais.

Entretanto, o tempo e a evolução histórica mostrariam que aquele modelo também não era o melhor. A dicotomia público-privado começou a diminuir com a utilização do Estado como instrumento de direito privado para contratar com particulares; de outro lado, os direitos particulares ganharam relevo de públicos nas demandas coletivas, ou nos direitos difusos, e o direito privado ganhou *status* de direito público. Essa diferenciação é assim retratada por Vecchi:

⁷¹ BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, p. 40.

Nasceu, assim, principalmente com a Revolução Francesa, o Estado Liberal, que, ao mesmo tempo em que aprofundou característica já presente no Estado absolutista, apresentou novos caracteres, como a separação entre Estado e sociedade; garantia das liberdades individuais, principalmente da propriedade e da liberdade contratual (que se dava pela manifestação de vontade das partes); Estado com papel reduzido, não lhe cabendo a realização, em regra, de atividades de intervenção nas relações econômicas; separação de poderes, como forma de garantia dos próprios direitos; princípio da legalidade (prevalência das regras abstratas e formais) e da igualdade meramente formal.

Essas idéias estavam em consonância com o ideal liberal na política e o individualismo no direito, fortalecendo amplamente e impulsionando o desenvolvimento da sociedade capitalista. A sociedade, então, é fundada na propriedade, na família e no contrato. Portanto, de uma sociedade fundada em privilégios de nascimento e títulos nobiliárquicos, do *ancién regime*, passa-se para uma sociedade onde são reconhecidas a igualdade formal e a liberdade dos indivíduos, todavia considerados de forma isolada, individual, como átomos dentro da sociedade.⁷²

Prossegue o autor comentando as relações contratuais e ressaltando a plena liberdade contratual, pela qual o Estado não exercia qualquer tipo de intervenção:

Diante dessa idéias, somente se concebia o Estado (liberal) como garante da fluência normal dessas relações privadas, como guardião da propriedade, da família e do cumprimento dos contratos “livremente formados entre partes iguais e livres”, não podendo, pois, através do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, imiscuir-se nessas relações.⁷³

Nesse modelo liberal, a liberdade de contratar era absoluta e, em decorrência do afastamento do Estado com o direito privado, presumia-se que todos eram iguais, o que leva Roppo a afirmar:

⁷² VECCHI, Ipojucan Demétrios. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007, p. 25-26.

⁷³ VECCHI, op. cit., p. 25-26.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez que quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto dos contraentes, que espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contratantes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidade nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa.⁷⁴

Era necessário, nesse contexto, um novo modelo de Estado, que se denominou de *Welfare State*, no qual se admite e se espera uma intervenção maior do Estado, inclusive nas relações privadas. Esse novo paradigma é comentado por Facchini:

Como vimos no tópico anterior, não há dúvidas de que a intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, a partir da implantação do modelo do *Welfare State*, deixou marcas também no mundo jurídico, afetando inclusive o direito civil. Isso é perceptível em todos os países que experimentaram, em graus de intensidade e em momentos históricos diversos, formas de intervencionismo estatal, inclusive o Brasil.

Algumas dessas consequências já foram destacadas: uma certa *publicização* do direito privado, no sentido de que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas.⁷⁵

Assim, o instituto passou por várias mutações: no início, havia liberdade quase total⁷⁶ e, como consequência, acirraram-se as desigualdades das partes; após, houve até a intervenção do Estado nessas relações, com a crescente constitucionalização do direito privado, como ocorreu no direito de família, de propriedade e no contratual. Disso são exemplo os contratos de trabalho, que deram origem aos contratos na Modernidade e agora sofrem profunda intervenção estatal. Não há mais a tranquilidade⁷⁷ contratual como nos tempos do liberalismo, pois o que existe é um norte a ser perseguido pelos sujeitos do contrato, os quais se devem

⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1988, p. 35.

⁷⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 11-59. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. p. 11-59. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 29.

⁷⁶ Diz-se quase total porque já em Roma não se admitia a contratação de atos ilícitos; pode-se dizer que havia, ainda que de forma rudimentar, limitação à autonomia da vontade.

⁷⁷ A palavra “segurança” não foi utilizada propositalmente, posto que pode representar a segurança de uma das partes no contrato, não necessariamente a estabilização em si.

conduzir com Isura e boa-fé desde antes de contratar (fase pré-contratual), passando pela celebração e encerrando-se na sua plena execução, como se verá no estudo dos princípios que norteiam esse instituto.

As idéias liberais de Estado mínimo causariam até surpresa nos dias de hoje, pois o Estado, mais que um ente que faz, é um ente que deixa fazer, tanto que atualmente não vacila em outorgar poderes a grandes empresas privadas, como os Estados Unidos ao disporem unidades militares sob o comando dos seus diretores.⁷⁸Essas transformações levaram a idéias de liberdades que chegaram, em face da pressão social, a um novo momento estatal, qual seja, o de que o Estado não se justificaria apenas para garantia da segurança e paz, mas deveria promover o bem-estar social.

1.4 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

No final do século XIX, a pressão dos movimentos sociais já não admitia que o Estado atuasse na garantia dos direitos negativos. Exigia-se, pois, a sua atuação de forma a garantir os direitos positivos. Morais indica o marco inicial desse modelo estatal:

*O modelo constitucional do Welfare State, principiou a ser construído com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo não tem uma aparência uniforme. O conteúdo e os instrumentos próprios desta forma estatal se alteram, se reconstróem e se adaptam a situações diversas. Assim é que não se poderia falar em “o” Estado do Bem-Estar dado que sua apresentação, por ex., americana – do Norte, é claro – se diferencia daquela do *État-Providence* francês ou do protótipo anglo-saxão ou, mesmo dos países nórdicos, se quisermos constituir alguns núcleos básicos.⁷⁹*

Essa modificação trouxe como consequência a possibilidade de que o Estado viesse a intervir nas relações privadas para a garantia de direitos, como, por exemplo, dos trabalhadores. Passou-se no Brasil, como na Inglaterra, a limitar a jornada de trabalho; universalizou-se o direito a voto, primeiramente aos homens e, no século XX, também às mulheres. Tais modificações foram inspiradas em ideais de justiça social. O Estado não mais

⁷⁸ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 119.

⁷⁹ MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. p. 37.

admitia a liberdade plena de contratar, por exemplo, podendo intervir para restabelecer o equilíbrio contratual, ou, mesmo, para limitar a plena liberdade de estabelecer cláusulas contratuais. No relato de Streck e Moraes:

Assim é que a liberdade contratual e econômica, símbolos da doutrina liberal, é fortemente reduzida pela inserção do Estado como ator do jogo econômico, atuando *no e sobre* o domínio econômico, e, em um sentido mais amplo, do jogo social como um todo. Esta atuação, todavia, não irá se limitar à simples normatização, mas irá se espriar pela participação efetiva e positiva do poder público no âmbito do mercado capitalista como agente econômico privilegiado.⁸⁰

O modelo econômico vigente então era o capitalismo, decorrente da liberdade concorrencial e da omissão do Estado nos negócios praticados entres as partes, notadamente no mercado de trabalho, onde os trabalhadores vinham de uma situação de vassalagem que os obrigava a trabalhar segundo a proposta do industrial. Essa pressão por justiça social, pela qual cada vez mais se buscava a igualdade, levou à construção do Estado de Bem-Estar – *Welfare State* –, onde as liberdades positivas passaram a ser consolidadas. Ao comentar esse novo modelo estatal, Novais assim o caracteriza:

Utilizadas em geral de forma indiscriminada, as expressões “Estado assistencial” e “Estado-Providência” fundamenta-se na mesma idéia da relevância das prestações do Estado como forma de minorar as situações de miséria. Assegurando por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nelas se encontram, ou de prevenir a eventualidade dessas situações através do estabelecimento generalizado de um sistema de seguros, de serviços de saúde e assistência social. Tratar-se-ia, assim, de o Estado se responsabilizar por libertar a sociedade da miséria, das necessidades e do risco (a “freedom from want” de que falava ROOSEVELT em 1941 na sua *Mensagem sobre as quatro liberdades* e que seria, no ano seguinte, retomada no *Beveridge Report*), substituindo assim, como diz ROSANVALLON, à *incerteza da Providência divina a certeza do Estado-Providência*.⁸¹

Assume, portanto, o Estado uma função de intervenção, atacando os pilares do direito privado de então, pois pode intervir na propriedade individual quando o coletivo entender necessário para a utilização coletiva com o objetivo final de garantir o bem-estar geral. Na observação de Capella:

⁸⁰ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 59.

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*..., p. 198-199.

Propriedade e contrato eram as instituições jurídicas básicas do capitalismo concorrencial. Por conseqüente foram as primeiras em resultar afetadas pela intervenção pública.

A propriedade em sentido romano, como direito ao uso, desfrute e disposição de bens experimenta uma forte restrição.

A livre disposição dos bens é o primeiro “conteúdo” do direito de propriedade subordinado às distintas manifestações do “interesse público” ou a “utilidade pública” que estabelece as leis. Os bens podem ser objeto de *expropriação forçada* por razões de interesses gerais, definidas política e legalmente, antes desconhecidas.⁸²

Assim, passa-se a ter um Estado intervencionista, que dirige a sociedade e participa dela em situação privilegiada, atuando em questões de trabalho, de direito de propriedade, econômicas. Nesse quadro, Keynes elaborou uma teoria segundo a qual o Estado de tempos em tempos deve intervir na economia de forma a suprir mais rapidamente as depressões pelas quais os mercados passem.

Essa modificação do Estado Liberal, quase que exclusivamente preocupado com o poder de polícia interno e externo, para o Estado intervencionista decorreu de mutação social bem observada por Streck e Morais:

Para compreender esta mutação, é necessário levantar alguns aspectos próprios da adoção do ideário liberal onde, ao lado do desenvolvimento econômico e técnico-científico, viu-se o *agigantamento dos centros urbanos e o surgimento do proletariado urbano, fruto do desenvolvimento industrial e da conseqüente destruição de modos de vida antigos e tradicionais*. Evidente é que não só isso serve como pretexto para a mudança nas atitudes do Estado, mas papel significativo tiveram como traços amplos da (s) crise (s) gerada (s) pela ortodoxia liberal.

Nos Estados Unidos da América, como o *new deal* de Roosevelt, ocorre um apoio maciço a programas de obras públicas, regulamentação do crédito, controle sobre a produção agrícola; regularização das horas de trabalho; salários mínimos; negociação coletiva; sistema abrangente de seguros sociais.⁸³

Por certo, o liberalismo exacerbado do Estado mínimo trouxe a necessidade dessa intervenção. Os abusos, como já se disse, eram enormes, pois o processo de industrialização levou os camponeses para os arredores das cidades, que surgiam em decorrência do processo de industrialização, conduzindo os donos das indústrias, em face da elevada mão-de-obra disponível, a explorar os trabalhadores.

⁸² CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 196.

⁸³ STRECK, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 62.

Nessa fase, no entanto, o Estado deixou de ser mero espectador, passando a intervir nas relações das partes, seja em relação à propriedade, seja em relação aos contratos. Nesse particular, Capella esclarece que o senso liberal desaparece para verificar-se uma nova forma de se regerem essas relações:

O direito privado de propriedade normatizada no Código Civil há de ler-se, no estado intervencionista, modulado pelo direito público, assinaladamente o direito administrativo.

O que é válido para a tradicional propriedade de bens imóveis vale também para objetos de apropriação mais modernos, como as instalações produtivas de tipo industrial. De um modo geral pode dizer-se que o intervencionismo estatal estabelece o princípio jurídico da subordinação da propriedade privada à política econômica pública definida (ou, como se acabou dizendo equívoca e vaziamente, “a propriedade se subordina a sua função social”).⁸⁴

O mesmo autor observa em relação às relações contratuais:

A liberdade contratual unidirecional desaparece também. Certas matérias contratuais ficam especialmente tuteladas pelo estado intervencionista e dão lugar a especialidades jurídicas novas: tal é o caso, assinaladamente do direito laboral. Por outra parte, as diferenças do poder entre as partes contratantes, especialmente no relativo à aquisição por particulares de bens produzidos em condições próximas ao monopólio, dão lugar aos chamados contratos de adesão, cujo conteúdo fixa unilateralmente a parte com maior poder privado. Ademais, o estado pode fixar algumas condições inelimitáveis ou básicas da contratação privada em determinados âmbitos, como os contratos bancários, os contratos de seguro, etc.⁸⁵

Percebe-se nesse momento evolutivo que a intervenção do Estado nas relações tem o objetivo de garantir maior justiça social. Ao se estabelecerem, por exemplo, condições mínimas de trabalho, pretendia-se concretizar os direitos humanos, que, em razão de situações fáticas, não deveriam ser jamais negociáveis entre o empregador e o empregado. É interessante observar que o trabalho assalariado é fato do mundo moderno, visto que até então o que se percebia era a relação entre senhor e vassalo, sendo forma que surgiu basicamente com a Revolução Industrial. A observação de Huberman a respeito merece transcrição:

⁸⁴ CAPELLA, *Fruto proibido...*, p. 197.

⁸⁵ *Idem*, p. 197-198.

No século XX com o desemprego em toda a parte, com trabalhadores ansiosos e dispostos a aceitar qualquer emprego, é difícil compreender que houve um tempo no qual arranjar trabalhadores para a indústria constituía um verdadeiro problema. Parece-nos “natural” que existe uma classe de pessoas ansiosas para entrar numa fábrica a fim de trabalhar em troca de salários. Mas isso não é absolutamente “natural”. Um homem só trabalha para outro quando é obrigado. Se tiver acesso à terra na qual pode produzir para si, não trabalhará para mais ninguém. A história dos Estados Unidos prova isso. Enquanto houve terra barata ou de graça no oeste, houve uma Marcha para Oeste, de gente ansiosa por terra, o que significava dificuldade de arranjar braços no leste. A mesma coisa ocorreu na Austrália: “quando a colônia de Swam River foi fundada... o Sr. Peel levou consigo 50.000 libras e 300 pessoas das classes trabalhadoras; mas estas estavam fascinadas pela perspectiva de obter terras... e em pouco tempo ele ficou sem nenhum criado para fazer-lhe a cama ou trazer-lhe água do rio.” Lamentavelmente o Sr. Peel, que teve de fazer sua cama simplesmente por não compreender que, quando os trabalhadores têm acesso aos seus próprios meios de produção – no caso, a terra – não trabalham para outras pessoas.⁸⁶

Essa nova formatação de intervenção decorreu da mudança na estrutura social até então existente, pois o poder público abandonou a função de mero assistente, passando a inserir-se ativamente na sociedade, como observado por Streck e Morais:

Para Dallari, há um duplo aspecto nesse processo de transformação do Estado Liberal, quais sejam: a) melhoria das condições sociais, uma vez que o poder público assume como garantidor de condições mínimas de existência para os indivíduos e; b) garantia regulatória para o próprio mercado, já que o mesmo poder público passa a funcionar como agente financiador, consumidor, sócio, produtor, etc..., em relação a economia.⁸⁷

Além da Revolução Industrial, merece relevo a Primeira Guerra Mundial, a partir da qual o Estado passou a necessitar de produção de armamento e suprimentos como nunca havia sido necessário até então, o que se refletiu nas constituições russa, de Weimar (1919) e mexicana (1917). O mesmo é de se dizer da quebra de 1929, que obrigou o Estado a intervir na economia de forma a recuperar a crise. Também merece destaque a Segunda Guerra Mundial, período em que novamente o Estado assumiu o papel de aplicação e distribuição dos recursos sociais.

Papel importante e merecedor de destaque foi o da Igreja Católica, que atentou para a transformação e também se inclinou à justiça social. No dizer de Streck e Morais:

⁸⁶ HUBERMAN, *História da riqueza do homem*. p. 162.

⁸⁷ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 63.

É de se salientar, ainda, o papel desempenhado pela Igreja Católica na formulação deste “*novo liberalismo*”. As encíclicas papais que formulara o conjunto teórico que se convencionou nominar “*doutrina social da igreja*” formaram uma das pilstras desta transformação. A *Rerum Novarum* inaugurou, em 1891, esta formulação, reafirmando a liberdade de contratar, mas vinculando-o a um elemento de justiça natural, anterior e superior à livre vontade dos contratantes, sustentando que o salário deve ser suficiente para o “*sustento do operário frugal e de bons costumes*” (n. 27). Configura-se, assim, a idéia de qualificação do interesse individual pelo social.⁸⁸

Portanto, o que se verificou no final do século XIX foi uma diretriz da instituição, que no Brasil seria inserida no Código do Consumidor de 1990 e também no Código Civil de 2002, vinculando as contratações à idéia de cumprimento de função social.

Veja-se que, mesmo com a demanda crescente, não havia como absorver a demanda de camponeses que perdiam as terras e buscavam colocação no incipiente mercado de trabalho. No dizer de Vecchi:

Embora o trabalho na indústria crescente necessitasse de um grande contingente de trabalhadores, jamais era capaz de absolver o número de camponeses e desocupados que fugiam da fome nos campos e que vagavam pelas cidades, além do fato de que as próprias máquinas também causavam desemprego. Dentro da fábrica os trabalhadores eram comandados por uma rígida disciplina de produção, com condições de trabalho deploráveis, jornadas de trabalho extenuantes e salário ínfimos.⁸⁹

Tais fatos necessitavam de regulação e intervenção do Estado, nesse primeiro momento, nas relações obrigacionais de trabalho. Observação interessante fazem Streck e Moraes ao relatarem que não somente a parte mais fragilizada na relação obteve vantagens com essa intervenção do Estado no campo econômico. Também a burguesia obteve melhorias, pois a disputa entre os movimentos sociais foi esvaziada e utilizou-se muito de seus investimentos, em especial em infra-estrutura, para o desenvolvimento e circulação do capital. Os autores referem como três as vantagens para esta classe:

A – a *flexibilização do sistema*, possibilitando sua manutenção de forma mitigada;
B – a *divisão* por todo o povo *dos custos da infra-estrutura básica* necessária para o desenvolvimento do capital; e
C – o benefício decorrente da *concessão de obras e serviços públicos*.⁹⁰

⁸⁸ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 64.

⁸⁹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho...*, p. 28.

⁹⁰ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 69.

O Estado de Bem-Estar Social objetivava garantir condições de vida dignas, como trabalho, saúde, educação, habitação, entre outras garantias positivas, não como um favor, mas, sim, como uma concretização dos seus direitos básicos. Nesse ponto, assiste razão aos autores ao afirmarem que no Brasil não se chegou a esse passo da Modernidade, ou, ao menos, que ela é tardia,⁹¹ uma vez que tais direitos ainda não foram concretizados na totalidade pelo Estado.

Dallari também descreve o Estado de Bem-Estar ao qualificá-lo:

A idéia do Estado que, por suas características fundamentais, e sobretudo por seus objetivos, se qualifica como “Estado do Bem-Estar” tem origem na obra dos economistas, o que se percebe claramente pelas circunstâncias de que sua conceituação inicial se baseava exclusivamente em dados econômicos. É o que se verifica, por exemplo, em Myrdal, que aponta como objetivos do Estado do Bem-Estar o desenvolvimento econômico, o pleno emprego, a igualdade de oportunidades para os jovens, previdência social e padrões mínimos protegidos não só quanto à renda, mas também no tocante à nutrição, habitação, saúde e educação.⁹²

É importante referir que o Estado ainda evoluiu mais uma etapa, chegando ao Estado Democrático de Direito, no qual se pretende, por meio do direito, garantir os direitos aos cidadãos, intervindo de forma plena na concretude dos direitos prometidos na Constituição e que, na prática, nem sempre são efetivados.

1.5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Passados esses estágios preparatórios, diga-se assim, chega-se ao estágio mais desenvolvido do Estado moderno, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Com origem na Alemanha,⁹³ tem como fundamento a limitação do Estado pelo direito. Todavia, não se espera

⁹¹ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 69.

⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 131.

⁹³ Novais afirma: “Quando a Lei Fundamental de Bona de 1949 consagrou, pela primeira vez em textos jurídicos a fórmula *sozialer Rechts-staat* colocou a doutrina constitucional germânica perante a necessidade de esclarecer definitivamente a questão da compatibilidade do novo princípio de sociedade assumida pelo Estado com o velho quadro conceptual do Estado de Direito. Tratava-se não apenas, como pretende FORSTHOFF, de averiguar se as novas fórmulas e disposições sociais se devem considerar só como normas “programáticas ou antes dotadas de um conteúdo específico e vinculante” – e essa era a debatida problemática suscitada pela Constituição de WEIMAR em 1919 – mas, fundamente, de extrair todas as conseqüências da consagração do “Estado social de Direito”, como princípio estruturante da nova ordem jurídica-constitucional.” NOVAIS, *Contributo para uma nova eoria do estado de direito...*, p. 203-204.

apenas que seja legal; deve este Estado refletir o ideal de justiça social. Logo, o Estado assume importante função: de tornar realidade as promessas inseridas na Constituição.

Nesse momento vários são os direitos que passam a ser tutelados pelo Estado pela constitucionalização, inclusive do contratual. Não é demais dizer que a intervenção no direito contratual leva alguns a dizer que não há mais dicotomia entre público e privado. Afirma Morais que esse modelo é evolução e, ao mesmo tempo, traz complexidade ao anterior, da mesma forma que busca a transformação pelo direito. Esclarece o autor:

O Estado Democrático de Direito emerge, neste quadro de idéias, como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade, como acima referido.

Assim, o conteúdo desse modelo se aprimora e complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico para além daquele já presente no *finalismo social*, cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado do Bem-Estar Social, construídos ao longo do último século, como desenhado acima.⁹⁴

A concretização desse modelo dá-se com a concepção de uma Constituição que garanta a todos igualdade, ou, ao menos, permita redução das desigualdades sociais, com a elevação desta norma maior como marco regulatório máximo, que deve por todos ser aceita como legítima e respeitada na totalidade. Leal apresenta as características desse modelo estatal:

De qualquer sorte, quando se fala em Estado Democrático de Direito, ao menos no âmbito da era contemporânea, pode-se frisar como características, por um lado, as fornecidas por Elias Diaz: a) império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; c) legalidade da administração, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva relação material.⁹⁵

Portanto, é importante notar que o país veio implementando algumas medidas com vistas à garantia desse modelo. No campo legislativo, por exemplo, a edição do Código de

⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 38.

⁹⁵ LEAL, *Teoria do estado...*, p. 209-210.

Defesa do Consumidor é uma forma de o Estado intervir nas relações massificadas e garantir a aplicação da igualdade, ou melhor, restabelecer a igualdade inexistente de fato. O mesmo pode ser observado em relação a novos direitos que ganham relevo, como os relativos ao meio ambiente, à educação, a planos de saúde privados, entre outros, sobre os quais o Estado passa a ter interferência forte, limitando as liberdades de disposição de vontade

O Estado volta a ser forte e a intervir nas relações privadas com o objetivo de garantir a concretização dos compromissos constitucionais, como registra Streck:

Tudo isso aconteceu na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas da modernidade.*⁹⁶

O exame detalhado dessas alterações nos contratos e nos novos direitos surgidos nesse momento do Estado serão examinados no terceiro capítulo deste trabalho, quando se verá que, para novos direitos surgidos com a constitucionalização do direito privado, é necessária a intervenção estatal para regular e garantir a sua concretização.

1.6 AS TRANSFORMAÇÕES DOS CONTRATOS FRENTE A ESSA EVOLUÇÃO

Os fenômenos do mundo trazem reflexos na releitura dos fatos jurídicos, mas também o sujeito possui fundamental importância nesse processo. O direito contratual não escapa dessa transformação. Na visão contemporânea, são direitos históricos, fruto de lutas e conquistas da humanidade na busca pelo reconhecimento e pela proteção da pessoa humana em todas as situações em que possam estar presentes, seja a opressão, seja a exclusão, o medo

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

ou a discriminação, enfim, todas as formas e maneiras de vilipêndio ao ser humano.⁹⁷ Cabe lembrar que homem é sempre um ser situado em sua história, é um ser-afí.

Esses direitos, marcados pela historicidade, podem ser entendidos, nas palavras de Bolzan de Moraes, como um

conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.⁹⁸

Como afirma Comparato, a própria personalidade de cada ser humano é moldada por toda a carga da tradição, do passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos. Assim, o ser humano tem o seu próprio ser como algo incompleto e inacabado, sempre em transformação, ou seja, lembrando Heidegger, o ser humano está num permanente inacabamento.⁹⁹ Essa lição se aplica ao direito em geral e, aqui, ao direito decorrente dos contratos.

Claro fica, portanto, que é necessária a leitura do mundo vivido para se aplicarem os princípios contratuais aos contornos atuais. Assim, ora pesam mais a favor do cumprimento das cláusulas contratadas, como aconteceu no Estado Liberal, ora com menos vigor e força, como acontece atualmente no Estado Democrático de Direito.

Observa-se, portanto, que a história dos direitos fundamentais seguiu essa transformação, o que vem provar que os fenômenos do mundo e dos sujeitos interferem de forma fundamental nas transformações do direito. Tal fato é confirmado por Höffe:

⁹⁷Cabe fazer referência aqui a como Lyra Filho entendia o direito, ou seja, o direito como processo de positivação de liberdades. LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 124.

⁹⁸MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 64.

⁹⁹COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-31. Cabe salientar que, para Comparato, apesar do caráter histórico dos direitos humanos, não se pode fundar esses direitos sobre um viés positivista. Para o autor, é “a consciência ética, a convicção longa e permanente da comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância”, ainda que não reconhecidos pelos Estados ou pelos instrumentos internacionais, que dão fundamento vigoroso aos direitos humanos. *Idem*, p. 59.

Como mostram numerosas investigações de história e teoria das constituições (cf. para muitas investigações Schur 1964 e Kleinhey, 1975), o desenvolvimento moderno representa um papel partícua no processo da positivação de direitos humanos. As primeiras declarações dos direito fundamentais de significado para os direitos humanos se encontram apenas na segunda metade do século XVIII. A tradição da declaração de direitos de liberdade certamente começa muito mais cedo. Mas as muitas carta medievais de alforria, como, por exemplo, *A Magna Charta Libertatum* (1215) ou a *Bula Áurea* de André II da Hungria (1222), não assumem a proteção de direitos humanos, mas garantem a certas cidades e classes direitos particulares, e, além disso, vêm ‘de cima’, de um soberano. Esta situação somente se modifica com a *Virginia Bill of Rights* (1776). Esta foi lançada ‘de baixo’, pelos ‘representantes do bom povo de Virgínia’, e deve, portanto, sua origem ao povo soberano e não atribui mais as liberdades a certos privilegiados, mas a todos os homens.... A história dos direitos humanos não começa, nem com declaração de direitos fundamentais nem se encerra com elas. Na idéia de uma ‘breve história dos direitos humanos’ se expressa uma tendência da modernidade a exagerar em sua importância.¹⁰⁰

Assim, as constituições e a aplicação do direito no Brasil passam por essas modificações, embora ainda não se possa dizer que essa conformação se aplica de forma absoluta no país, vez que, em alguns casos, já há a concretização dos direitos e, em outros, ainda há a necessidade de construção desses direitos. Até então, o que se entendia por direitos privados não estava afeto ao interesse do Estado, mas somente dos particulares. A Revolução Francesa, nesse ponto, havia acentuado essa diferenciação, tanto que os contratos assumidos deveriam ser cumpridos a qualquer custo. Exemplo disso foi o direito dos trabalhadores, que, desalojados dos feudos, viam-se compelidos a aceitar as condições de trabalho impostas pelos empresários de então, sem que o Estado interferisse nesse relacionamento.

Ocorre que os movimentos de industrialização da Inglaterra e as pressões dos trabalhadores forçaram uma mudança de paradigma, ou, no dizer de Lisboa:

O sistema individualista francês, com o realce aos institutos jurídicos da liberdade e da propriedade, não se encontrava mais em condições de regular as transformações socioeconômicas assinaladas. Era útil e extremamente proveitoso no momento histórico em que foi erigido, diante das exigências populares da Revolução Francesa, mas deveria ser modificado, para acompanhar as novas alterações, com o advento da sociedade industrial.

Com o surgimento de um novo sistema produtivo consubstanciado na concentração empresarial e no abandono paulatino da produção familiar, um mercado competitivo foi se instalando, sufocando a produção artesanal e criando um redimensionamento

¹⁰⁰ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes. 1991, p. 372-373.

social, com a estratificação de pessoas na condição de empresários, enquanto a maioria veio a formar o bloco dos proletários.¹⁰¹

Assim, começaram a surgir as primeiras manifestações de intervenção estatal também nas relações ditas “privadas” – como se fosse possível diferenciá-las. A cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu no século XX como forma de solidariedade¹⁰², permitindo a discussão de obrigações que as partes haviam contratado de forma livre.

O certo é que, sob os auspícios da liberdade, muitos abusos foram cometidos e muitas desigualdades restaram por ser chanceladas, sob o pretexto de que a liberdade de contratar deveria ser respeitada e que a força obrigatória dos contratos seria um dos fundamentos desse modelo. Nesse ponto, as relações de trabalho foram inovadoras, como observa Vecchi ao lembrar:

Ocorre que, com o passar do tempo, o ideal liberal passou a ser contestado diante das desigualdades fáticas que tal regime político, econômico e jurídico gerava, pois a igualdade formal e a liberdade de manifestação de vontade apenas acabaram por servir para fortalecer aqueles que tinham poder na sociedade (econômico, social ou de outras formas), ou seja, a burguesia, vilipendiando a própria dignidade humana dos mais fracos, dos trabalhadores.¹⁰³

A exceção de não-cumprimento do contrato ganhou foros de regra quando se observa que cada vez mais e maior é a intervenção do Estado nas relações individuais. Bittar indica qual é o fundamento dessa intervenção:

O fundamento da intervenção judicial está, exatamente, na consecução de justiça às relações privadas, para o restabelecimento da comutatividade entre as posições em desajustes. No caso vertente o desequilíbrio atingiu o nível do absurdo, diante da constatação de que o valor do financiamento alcança expressão muito mais elevada do que a do preço do bem. Nesse sentido, conforme cálculos feitos e à vista do atual preço do mercado poderia o financiado havê-lo, presentemente, em condições financeiras suportáveis e por valores atraentes.¹⁰⁴

¹⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 74.

¹⁰² KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 15.

¹⁰³ VECCHI, *Noções de direito do trabalho...*, p. 30.

¹⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.

Por certo, a possibilidade de modificação de cláusulas decorreu de fatores que não preservaram a comutatividade da obrigação. Tais fatos já eram apontados como possíveis após a Primeira Guerra Mundial, pois ali se tomou consciência da necessidade de mão-de-obra, fosse como tal, deveria ser remunerada condignamente, como observa Lisboa:

Com isso, os empregados passaram a não aceitar a submissão a dispositivos de contratos individuais que lhes fossem tão prejudiciais, como os estabelecidos à época. Os conflitos de interesses entre estes e o patronato proporcionaram as greves. Ante a gravidade da situação, o Poder Público passou a intervir de forma mais acentuada em tais acontecimentos, sob a alegação de restabelecimento da ordem pública.

Os interesses nacionais e a necessidade de reerguimento dos países que passaram pela Primeira Guerra Mundial, resultaram no reconhecimento de que certas atividades de trabalho tinham importância essencial para a nação. Com isso, o contrato de trabalho se publicizou, sendo criadas as convenções coletivas do trabalho, com a negociação direta entre o sindicato representativo dos operários e o patronato.¹⁰⁵

Aqui ganha força uma nova forma de relações obrigacionais. Até então não havia a preocupação do Estado com as relações entre indivíduos, pois derivavam da autonomia da vontade.

Como se pensar, naquele momento, em igualdade entre os industriais e os trabalhadores, que, ou se sujeitavam a situações desumanas de trabalho, ou deveriam aceitar as condições impostas pelos empregadores? Nesse momento, o Estado começou a ser chamado para reequilibrar as partes, pois no Estado Liberal é impensável essa intervenção, uma vez que não existem diferenciações, ou seja, apenas contratante e contratado. Realmente é aparente, porque o que se quer é justamente igualar, por se reconhecer que a igualdade formal, segundo o mito dos sujeitos abstratamente livres e iguais do Estado Liberal, que podiam se manifestar por meio de contratos, é falsa. Nesse sentido Vecchi assinala:

Foi a partir da configuração do Estado social que ganhou relevo a preocupação com as políticas públicas em geral e com as políticas públicas de regulação das condições de trabalho, em especial. O Estado social tem um papel positivo (ativo) na busca de objetivos previamente traçados na arena pública, os quais não mais se circunscrevem, como no Estado liberal-individualista, à proteção da vida privada perante a intervenção estatal.¹⁰⁶

¹⁰⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 75.

¹⁰⁶ VECCHI, *Noções de direito do trabalho...*, p. 35.

Dessa forma, por meio de uma desigualdade jurídica procura-se igualar desiguais na medida de suas desigualdades. Reconhece-se a desigualdade fática, que pode resultar de várias causas, não só econômicas, mas também sociais, técnicas e jurídicas, protegendo-se a quem necessita de tal proteção.

Ora, com a alteração da forma de Estado surge o contrato de trabalho, inicialmente com grande sobra de mão-de-obra; em contrapartida, há escassez de oferta de emprego. Os empregadores impunham suas condições e ao trabalhador cabia apenas aceitá-las ou não. Veja-se que sequer a liberdade de não aceitar, na verdade, ele possuía, pois, caso não concordasse, muitas vezes não teria outra forma de subsistência. Tal fato leva Elesbão a discorrer sobre aquele que seria um novo princípio, o da relatividade dos efeitos dos contratos, assim explicitado:

Quando o ordenamento jurídico permite a realização de negócios jurídicos privados, possibilita às pessoas constituírem, modificarem ou extinguírem, com suas vontades, deveres jurídicos. A eficácia almejada é semelhante àquelas alcançada pelas normas jurídicas. A diferença principal radica em que, nestas se trata, predominantemente de preceitos gerais, vinculativos de um número indefinido de destinatários, enquanto, nos negócios jurídicos, as regras são, geralmente, de condutas individuais, vinculativas para destinatários determinados. Por vezes, como já referido, alguns autores pretendem identificar nessa categoria jurídica, um meio de criação de regras jurídicas no seu mais amplo sentido. Mas, absolutamente, tal idéia não procede. Já os romanos falavam de uma *lex contractus*. No negócio jurídico contratual, existe uma lei individual da vida diária (sem confundir-se pela leis ditadas pelo Estado). E quando, como sucede no Direito Moderno amplos setores das relações entre pessoas privadas, e, em particular, da maior parte do tráfico patrimonial privado, estão a cargo da regulamentação por meio dos negócios jurídicos, goza esta instituição de uma importância prática que supera consideravelmente e do império imediato das normas jurídicas estatais. Pode-se dizer que a legislação privada individual rege a maioria das relações jurídicas privadas, que a lei privada relega ao segundo plano a lei estatal, que o direito privadamente legislado domina sobre extensas áreas do relacionamento social. Nesse sentido, significa qualificar plenamente os contratos privados como o reino da autolegislação, exercício da vontade no âmbito da autonomia privada.¹⁰⁷

Tal alteração de posicionamento, com a admissão – e até desejo – de intervenção estatal, levou a essa publicização do privado, como anota Silva Filho:

O direito de propriedade revela-se, portanto como um direito subjetivo absoluto do seu titular. Contudo, na medida em que a noção de estado abstencionista foi cedendo espaço para o Estado interventor, este direito foi sendo limitado, inserindo-se tal contenção na tendência conhecida por *publicização do Direito Privado*.

¹⁰⁷ ELESBÃO, Elsita Collor. *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 143-144.

Se a propriedade dizia respeito à relação entre pessoas e coisas, o que passa a regular as relações intersubjetivas são os contratos e os negócios jurídicos em geral, onde o poder dos particulares de criar normas e obrigações exalta de maneira mais aguda a concepção de autonomia da vontade, a tal ponto de, não raros juristas, estabelecerem uma sinonímia entre liberdade contratual e autonomia da vontade. A capacidade negocial espraia-se por sobre o plano das múltiplas relações sociais, desde a união conjugal até a sucessão de bens, desde o comércio até às doações.¹⁰⁸

Essa interferência estatal começou a ser admitida já no Estado de Bem-Estar Social. Nas relações civis, no entanto, já podia ser observada ainda nas primeiras manifestações desse modelo, fato que, inclusive, provocou a afirmação de Höffe:

Os direitos democráticos à cooperação, apenas não contêm ainda um elemento do estado social, mas formam o ponto de partida para a sua legitimação funcional-democrática.

Assim, a coletividade arca com uma co-responsabilidade para aquelas condições definidoras econômicas, sociais, culturais e políticas sem as quais os direitos à cooperação não podem ser realizados como tais ou então somente o podem em parte mínima e com muita dificuldade. Analogamente é pensável uma legitimação funcional do estado do direito, na qual certas tarefas sociais do estado são destinadas, como condições definidoras, para o estado de direito. Ambas as estratégias de legitimação, a estratégia democrática e a estratégia funcional do estado de direito, não justificam o estado social *in globo*, mas mostram que aspectos importantes fazem parte das condições de realidade da justiça política. Não é na democracia constitucional, mas somente no estado constitucional democrático e social que se completa a positivação da justiça.¹⁰⁹

Com base nisso, pode-se dizer que essa função social do direito atinge-o como um todo. Não se admite no atual momento histórico a aplicação do direito de forma desproporcional, ainda que contratada, pois o mais importante é a consolidação dos direitos e garantias fundamentais dos sujeitos. Tal percepção, no entanto, já se apresentava, ainda que rudimentarmente, em legislações européias, como no o Código Civil alemão de 1896, conforme registra Lisboa:

O Código Civil alemão, de 1896, já destoava do Código Civil de Napoleão, consagrando as teorias do abuso do direito e da boa-fé (§ 138), o que vem a demonstrar uma orientação mais social, impropriamente designada de *publicização* do Direito Privado...

¹⁰⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 246-247.

¹⁰⁹ HÖFFE, *Justiça política...*, p. 379.

Nesse raciocínio, todo o direito subjetivo oriundo de cláusulas contratuais acaba por subsistir não apenas em razão de interesse privados, como também em decorrência de um interesse público que levou à edição da norma legal (*fattispecie*), que aceita a contratação nos moldes firmados pelas partes.

Por não corresponder mais à realidade a dicotomia privado-público, não há o que se falar em publicização do contrato ou em privatização do ato administrativo negocial de interesse patrimonial do Poder Público.¹¹⁰

O mesmo autor comenta as limitações à autonomia da vontade ao escrever:

A autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo, não desapareceu do cenário do Direito. A limitação ao princípio da autonomia, já existente pela *fattispecie* no sistema clássico, persiste relacionada às necessidades da parte, limitada pelo interesse público que levou à edição da lei que determina o âmbito de abrangência da vontade individual.

Depara-se o economicamente mais fraco, por não raras oportunidades, diante da possibilidade de contratar, se assim o quiser, junto a apenas uma determinada pessoa, monopolizadora do produto ou do serviço. Soma-se a isso a provável contratação com base em cláusulas pré-dispostas e a eventual impossibilidade de aquisição do produto ou serviço em quantidade ou qualidade desejada.¹¹¹

As situações de sobreposição do mais forte ao mais fraco, contratualmente falando, levam à conclusão de que a idéia de igualdade contratual é mera ficção, ou elemento de partida. O que dizer quando a contratação somente pode ser realizada com um único fornecedor? Exemplo é a compra de energia elétrica, que é um bem absolutamente indispensável nos dias atuais, mas, no mais das vezes, é limitada a um fornecedor.

Para se evitarem abusos, nesses casos é necessária a regulamentação forte do poder público, limitando abusos e garantindo direitos aos consumidores. Nesse passo, a força obrigatória dos contratos perde muito de seu rigor, como anota Elesbão:

O contrato é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja escusa por caso fortuito ou força maior. Esse princípio da força obrigatória funda-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, desde que estipulado com observância aos seus requisitos de validamento. Todavia, devido ao dirigismo contratual, o princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto. Casos haverá em que se terá a revisão judicial dos atos negociais (art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90, por exemplo), em razão do desequilíbrio sofrido em consequência de fatos imprevisíveis na relações contratuais, que podem até acarretar a exploração de um sobre o outro, sob a proteção do contrato.

Sendo assim, a força vinculante do contrato restringe-se às partes contratantes, isto é, às pessoas que, em virtude de suas declarações de vontade o estipularam direta ou

¹¹⁰ LISBOA, *Contratos difusos e coletivos...*, p. 77-78.

¹¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 80-81.

indiretamente. Todavia, em nosso direito, não é necessária a intervenção direta do contratante, já que nada impede que se contrate por meio de representante, mesmo sob a forma de gestão de negócio, hipótese em que a ratificação posterior do titular produzirá as conseqüências jurídicas do mandato.¹¹²

O direito do trabalho, num primeiro momento, desencadeou uma mudança na intervenção do Estado nas relações privadas. Atualmente, o Código do Consumidor é outro exemplo de que as relações contratuais não seguem mais os princípios individuais que nortearam por séculos o direito obrigacional.

O certo é que com o direito do trabalho, em meados do século passado, em pleno auge do Estado do Bem-Estar Social, surgiu a possibilidade de intervenção do Estado naquelas relações que até então eram tidas como de interesse apenas dos contratantes – empregador e empregado. Surgiram ali as primeiras mudanças de comportamento estatal ao regular, por exemplo, jornada de trabalho máxima, direito a descanso, remuneração mínima pelos serviços contratados.

Mais que garantir o direito aos trabalhadores, serviu como marco na possibilidade de limitação ao direito contratual, demonstrando a possibilidade de que as partes, a qualquer momento, poderiam ter limitadas a sua autonomia e liberdade de contratar. Portanto, essas deixaram de ser plenas e absolutas, passando-se a admitir a possibilidade de que o Estado, nesse novo modelo, evite abusos de um dos contratantes em razão de exclusividade do fornecimento, do resguardo do meio ambiente, do domínio de conhecimento, entre outros fatores que podem levar ao abuso.

¹¹² ELESBÃO, *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*, p. 153.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTRATUAL

Este capítulo ocupa-se do estudo dos princípios e normas que desde sua origem serviram para nortear as relações privadas obrigacionais. Como tal, este instituto deve servir para a garantia de concretização de direitos, como já analisado no capítulo anterior ao se apresentar o Estado Democrático de Direito, já que a dicotomia público e privado não mais se admite num Estado intervencionista e que se propõe garantir os direitos individuais, coletivos e difusos.

Necessário nesse ponto que seja estudado como se desenvolveu o direito contratual ao longo do tempo, quais são os princípios basilares, bem como sua repercussão ao longo da evolução do Estado até chegar-se ao Estado Democrático de Direito. O certo é que poucos institutos jurídicos sobreviveram a tantas modificações e passaram por tantas reconstruções como o direito contratual, como já se referiu no capítulo anterior, restando o estudo dos princípios que são comuns, embora com interpretações e espectros diversos ao longo dessa transformação.

Houve momentos de prevalência da plena autonomia de vontade, que chegou a ser fundamento das relações de direito público.¹¹³ Com a industrialização, veio a necessidade de que as indústrias contratassem a mão-de-obra dos antigos camponeses, que então acomodavam-se no entorno das comunas. Assim surgiu o questionamento dessa autonomia de vontade, pois, na verdade, tratava-se, já então, de aderir ou não à proposta do empregador. Tal fato levou a questionar se de fato existia a autonomia de vontade, como anota Silva Filho:

¹¹³ Silva Filho comenta: “Denota-se assim o *locus* central ocupado pelo princípio da autonomia da vontade no que se refere à relação jurídica entre os indivíduos componentes da sociedade, isto é, na esfera do Direito Privado. No momento de sua formulação e apogeu, inclusive, como pode ser depreendido do que já foi exposto, tal princípio ocupava lugar central no pensamento jurídico, chegando a fundamentar as relações de Direito Público a partir da idéia do contrato social e do conceito de Estado Mínimo.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 249.

Este entendimento refletiu-se nas relações de trabalho, antes uma obrigação que, declaradamente, transcendia a vontade dos trabalhadores, os camponeses e servos da gleba, agora uma deliberação autônoma do indivíduo em vender a sua força de trabalho, da qual se torna proprietário. A verdade é que o capitalismo movimentava uma quantidade de pessoas muito maior do que o estático sistema feudal, exigindo que todos participassem do processo de produção e circulação de riquezas, para o qual, indubitavelmente, a mão-de-obra exercia um papel não desprezível. Era, pois, preciso que a relação de trabalho fosse caracterizada mediante o liame contratual, onde o trabalhador, voluntariamente, colocava à disposição do empregador a sua força de trabalho em troca da contraprestação salarial.

Tanto no que concerne ao direito de propriedade como à liberdade contratual, insurgiram-se inúmeras críticas denunciando o seu perfil ideológico. Na mesma medida em que o trabalhador não possuía outro bem que não a sua capacidade de trabalho, a ele não restava liberdade de escolha entre trabalhar ou não trabalhar sob pena de inviabilizar o seu próprio sustento.¹¹⁴

Essa relativização dos contratos ao longo da evolução estatal é também percebida nos princípios contratuais, vez que alguns foram sendo modificados, cedendo, inclusive, preponderância a outros que em seu nascedouro sequer eram cogitados, como se verá a seguir.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Apresentadas essas bases do direito contratual, que foi se amoldando à realidade social, passa-se ao estudo dos princípios regentes deste instituto. Para tanto, é importante lembrar que princípios estão acima das normas, logo, é necessário compreendê-los em nível superior àquelas.

Pondera Streck que normas vigem, ao passo que os princípios valem, demonstrando claramente o grau hierárquico superior destes em relação àquelas. Comenta o autor:

A partir disso, há que ser ter claro, com Bonavides, que princípios valem, regras vigem; os *princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica*. Não são (os princípios) apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.¹¹⁵

¹¹⁴ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 247-248.

¹¹⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, p. 246.

Streck arremata:

Desse modo, a violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica (no dizer de Bandeira de Mello), *representando a violação de um princípio constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade conseqüências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo*, mesmo constitucional (na acepção de Souto Maior Borges), tudo porque – e não deveria haver qualquer novidade nisto – *todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia*, podendo-se afirmar, com Canotilho, *que hoje não há normas (textos jurídicos) programáticas*.¹¹⁶

Assim, a importância do estudo dos princípios é inegável. Os princípios servem de fonte para a edição da norma, estando em degrau superior à própria norma, que, ao feri-los, poderá vigor, mas não terá validade. Como se viu, princípios são perenes, conforme esclarece Guerra Filho:

Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma ‘pirâmide normativa’ (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu ‘raio de abrangência’.¹¹⁷

Desde logo lembra-se que também os princípios sofrem mutações à medida em que se criam novos princípios e paradigmas e os existentes são abrandados ou passam a ter novas interpretações. Essas transformações são observadas por Fachin:

Da eliminação e das fronteiras arquitetadas pelo sistema privado clássico abre-se o Direito Civil contemporâneo. Do estágio de direito absolutos, individualistas e perpétuos, migra para a sua conformação contemporânea, o modelo de família num reconhecimento plural de entidades familiares, do contrato e da propriedade funcionalizados, mudanças que repercutem nos direitos e deveres que os diversos sujeitos apresentam.¹¹⁸

¹¹⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, p. 247.

¹¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito – aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 92.

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 238.

Essa percepção leva à consideração de que o homem é um ser histórico e, como tal, sujeito às alterações do tempo e do espaço em que vive. Somente observando a historicidade é possível, de fato, compreender as transformações por que os institutos jurídicos passam. Essa aproximação do homem com sua história e, por conseqüência, os reflexos dessa compreensão nos institutos foram observados por Heidegger ao escrever: “A análise da mundanidade do mundo fez aparecer continuamente a totalidade do fenômeno ser-no-mundo sem que todos os momentos constitutivos obtivessem a mesma clareza fenomenal que o próprio fenômeno do mundo”.¹¹⁹

Assim, também a modificação dos modelos estatais trouxe mutações nos princípios informadores dos contratos, ou ao menos na sua aplicação e forma de interpretá-los, abrandando aqueles próprios do modelo liberal e passando a privilegiar aqueles que surgem com o Estado Democrático de Direito, como se verá. Os princípios do direito contratual passaram por algumas transformações, com alguns sendo abrandados em sua interpretação e outros surgindo para acomodá-lo ao novo estado de coisas em que se encontra o homem.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A elevação à categoria de norma do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é nova se comparada com a história da humanidade, pois foi reconhecido internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. Até então, de regra, não se conferia ao homem o papel que ele realmente possui nessas relações.

Com a Constituição de 1988, como se viu, foi constitucionalizado o dever de respeito à dignidade humana, seguindo-se a Declaração Universal de 1948. Tal direito atualmente é inegável nas sociedades ocidentais. A própria Carta de Direitos Fundamentais da União Européia de 2000 contempla-a já no artigo primeiro: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. A mesma carta reserva o capítulo I para regular a Dignidade, onde proíbe a tortura, escravidão, tratamento desumano entre outros que assegurem a dignidade humana.”

Na visão atual, este princípio, muito mais que assegurar a sobrevivência, estabelece que não devem ocorrer intervenções indesejáveis e inaceitáveis na realização da finalidade do

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 164.

homem, que é viver plenamente, com possibilidade de realização pessoal a ponto de atingir a buscada felicidade. Ao comentar a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Cunha aduz:

O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: o vértice do Estado de Direito.¹²⁰

Diga-se que o princípio, inclusive, foi inserido na Constituição da República no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, devendo como tal ser perseguido em todas as ações e relações, tanto de natureza pública, quanto nas relações privadas.

Na esteira desse comando constitucional e observando o artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta constitucional, que garante aos brasileiros a dignidade da pessoa humana, comenta Tepedino:

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 na 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.¹²¹

Embora tenha ganho contornos de norma a ser respeitada pela comunidade internacional na Assembléia das Nações Unidas antes referida, já no cristianismo se tinha essa idéia. Foi Boécio, no século VI, que conceituou a pessoa humana, o que mais tarde acabou acolhido também por São Tomás ao dizer “substância individual de natureza racional”.¹²²

Não é, todavia, o fato de eventualmente não estar codificado que negará a existência e validade aos direitos humanos. Trata-se de direitos indisponíveis que acompanham o homem desde antes do nascimento, como observa Guimarães:

¹²⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade de pessoa humana: o conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXV.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p. 105-147. SARLET, (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 110-111.

Os denominados “direitos humanos” ou “direitos naturais da pessoa humana” se enraízam na naturalidade da pessoa humana, cuja essência é a liberdade. E ser livre é caminhar a via da causação dos próprios atos. Essa definição do sentido ontológico da liberdade nos remete àquilo que se constitui no objeto mais fundamentos dos “direitos humanos” – a liberdade. Já foi dito acima que a essência da pessoa humana é a liberdade. Iríamos mais além, usando a linguagem heideggeriana, afirmando que o próprio fundamento do homem é a liberdade.¹²³

O mesmo autor discorre que, mesmo que não escritos, tais direitos existem e devem ser respeitados. O fato de não estarem positivados não lhes nega o direito, uma vez que uma razão principiológica lhes garante a aplicação e o dever de observância.¹²⁴

Assim, uma digressão sobre a origem filosófica desse direito é importante. Ao desenvolver a idéia de dignidade da pessoa humana, São Tomás baseava-se em seres racionais, que, como tal, tinham discernimento de agir, não somente olhando para Deus, mas para si mesmos, agindo consigo e com os demais de modo compatível, submetidos que estão todos às leis naturais, que são leis divinas.¹²⁵

Na Modernidade os teóricos Hobbes, Locke e Kant também justificam o Estado como ente garantidor da dignidade humana, pois pela soma de cada indivíduo justifica-se o surgimento de um único, no caso, o monarca; Locke já vê no ser humano a capacidade de percepção de sua identidade, e Kant, por sua vez, reduz a discussão ao “imperativo categórico” como sendo a expressão da vontade geral, e, mais, que esta estivesse consoante com as normas gerais.¹²⁶

¹²³ GUIMARÃES, Aquiles Cortês. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 65.

¹²⁴ Guimarães defende: “Por que essa aura de indefinição em torno de um tema que se erige na bandeira primacial dos nossos dias, quando várias Nações acusam as outras de desrespeito aos “direitos humanos”? simplesmente em razão da ausência de um mínimo de reflexão sobre o verdadeiro significado da própria bandeira. Se os denominados direitos humanos não estão inscritos no ordenamento jurídico do País, é porque esses direitos são difusos, ou seja, genéricos, e transcendem a ordem jurídica. Toda organização jurídica dos Estados, em geral, procura conferir proteção ao que existe de mais fundamental na pessoa humana: a vida, a liberdade, a segurança, a educação e a saúde. Quase todas as Constituições do mundo preservam esses princípios considerados fundamentais numa sociedade democrática. E tantos outros daí decorrente.” GUIMARÃES, op. cit., p. 60.

¹²⁵ MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p. 105-147. In: SARLET, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 111.

¹²⁶ Maria Celina Moraes expõe o pensamento dos três modernistas: “Entre os teóricos modernos, debruçaram-se sobre o conceito de pessoa humana principalmente Hobbes, Locke e Kant. Thomas Hobbes, no *Leviatã* (1651), a partir da aludida obra de Cícero, usa a noção como central para o conceito de soberania absoluta que defende: a única saída para evitar a guerra, de fato, parece-lhe ser a criação do Estado como uma entidade capaz de reduzir a vontade dos indivíduos a uma vontade única, mediante a atribuição de todos os poderes e de todos os direitos (menos o direito à vida) a uma única pessoa: a *pessoa* do soberando. John Locke, ao contrário de Hobbes, acreditando que o fundamento único do Estado deve ser o *consenso* entre seus membros, publica, em 1689, o célebre intitulado *Ensaio sobre a Compreensão Humana*, no qual afirma, em relação ao que aqui nos diz respeito, que entende a palavra ‘pessoa’ como a que é empregada para designar aquilo que alguém chama de ‘si mesmo’. Locke associa ao termo as palavras ‘identidade’, ‘consciência’ e ‘memória’; ele vê o ser humano individual como um ser dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência desta sua identidade. Em 1788, através da *Crítica da Razão Prática*, Immanuel Kant reasentou a questão da moralidade em novas bases, que se encontraram resumidas, em última instância no que ele denominou de ‘imperativo categórico’. O dever, segundo Kant, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes; antes, configura-se através de uma ‘forma’ que deve valer universal e incondicionalmente, isté, categoricamente, para toda e qualquer ação moral. O imperativo categórico está contido na sentença: ‘Age de tal modo que a

Este princípio ganhou tamanho relevo que chega a ser irrenunciável, justamente por se constituir na essência da própria humanidade. Exemplo disso é o caso da jurisprudência francesa do “arremesso de anões”, a qual entendeu que os anões não poderiam renunciar a sua dignidade concordando em ser arremessados.¹²⁷

Apesar de opiniões em sentido contrário, parece ser mais acertada a posição acolhida pela corte no sentido de que, mesmo contra a vontade individual, não poderá ser renunciada a dignidade, pois equivaleria à própria renúncia à condição de ser humano. Segundo Moraes, tudo aquilo que reduz o homem à condição de objeto ou lhe seja desumano – e aí já se refere aos contratos no todo desiguais, ou com cláusulas abusivas – é contrário à dignidade:

Para que se extraiam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.¹²⁸

O entendimento de que antes de tudo está o ser humano é fundamental para que se possa desenvolver uma sociedade com maior distribuição de justiça social. Foi-se o tempo em que o liberalismo e o capitalismo prevaleciam, no qual o lucro a qualquer custo se justificava.

máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral’. Essa formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: i) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza’, o que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; ii) ‘Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio’, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais’, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.” MORAES. In: SARLET. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 112-113.

¹²⁷ Nelson Rosenthal narra o caso: “Apesar de exaustivamente tratado na doutrina como manifestação de prevalência da dignidade da pessoa humana, o célebre caso recolhido da jurisprudência francesa, envolvendo o “arremesso de anões”, foi citado por Edelman como forma de distinguir a liberdade (como essência dos direitos do homem) da dignidade (como essência da humanidade). A municipalidade impediu o divertimento consistente no lançamento de anão sobre um colchão, com base no respeito a dignidade humana, o que colidiu com a própria liberdade de iniciativa do anão – que, inclusive, aliou-se como litisconsorte da casa em que se passava o triste espetáculo –, que defendia a sua dignidade individual ROSENVALD, *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10-11.

Cumpre perceber que a decisão final que interditou o espetáculo como atentatório a dignidade da pessoa humana nada mais acusou do que a prevalência do elemento axiológico básico do ordenamento, que prevalece sobre o titular da personalidade, podendo mesmo em face dele ser tutelado – até mesmo contra a sua vontade –, na precisa visão de Cláudio Godoy. Em outras palavras, “o consentimento do anão ao tratamento degradante a que se submetia lhes pareceu, portanto, juridicamente irrelevante, porque não se pode renunciar a dignidade, porque uma pessoa não pode excluir, de si mesma, a humanidade.”

¹²⁸ MORAES. In: SARLET, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 117.

Necessária é a consciência de que o homem vive em sociedade e, como tal, deverá respeitar e ter garantido um mínimo, que se tornará, inclusive, irrenunciável, sob pena de perda de sua dignidade.¹²⁹

Toda essa construção leva, de forma inegável, a uma conclusão lógica: em conflito a norma e o princípio, há que prevalecer este. No conflito, entretanto, entre dois princípios, é necessário que haja a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente com a valorização deste será possível a construção de uma sociedade mais justa e que respeite o ser humano em toda a sua dimensão como verdadeiro ser, como escreve Moraes:

Esta decomposição serve, ainda, a demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.¹³⁰

Assim, no dizer de Cunha, é necessário repensar os demais princípios do direito contratual – a saber, a autonomia de vontade, os bens, o patrimônio, a pessoa, a propriedade, a força obrigatória, dos contratos, a supremacia da ordem pública –, mas, antes de tudo, os direitos da pessoa humana como direito fundamental.¹³¹ Dessa forma, não há como se falar em contrato que fira este princípio, que não o respeite e, tampouco, pensar na possibilidade de que venha a ser negado ao Estado, uma vez ferida a possibilidade de rever o pacto.

Seguindo esse princípio, toda contratação fica vinculada ao respeito à pessoa humana, pois antes de tudo está a sua dignidade. Essa idéia, como bem anota Sarlet, vem de Kant:

¹²⁹ Aquiles Côrtes Guimarães sobre a situação de que o homem não pode se autodeterminar, afirma o seguinte: “O princípio da obrigatoriedade da coexistência exige essa crença, porque a pessoa humana é incapaz de legislar para si mesma e muito menos de cumprir as regras por ela impostas à sua conduta por autodeterminação. É a condição humana, cujo fundamento mais radial é a liberdade.” GUIMARÃES, *Fenomenologia e direitos humanos*, p. 56.

¹³⁰ MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p. 105-147. SARLET, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 117.

¹³¹ Alexandre dos Santos Cunha, ao falar de direitos humanos, sustenta: “O seu reconhecimento, enquanto direito fundamental, leva à necessidade de pré-questionamento de uma série de dogmas civilísticos, em especial aqueles que constituem seu núcleo central: a autonomia, os bens, o patrimônio, a pessoa e a propriedade.” CUNHA, *Dignidade de pessoa humana*. In: MARTINS COSTA, *A reconstrução do direito privado*, p. 260.

Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.¹³²

Já em sua época Kant tinha a visão de que a dignidade da pessoa humana é inegociável ao longo de vários séculos, porém foi deixada muitas vezes em segundo plano em razão dos princípios tradicionais do direito contratual, como a força obrigatória e a autonomia da vontade. Ademais, tal princípio restou por ser recepcionado também quando a Constituição regulou a ordem econômica, no artigo 170, determinando que seja respeitado nas atividades econômicas.¹³³

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento de que a ordem jurídica existe para a pessoa humana, para sua defesa e desenvolvimento. Logo, este princípio¹³⁴ se caracteriza como princípio que serve de base sólida para a construção de um sistema jurídico, inclusive, no que diz respeito ao direito contratual, para que tenha um mínimo de legitimidade.¹³⁵

Como se percebe, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um grau de proteção e autonomia da pessoa humana tanto perante o Estado quanto às demais pessoas humanas ou pessoas jurídicas públicas ou privadas, além de impor a satisfação de condições

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2007, p. 34.

¹³³ Ver neste sentido GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros 2002, p. 238 e seguintes.

¹³⁴ Neste sentido, embora reconhecendo que dificilmente outro princípio terá precedência sobre este, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 106 e s.. No mesmo sentido ver SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 74 e s e 128 e s. Contra, entendendo ser o princípio da dignidade da pessoa humana absoluto ver SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: www.jus.com.br.

¹³⁵ Tepedino afirma que, no que tange à proteção da pessoa humana, mantém-se despercebida, as mais das vezes, pelos civilistas a cláusula geral de tutela fixada pela Constituição, nos arts. 1º, n. III, 3º, n. III, e 5º, § 2º. Segundo o art. 1º, no. III, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 3º, III, constituem-se objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Finalmente, pelo art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1º) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Tais preceitos, inseridos como foram no Título I, compõem os princípios fundamentais da República, os quais, segundo a técnica adotada pelo constituinte, precedem, topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais. Vale dizer, a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como, nesta questão citando Clémerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso, o inteiro ordenamento infra-constitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 67.

mínimas de existência, capazes de permitir ao ser humano realmente viver, não só sobreviver. Esse mínimo existencial se caracteriza, na lição Lorenzetti,¹³⁶ como os bens fundamentais que são descobertos pela indagação de quais condições sociais são necessárias para tornar possível que as pessoas realizem sua idéia do bem, desenvolvam e exerçam suas capacidades morais.

Esses bens, continua o autor, são aqueles de que o indivíduo necessita para conseguir desenvolver-se minimamente na sociedade, abrangendo liberdade, trabalho, moradia, educação, saúde. Portanto, são bens que correspondem à própria qualidade humana, cabendo ao direito e à organização social e econômica, que devem servir ao homem, garanti-los para que se possa realmente falar em pessoa humana. É em virtude disso que esses bens fundamentais são um mínimo social, uma base que corresponde ao bom funcionamento da organização humana e que permite continuar sendo chamada dessa maneira.

Portanto, existe a tendência de construção de um piso mínimo de direitos básicos, fundamentais, sendo esses direitos subjetivos oponíveis aos contratantes. Logo, aquele que vir a dignidade humana em risco poderá invocá-la como causa de revisão, ou, mesmo, de anulação do ajuste. Todavia, esta autonomia da pessoa humana não deve ser entendida em sentido individualista, como no velho modelo liberal, mas, sim, como individualidade que coexiste com outras individualidades; uma pessoa humana autônoma, mas não isolada, integrante de uma sociedade em que está em relação com outras pessoas.

Como se vê, este princípio possui uma carga normativa extremamente vigorosa, a qual não pode ficar como mera promessa do legislador constituinte, mas, sim, ser expressa e concretizada em cada manifestação jurídica. A partir deste é possível, por meio de uma interpretação sistemática e vitalizante, alcançar a justiça mínima do ordenamento e também nos casos concretos.

Dessa forma, o direito contratual recepcionou tal princípio como elemento indispensável à validade do pactuado, não apenas como forma de garantia entre as partes, mas, sim, perante a sociedade como um todo, por vezes, até mesmo contra a vontade das partes contratantes. Estando em confronto a dignidade da pessoa humana com o estabelecido no contrato, deverá sempre prevalecer aquela em detrimento deste, como, aliás, já se viu no caso do arremesso de anões referido acima.\

¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 328.

2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Apesar de o Código Civil atual ter consagrado a função social do contrato¹³⁷ como princípio norteador, não se pode tratar deste instituto sem falar em autonomia da vontade. Sem autonomia, sem manifestação de vontade, não se pode falar em contrato. É relevante que se lembre, inclusive, que os pensadores do Estado que o justificavam como um contrato celebrado pelo povo em favor de um soberano fazia-no sob a fundamentação da vontade dos cidadãos.

Este princípio, que remonta aos tempos romanos e garante às pessoas livres o direito de contratar, escolher com quem contratar e o que contratar, atingiu seu ponto culminante com as idéias da Revolução de 1789, que, como já se referiu, veio trazer segurança jurídica à emergente burguesia. De bom alvitre é lembrar Pontes de Miranda, que percebia um poder de constituição de negócios jurídicos às pessoas com auto-regramento:

O princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade (dito da autonomia privada), mas os sistemas jurídicos estabelecem regras jurídicas cogentes, dispositiva e interpretativas para que algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei editou, ou se há dúvida sobre o que ele disse.¹³⁸

Não é demais dizer que para esse princípio pouco importavam questões que posteriormente acabariam ganhando relevo, como, por exemplo, a própria dignidade da pessoa humana. O princípio em exame garante que as partes têm liberdade para estabelecer o regramento de suas relações. Uma vez manifestada a vontade de contratar, eleito o contratante e ajustado o objeto, o que restava às partes era o cumprimento do ajuste, pouco importando as condições em que essa contratação fora celebrada.

Lembre-se que o direito contratual foi largamente utilizado quando da Revolução Industrial para legitimar a contratação de mão-de-obra dos até então servos dos senhores feudais, que passavam a trabalhar nas fábricas que se instalavam. O ideário liberal vigente servia aos industriais, que ditavam as regras, cabendo aos vassallos simplesmente aceitar ou

¹³⁷ Art. 421 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” BRASIL. Código Civil.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. T XXXVIII. p. 51.

sofrer pela falta de condições de vida, e, diga-se nesse momento, inclusive de falta de alimentos.¹³⁹

Ainda que este princípio tenha atingido o seu apogeu nas idéias liberais da Revolução Francesa, já aparecia no direito romano, como anota Elesbão:

O Direito Romano consagrou a *lex privata* como primeira forma de expressão do *ius civile*. A *lex* era uma declaração solene, forma de expressão do direito privado, conforme disposta na *Lei das XII Tábuas: uti lingua nuncupasit, ita ius*. Depois da *lex privata* é que surge a *lex publica*, quando aprovada pelo povo, nos comícios, uma proposta do magistrado. Consagrava-se, assim, o poder jurígeno da vontade individual.

Logo em seguida o cristianismo coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza no Direito Canônico a declaração da vontade como fonte de obrigações jurídicas.¹⁴⁰

A evolução desse entendimento e sua aplicação pelos glosadores levaram à afirmação do princípio da autonomia da vontade inclusive em outros ramos do direito, como relata Elesbão:

Com os glosadores, firma-se o princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, atribuindo aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de soluções dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte normativa. O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passa a ser para os civilistas um conceito teórico, traduzindo a convicção para alguns autores de que a vontade pode, como a lei, criar direitos.¹⁴¹

Questão indispensável para a validade plena do princípio da autonomia da vontade é partir da presunção de igualdade plena entre os contratantes, decorrente do modelo de Estado

¹³⁹ A esse respeito ver nota 14 e 15 de Silva Filho. O autor cita Tigar e Levy, que comentam que a ideologia predominante maculava a autonomia de vontade ao referir: transformou essa questão em um problema de opção pessoal e chamou tal mudança de um passo em direção a liberdade: ninguém precisava trabalhar, e os que o faziam aceitavam os termos da barganha... Uma vez que, o que quer que dissesse a ideologia, “a sociedade precisa poder dispor da capacidade de trabalho do indivíduo”, a ficção da livre opção ocultava a realidade de que a falta de propriedade pelo assalariado obrigava-o a empregar-se com tal. Ou em outras palavras, a idéia de que a propriedade nada mais é que uma relação entre uma pessoa (persona) e uma coisa (res), e que, por conseguinte, não implica domínio de uma pessoa sobre outra, é mera ficção. O controle da propriedade – quando ela consiste nos meios de produção – é convertido no controle de pessoas através do contrato de trabalho. Dessa maneira, a idéia de contrato como livre barganha é ilusória.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 248-249.

¹⁴⁰ ELESBÃO. *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*, p. 93.

¹⁴¹ ELESBÃO. op. cit., p. 94.

Liberal. Os ideais da Revolução Francesa buscaram justamente afastar a intervenção do monarca (que era o próprio ente personificado) das relações com as pessoas, em face dos arbítrios existentes, visto que a todo o momento havia o temor de que o Estado limitasse a liberdade novamente. A esse respeito, Sarmiento esclarece:

A justificativa deste critério é de fácil apreensão. Como já vimos antes, a concepção liberal dos direitos fundamentais confinava-os ao espaço das relações verticais entre cidadão e Estado, em razão de nelas vislumbrar a situação de poder e de sujeição, que exigia a proteção do indivíduo diante de possíveis desmandos das autoridades públicas. Entendia-se que, com a garantia jurídica da isonomia formal, todas as pessoas e entidades privadas ficariam numa posição de paridade, sendo portanto desnecessário estender a este campo os direitos fundamentais. A sociedade civil, vista sob a perspectiva liberal-burguesa, seria o espaço por excelência do “reino da vontade”, da autonomia privada do indivíduo, senhor do seu destino. Mas a verdade, já diagnosticada por Karl Marx, é que o campo das relações privadas também é permeado pelo poder e pela sujeição. Enquanto houver fortes e fracos, incluídos e excluídos, poderosos e sem-poder, os primeiros tenderão a subjugar os segundos, cuja autonomia tornar-se-á fictícia.¹⁴²

O princípio da autonomia da vontade indica a plena capacidade de que as partes podem fazer lei entre si. Uma vez ajustado o compromisso, elas têm o dever, inclusive moral, de cumprir o ajuste, ou, no dizer de Artur Marques da Silva Filho:

A vontade é soberana; o respeito à palavra dada é uma regra do direito natural. Deve ser aplicada tanto entre indivíduos quanto nações.

Pufendorf, em 1673, defendera a idéia de que o homem é a origem da autoridade e do direito.

Indiscutivelmente é a partir mesmo do séc. XVIII que a autonomia absoluta da vontade passa a ser preponderante, o que veio a ser consagrado com a Revolução Francesa. E, como já se mencionou, o CC Francês dispôs no art. 1.134, que: “as convenções legalmente formadas impõe-se como leis àqueles que as celebraram”.¹⁴³

É bom que se lembre que a autonomia somente é possível quando as partes são de fato iguais, não apenas formalmente iguais, pois nesses casos é necessária intervenção pronta do Estado para igualá-las, posto que a desigualdade fática macula a própria manifestação de vontade, ou, no dizer de Bonatto:

¹⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 303-304.

¹⁴³ SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão dos contratos, p. 120-160. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.), *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 122-123.

Desse modo, fácil constatar que as modificações na concepção liberal do contrato decorreram da necessidade de que o princípio da autonomia d vontade não fosse utilizado como forma disfarçada de consagrar o poder do forte sobre o fraco, pois conforme a clássica formulação de Lacordaire, “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”¹⁴⁴

Essa também é a percepção de Sarmento:

Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada. Foi atento a esta realidade que Pedro de Vega García destacou que, diante da desigualdade material, “(...) *La autonomía de la voluntad privada ha dejado de ser el reino idílico donde todos los derechos y libertades encontraban su realización*”¹⁴⁵

Com a massificação da sociedade e a criação de contratos para atender a essa demanda – por adesão –, uma das partes simplesmente impõe à outra a sua vontade, permitindo-lhe apenas aceitar ou não as condições previamente postas. Registra Nalin:

O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias.¹⁴⁶

Não é demais transcrever o que é, em princípio, a autonomia da vontade. Utilizam-se, para isso, as palavras de Elesbão:

¹⁴⁴ BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30.

¹⁴⁵ SAMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 304.

¹⁴⁶ NALIN. *Do contrato...*, p. 109.

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei, e seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, através da livre manifestação de vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.

Torna-se, dessa forma, possível às pessoas, mediante comportamentos adequados, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, influenciando sobre os direitos, deveres ou situações delas emergentes.

O reconhecimento do valor da vontade jurídica, assim, embasa a exaltação do valor do indivíduo, da personalidade humana. Por isso, não é de se estranhar que a vontade jurídica tenha alcançado seu apogeu e respeitabilidade na Revolução Francesa. Com ela consagrou-se definitivamente o princípio da autonomia da vontade, chamado, também, de autonomia privada.¹⁴⁷

Por fim, para que exista contrato, há necessidade de autonomia da vontade. Se as partes não manifestarem sua vontade de vincular-se, por certo, o negócio jurídico não acontecerá. Entretanto, tal princípio, assim como o Estado, transformou-se. Essas transformações, como se verá no próximo princípio, são identificadas por Lisboa: “A autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo, não desapareceu do cenário do Direito.”¹⁴⁸

Como se percebe, a autonomia privada não pode mais ser entendida no sentido tradicional, como liberdade plena de contratar, mas, sim, como liberdade valorizada enquanto compatível com os demais princípios¹⁴⁹ e regras que lhe são opostos e que lhe são limitativos, ficando evidenciada a sua proteção enquanto se justifique por sua função social¹⁵⁰. Além disso, a autonomia privada não é sinônimo de autonomia contratual, pois manifesta-se em vários outros fenômenos jurídicos nos quais não há contrato.

¹⁴⁷ ELESBÃO, *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*, p. 94.

¹⁴⁸ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos...*, p. 80.

¹⁴⁹ COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 141. Para a autora: “Contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa fé em sua feição objetiva.”

¹⁵⁰ Veja-se o art. 421 do Código Civil, que estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que aliás decorre da própria Constituição. Sobre esta perspectiva, Lôbo, Paulo Luiz Netto Lobo afirma: mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).” “A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). A justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º. e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos direitos fundamentais. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: www.jus.com.br, p. 9,

Um dos ramos do direito em que primeiro se estabeleceram fortes restrições à autonomia privada foi o direito do trabalho, no qual, diante da desigualdade enorme entre os sujeitos envolvidos na relação de emprego, a plena liberdade contratual estabeleceria uma sujeição intolerável dos interesses de um dos sujeitos frente ao outro. A mesma idéia se aplica ao direito do consumidor, no qual existe flagrante diferença de poder (econômico, social, técnico ou jurídico) entre fornecedores e consumidores, tanto que se reconhece que estes últimos são considerados vulneráveis no mercado.

Como corolário deste princípio decorre o surgimento de outro, cuja conceituação e interpretação passa-se a esclarecer.

2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Da mesma forma que a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos serve de fundamento desse negócio jurídico. Conhecido dos romanos como *pacta sunt servanda*, quer traduzir a idéia de que, uma vez ajustado o contrato – uma vez empenhada a palavra –, a obrigação assumida deve ser cumprida. Esclarece Lisboa:

Originário do Direito romano é consubstanciado no brocado *pacta sunt servanda*, tal princípio compele os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do acordo celebrado, pena de resolução do negócio, ante a frustração da satisfação do interesse da outra parte, pelo inadimplente.

Fundada na segurança jurídica e na vinculatividade do contrato, a obrigatoriedade gera a confiança na estabilidade do negócio, para que sejam auferidos os direitos e satisfeitos os interesses ou necessidades dos contraentes.¹⁵¹

A idéia de que as partes vinculadas ao contrato devem cumprir a sua parte na obrigação que assumiram teve seu ápice no liberalismo, pois a burguesia de então detinha o poder econômico e havia, por meio da Revolução Francesa, assumido o poder político. É importante que se lembre que esse princípio é anterior, mesmo, à lei escrita, já valendo como regra de costume na Grécia, como relata Elesbão:

¹⁵¹ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos: consumidor...*, p. 82.

Quando Sólon pretendeu dar leis aos atenienses, foi contestado por aqueles que consideram ser impossíveis reprimir, por leis escritas, a injustiça e cupidez dos homens. Mas Sólon respondeu-lhes que os homens guardam e respeitam as convenções entre si.

Por esse tempo, os homens já haviam percebido que não tinham vantagens em deixar de cumprir a palavra empenhada, mesmo antes de a lei escrita criar sanções para os transgressores das convenções.

Dessa forma, infere-se o conceito de obrigatoriedade.¹⁵²

Com o evoluir do Estado e os princípios informativos de seus regramentos, também o princípio da força obrigatória dos contratos sofreu sensível restrição, pois nem sempre se observa a possibilidade de que os pactos sejam cumpridos peremptoriamente. Nesse sentido, Silva Filho faz a seguinte observação:

Analisando por um lado o princípio da intangibilidade (obrigatoriedade), e por outro lado o princípio que exige sua atenuação em virtude de uma situação extraordinária (*rebus sic stantibus*), com base na moral, na equidade, na boa-fé ou em outros princípios jurídicos ou éticos, chegamos à conclusão que o princípio liga-se à segurança jurídica, e o outro, ao restabelecimento da equidade, ambos porém complementando-se harmoniosamente.¹⁵³

Nesse passo, é importante lembrar que novamente se está a justificar um princípio inserido num momento em que o individualismo prevalecia sobre o social. Não se admitia a intervenção do Estado para corrigir distorções que o contrato ao longo de sua execução pudesse demonstrar. Tamanho era o rigorismo desse princípio que não se permitia, em qualquer hipótese o seu reequilíbrio. Ocorre que os próprios romanos já anteviam a necessidade de, em alguns casos, o contrato não poder ser levado a cabo em razão de situações externas e posteriores à contratação que levavam ao não-cumprimento. Surgiu, então, o que se denominou de cláusula *rebus sic stantibus*, originária do direito canônico.

Para a aplicação da cláusula e revisão, ou mesmo rescisão, do contrato, exigia-se a existência de contrato comutativo e de execução sucessiva ou contínua, a qual, em razão de fatos supervenientes ao existente no momento da celebração, torna-se onerosa de forma excessiva para uma das partes. Essa cláusula, ainda que não ajustada no contrato, estava implícita quando de sua contratação e serviu para justificar a alteração unilateral do contrato

¹⁵² ELESBÃO. *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*, Porto p. 150-151.

¹⁵³ SILVA FILHO, In: BITTAR, *Contornos atuais da teoria dos contratos*, São p. 126-127.

sem se negar o princípio da sua força obrigatória, tampouco se admitir a interferência nas relações privadas.

Ocorre, todavia, que o instituto, e por conseqüência seus princípios, passou pelas transformações que a sociedade experimentou. É inegável que toda a humanidade experimentou sensível modificação em suas configurações, o que agravou o desequilíbrio social, visto que o forte tornou-se mais forte e o fraco, mais fraco, distanciando a igualdade entre as partes e dificultando a aplicação desse princípio.

Os contratos, em sua grande maioria, são massificados, com o que as pessoas perdem o seu lugar de destaque em face da constante abstração que se confere ao instituto. Para exemplificar, contratos bancários são celebrados em terminais eletrônicos, sem prévio ajuste ou qualquer tipo de negociação, apenas com a simples utilização de cartão magnético. Não há, pois, possibilidade de discussão do negócio jurídico, de suas condições, juros, prazos, taxas e assim por diante.

Não se está aqui a dizer que os contratos não devem ser cumpridos, ou que não possuem “força de lei entre as partes”. O que se afirma é que também esse princípio merece uma releitura, de modo que a pessoa volte a ser o centro, o “sujeito”, não apenas o “contratante” e “contratado”.¹⁵⁴

Ver-se-á a seguir que a força obrigatória dos contratos sofre limitações. A vontade expressada pelas partes ao celebrarem um contrato gera dever de conduta dos contratantes. Todavia, essa conduta fica vinculada ao atendimento das cláusulas de boa-fé e da função social.

¹⁵⁴ A esse respeito é importante a nota SILVA FILHO: “Em sua obra Cláudia Lima Marques realiza um excelente apanhado sobre a dinâmica dos contratos na moderna sociedade de massas, explicitando, além da profusão de contratos de adesão ou standarizados a reclamar um intenso controle na abusividade das cláusulas oferecidas pelo proponente, a emergência dos chamados cativos de longa duração, onde a fungibilidade dos tradicionais contratos paritários da lugar a uma relação duradoura, avultando mais do que nunca os deveres laterais ou anexos e onde a resolução do contrato por parte, por exemplo, de empresas de seguros, de fornecimento de energia elétrica, de serviços telefônicos, de planos de saúde, de serviços bancários, entre outros, figura como um abuso de direito. Desta feita, evidencia-se a posição de catividade da parte aderente, motivada não só por métodos agressivos de marketing que pululam na atual sociedade capitalista através do império da mídia e da propaganda, mas também pela realidade de uma sociedade onde, a par dos crescentes avanços tecnológicos, instalam-se maiores e renovados riscos para os seus membros. “Uma vez que tais relações contratuais cativas podem durar anos e visam, na maioria das vezes à transferência de riscos futuros ou suprimento de uma necessidade futura, estabelecendo um verdadeiro processo de convivência necessária entre a empresa fornecedora de serviços e os consumidores, notou-se que a ótica escolarística tradicional de uma análise estática e unitemporal da relação obrigacional de execução diferenciada ou contínua não mais oferecia respostas adequadas. O lapso de tempo que se situa entre o nascimento da obrigação e o momento previsto para a satisfação da obrigação principal não pode ser mais visto como um ‘espaço vazio’, ao longo do qual o devedor não é obrigado a qualquer comportamento particular, não se lhe impõe qualquer dever de conduta. Ao contrário, a relação obrigacional é um todo contínuo, onde desde o seu nascimento (e mesmo antes) as partes estão vinculadas por uma série de deveres anexos de conduta (nebempflchten), impostos, pelo princípio geral de boa-fé na execução das obrigações”. SILVA FILHO. *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 258

2.5 PRINCIPIO DO CONSENSUALISMO

Outro princípio a fundar o direito contratual é o consensualismo. Os contratos, para possuírem eficácia e validade, devem ter no nascimento o acordo de vontades, a manifestação dos contratantes no sentido de celebração daquela vinculação jurídica.

Já em Roma havia a previsão dessa observância, porém lá existia uma excessiva valorização das formas, que chegava a inquirir de nulo o ato, como observa Lisboa:

No Direito romano prevalecia a regra *ex nudo pacto actio non nascitur*. Os pactos nus, muito embora não outorgassem a possibilidade de a parte se utilizar da *actio*, tornavam cabível o uso eventual de uma exceção (*exceptio*), em oposição ao contrato posteriormente modificado, sem formalidades. Portanto, apenas o pacto que se revestisse das formalidades pertinentes poderia ser tido como contrato. Essa distinção estabeleceu, à época, a falta de sinonímia entre os vocábulos acordo (*pacto*) e contrato (*contractus*), este uma categoria geral e abstrata, que somente tinha o condão de gerar obrigações jurídicas com a realização das fórmulas cabentes (*nexum, stipulatio ou actio*), mediante as categorias próprias dos pactos vestidos (*pacta adiecta* – com a diminuição ou a imposição de outras obrigações ao devedor, *pacta pretoriana* – para a constituição de direitos reais – *pacta legitima* – compromisso e as promessas de dote e doação.¹⁵⁵

Esse princípio evoluiu e esse apego às fórmulas, tal como em todo o direito civil, passou por transformações, passando-se a privilegiar a manifestação de vontade convergente com vistas à formação do direito obrigacional. Assim arremata Elesbão ao tratar deste assunto:

O consentimento é um dos elementos indispensáveis ao contrato. Trata-se de um fato essencialmente bilateral: *cum sentire, in idem placitum consensus*. É necessário, portanto, que duas ou mais pessoas, natural e legalmente capazes, consintam, de modo válido e sério, em estabelecer entre si uma relação contratual. Consenso, portanto, caracteriza-se como o encontro de duas declarações de vontade, que partindo de dois ou mais sujeitos diversos, se dirigem a um fim comum, fundindo-se.¹⁵⁶

¹⁵⁵ LISBOA, *Contratos difusos e coletivos...*, p. 78-79.

¹⁵⁶ ELESBÃO, *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*, p. 137.

Pode-se, dessa forma, afirmar que, sem o consenso das partes com o objetivo de celebrarem o contrato, não se poderá falar em sua validade. Ainda, como todos os atos jurídicos, é necessário que essa manifestação seja isenta de vícios e diga respeito a objetos lícitos. Essa consensualidade deverá, ainda, conduzir a atos que respeitem os direitos individuais e coletivos, como assinala Lisboa: “A liberdade, que já não era, a rigor, ilimitada no Direito clássico, atualmente é considerada cada vez mais como a liberdade responsável, para que o seu exercício não venha a sacrificar direitos alheios, em especial os de natureza fundamental.”¹⁵⁷

Assim, o princípio do consensualismo, com as modificações decorrentes dos tempos, está presente e, amoldado aos tempos atuais, deve preservar os direitos alheios, como visto acima.

2.6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Inicialmente, convém enfrentar a questão de ser ou não a boa-fé um princípio. Como já referido no preâmbulo, princípios estão acima das normas, podendo, por vezes, ser inseridos nos textos legais. No atual estágio do direito contratual, no qual o liberalismo perde força, cada vez mais, para um dirigismo contratual, a boa-fé assume o *status* de princípio. Manifesta-se a respeito Silva Filho:

Como já ficou patente ao longo do texto, o princípio da boa-fé objetiva é um verdadeiro repositório de sentidos para a concreção e contorno da relação contratual, buscando fundamentalmente atenuar a vinculação aos ditames voluntarísticos, no entendimento de que tão natural e necessário quanto o respeito à autonomia de cada pessoa, é o respeito a certos parâmetros de como deve o outro ser tratado, no afã de permitir a fortificação de laços de confiança entre os cidadãos em suas mútuas relações, especialmente aquelas voltadas à circulação da riqueza produzida na sociedade. Sobressai-se aqui, uma orientação axiológica que se reveste da preocupação com a alteridade, mantendo fluidas as vias de revelação da concreta subjetividade dos parceiros contratuais, ao buscar aproximação com o mundo da vida, e, ao mesmo tempo, não permitindo que certos parâmetros sejam reféns das intenções e humores das partes, daí porque é chamada de *objetiva*.¹⁵⁸

¹⁵⁷ LISBOA, *Contratos difusos e coletivos...*, p. 80.

¹⁵⁸ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 300-302.

A boa-fé, portanto, trata-se de princípio de ordem moral que ganhou contornos de norma posta no direito. Surgida no direito romano como a *bona fides*, constitui-se de conceito ético. Também foi uma referência do direito canônico, pois onde estivesse o pecado não estaria a boa-fé, como pontua Martins-Costa: “Embora introduzisse um poderoso pólo de significados: a boa-fé é vista como ausência de pecado, ou seja, como estado contraposto à má-fé.”¹⁵⁹

Ainda justificando a inclusão da boa-fé no rol dos princípios, Nalin escreve sobre a nova ótica constitucional:

Tendo o homem como centro necessário das atenções oportuno de indagar da possibilidade de localização da boa-fé enquanto princípio geral do direito, no sistema constitucional, assim como os demais princípios estão ditos fundamentais inclusos na Carta, como o da dignidade do ser humano, a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade privada, a livre manifestação do pensamento, a intimidade a vida privada etc.¹⁶⁰

Surgida no direito romano e de passagem pelo direito canônico, a boa-fé tornou-se norma escrita de conduta na fórmula *Treu und Glauben* – lealdade e confiança –, que, nascida na Idade Média, alcançou o Código Civil Alemão (BGB), como anota Rosenthal:

Com efeito, é na Alemanha da Idade Média que nasce a formulação da boa-fé que perduraria até a codificação de 1900 e, posteriormente, migraria para as outras codificações romanísticas. Explica Menezes Cordeiro que *Treu und Glauben* exprime, em linguagem comum escrita, as corespectivas noções de lealdade e crença/confiança que devem presidir as relações negociais. O emprego jurídico dos termos é documentado desde o século XIV, separadamente, e não muito adiante de forma conjunta em uma fórmula par. Conforme o exposto no § 242 do BGB de 1900, “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.¹⁶¹

Ao comentar a inclusão da boa-fé no direito brasileiro, Rosenthal socorre-se de Miguel Reale para afirmar:

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129.

¹⁶⁰ NALIN, Paulo Roberto. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual* (coordenador Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

¹⁶¹ ROSENTHAL. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, p. 77-78.

A boa-fé obrigacional se apresentou inicialmente no direito pátrio como modelo dogmático (puramente teórico), para se concretizar como modelo jurídico em face da atividade concretizadora da jurisprudência. Segundo Reale a boa-fé objetiva é noção sinônima de “honestidade pública” e “se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.”¹⁶²

O fato é que, a partir da codificação alemã, praticamente todos os ordenamentos europeus passaram a incorporar a boa-fé em seus regramentos. No Brasil, o sistema jurídico privilegia aquele que assim age. Exemplos disso são o possuidor, o credor putativo e vários outros exemplos, pois não pode o que fere uma norma de má-fé, ou ao menos ciente do erro ou ignorância, ter o mesmo tratamento daquele que age daquela forma.

O Código Civil de 2002, ao tratar das disposições gerais dos contratos, estabeleceu a boa-fé objetiva como dever de conduta dos contratantes. Denominado por Silva Filho como “dever de lealdade”, implica que os sujeitos dos contratos devam ter como objetivo o cumprimento do ajuste:

Finalmente, os devedores de lealdade e cooperação implicam que, na vigência do contrato, as partes não podem assumir uma conduta que seja contrária à própria finalidade contratual, frustrando as expectativas objetivamente cognoscíveis que daí advém. Além desse dever de caráter marcadamente negativo, impende às partes uma conduta de cooperação mútua, em que pese os interesses contrapostos concernentes à obrigação principal, atuando no sentido de viabilizar plenamente a relação da prestação da outra parte, evitando, assim, a produção de empecilhos desnecessários e avessos ao bom termo na execução do certame. Como registra CORDEIRO os deveres de lealdade encontram expressa no dever de não-concorrência, de não-celebração de contratos incompatíveis com o primeiro e de manutenção do sigilo.¹⁶³
e 164

¹⁶² ROSENVALD. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, p. 77-78.

¹⁶³ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito...*, p. 311-312.

¹⁶⁴ Rosenthal comenta que lealdade e boa-fé tradicionalmente têm sido utilizados como sinônimos, senão veja-se: “No particular, Luis Diez-Picazo assinala que a boa-fé e lealdade são conceitos distintos, mas que a tradição tratou de equiparar. O uso da dupla terminologia tem por objetivo facilitar a congregação do princípio naqueles idiomas em que a boa-fé não compreende ambas as coisas, sendo afirmativo falar de confiança e lealdade (como na Alemanha). Em termos gerais a boa-fé radica no sentido subjetivo, fazendo referência a representação mental do indivíduo que atua honestamente sem lesar os direitos alheios. Já a idéia de lealdade é a observância de regras subjetivas e independentemente de qualquer consciência, intenção ou posição jurídica subjetiva. Cada um deverá guardar fidelidade à palavra dada e não defraudar ou abusar da confiança alheia, pois, segundo Larenz, ela é o cimento de todas as relações humanas, envolvendo aí, além das obrigações, qualquer espécie de vinculação jurídica, como no direito das coisas, direito pessoal e direito público. Com efeito, apesar de as regras de direito privado sancionarem a má-fé do possuidor, o sistema propicia uma abertura para a atuação do princípio da boa-fé objetiva no direito das coisas, em caráter de complementariedade.” ROSENVALD. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, p. 81-82.

Na observação de Lisboa:

Os contratantes devem agir de forma leal e proba, para a consecução dos objetivos delineados no instrumento negocial respectivo. Deve existir entre os negociantes uma relação de confiança mútua e fidelidade ao pactuado.

É o aspecto moral da contratação, desde sua formação até a sua extinção. Implica lealdade da palavra, fidelidade no tratamento e cumprimento adequado das obrigações – tempo, lugar e modo convencionados.¹⁶⁵

É importante que se diga que nem todas as situações de abuso podem ser previstas previamente, seja pelas partes, seja pelo legislador. Assim, o princípio em estudo é um importante instrumento de regulação das relações privadas, como assinala Silva Filho:

Esse princípio, porém era considerado por ele como sendo uma válvula de segurança para a conveniente aplicação do direito ao caso concreto, pela impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as particularidades que possam surgir na prática. Essa regra procura traduzir o pensamento de que todo aquele que contrata deve agir como homem honesto, do princípio ao fim. Nesse passo, em nome da boa-fé os contratos devem ser cumpridos como foram estabelecidos, independentemente da mudança do estado de fato em que a execução irá ocorrer, mesmo que isso possa trazer sérios prejuízos para a parte atingida. A segurança das partes, em nome da boa-fé.¹⁶⁶

Essa também é a anotação de Martins:

A boa-fé tem sido tida como um dos pilares básicos a sustentar a validade de qualquer contrato. Aparentemente seu significado seria auto-explicativo. Entretanto a boa-fé é uma das figuras mais complexas do direito moderno, uma vez que atualmente não se visa exclusivamente o aspecto subjetivo (estado de ânimo das partes). A doutrina especializada vem construindo a visão objetiva da boa-fé que se constitui numa regra de conduta imposta às partes.

Primeiramente, em termos clássicos, a boa-fé foi enfocada apenas sob a ótica subjetiva. Trata-se da ausência de dolo, maculador dos atos e negócios jurídicos. A presença da boa-fé, antes de ser uma exigência do Direito positivo é um princípio geral do Direito que deve inspirar o legislador na edição de novas normas.¹⁶⁷

¹⁶⁵ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos...*, p. 83.

¹⁶⁶ SILVA FILHO. *Contornos atuais da teoria dos contratos*, p. 143-144.

¹⁶⁷ MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156.

Ora, essa forma de atuar da boa-fé objetiva conduz a que nas relações negociais não se apresentem apenas os direitos e obrigações decorrentes da declaração de vontade ou somente os direitos e deveres expressos impostos por lei, sejam principais, sejam acessórios, mas, sim, toda uma gama de direitos e deveres que nascem do concreto relacionamento das partes.¹⁶⁸ Esse princípio irá desempenhar várias funções, que são, segundo Fernando Noronha, a interpretativa, a integradora e a limitadora ou de controle.¹⁶⁹

A função interpretativa, segundo Noronha, está ligada à regra segundo a qual a interpretação dos negócios jurídicos deve ser efetuada conforme a boa-fé, apresentando-se como desdobramentos desta regra: a) que os negócios jurídicos devem ser interpretados em conformidade com o seu sentido objetivo, evidenciado, aparente, salvo quando o próprio destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la se agisse com razoável diligência; b) que, quando o próprio sentido objetivo da declaração suscite dúvidas, dever-se-á adotar o sentido mais razoável segundo o que a boa-fé apontar.¹⁷⁰

Já a função integradora da boa-fé, segundo Noronha, 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 que sejam aplicáveis ao negócio celebrado. A boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta que se apresentam quando da análise da obrigação por uma perspectiva processual ou globalizante.^{171/172}

Da função integradora do princípio da boa-fé nascem deveres de conduta, chamados “deveres acessórios de conduta”, “deveres laterais” ou “deveres anexos”, que, integrando a relação contratual ao lado dos deveres principais e secundários, ou simplesmente acessórios

¹⁶⁸ Ver sobre o princípio da boa-fé objetiva: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958; BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado: Madrid, 1969. T. I.

¹⁶⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, p. 152-191.

¹⁷⁰ NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 152.

¹⁷¹ NORONHA, op. cit., p. 157.

¹⁷² Couto e Silva trata a obrigação numa perspectiva de processo, sendo esta obra pioneira no direito brasileiro a tratar da questão. O autor analisa várias questões que demonstram que a obrigação não é apenas um vínculo simples, estático, mas complexo e dinâmico. Conforme São Paulo: RT, v. 4, 1992, p. 188, nota 15: “As primeiras concepções da relação obrigacional como um “processo” devem-se a Heck e Larenz, embora nenhum deles tenha chegado a um conceito perfeito e acabado da relação vista sob uma perspectiva dinâmica. Heck referia-se ao “programa da obrigação” para explicar a evolução do vínculo obrigacional. Quanto a Karl Larenz, embora tenha concebido a obrigação como um processo, não utilizou esta expressão para designar ou formular sua idéia. Entre nós, o primeiro jurista a aprofundar e sistematizar a concepção da relação obrigacional como um processo dinamizado pela aplicação do princípio da boa fé, foi Couto e Silva, ob. cit., 1976, além de, em outros de seus incontáveis trabalhos jurídicos e forenses, ter divulgado esta concepção.” FRADERA, Vera M. Jacob de. A Interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 5-13.

(não acessórios de conduta), têm por finalidade assegurar que a pessoa, ou os bens da parte contrária, não sofrerá danos durante a realização da prestação devida. Não se traduzem tais deveres em prestações específicas, identificáveis com antecipação, mas são identificáveis em cada caso concreto de acordo com a boa-fé.^{173/174}

Os deveres acessórios de conduta ou anexos são usualmente tripartidos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Os primeiros significam, nas palavras de Menezes Cordeiro, que as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão impelidas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam inflingidos danos mútuos as suas pessoas e aos seus patrimônios.¹⁷⁵ Os segundos, para o mesmo autor, significam que, na vigência do contrato que as une, as partes devem se informar mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que da execução contratual possam advir.¹⁷⁶ Os terceiros, também segundo Cordeiro, significam que as partes estão obrigadas, na pendência contratual, a abster-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações por elas consignadas.¹⁷⁷

Quanto à função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, significa que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente, e para a boa compreensão dessa função são referenciadas à autonomia da vontade e o abuso de direito, ou seja, não se pode exercer nenhum direito que não esteja de algum modo limitado.¹⁷⁸

¹⁷³ NORONHA, op. cit., p. 160-162.

¹⁷⁴ Varela salienta que nas relações obrigacionais resultantes dos contratos típicos ou nominados, como o contrato de trabalho, ao lado das prestações características ou fundamentais, que definem a causa do contrato ou o módulo da relação (deveres principais ou típicos), e dos deveres secundários (deveres acessórios das prestações principais ou correspondentes às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal), encontram-se os deveres de conduta (acessórios de conduta) que, não interessando diretamente à realização da prestação principal, são muitas vezes essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. São deveres que interessam ao regular o desenvolvimento da relação de obrigação, tal como esta tem de processar-se entre pessoas que agem honestamente, com a lealdade e boa fé exigíveis no comércio jurídico. Tais deveres, decorrentes do princípio geral da boa-fé, são relativamente freqüentes nas relações obrigacionais duradouras, mas avultam sobretudo nas relações obrigacionais que comprometem, em maior ou menor extensão, a própria personalidade dos contraentes no cumprimento dos deveres ou no exercício dos direitos contratuais, como no caso do contrato de sociedade ou no contrato de trabalho. Esclarece, ainda, o Autor, que a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar à ação judicial de cumprimento, aplicável ao comum dos deveres de prestação. Mas a violação deles pode determinar a obrigação de indenizar os danos causados à outra parte ou dar lugar à rescisão do contrato. VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Forense, 1977. v. I. p. 105-110.

¹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 604 e seguintes. (Coleção Teses. V. I).

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 167.

Percebe-se, assim, que, para se proceder à atuação do princípio da boa-fé objetiva, não pode o aplicador do direito limitar-se ao já ultrapassado modelo lógico-subsuntivo de interpretação, necessitando do pensamento tópico-sistemático e de sua relação dialética.¹⁷⁹

2.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Também merecedor de especial atenção é o princípio da função social do contrato. Diferentemente da legislação que vigorou durante o século passado, as obrigações são de interesse não só para os contratantes, mas também para as pessoas não vinculadas ao contrato que sofrem seus efeitos. O autor do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, dizia que o contrato possuía duas funções: a paz dos contratantes e a circulação de riquezas. Atualmente, tal concepção é por demais ultrapassada, pois os contratos também devem observar um fim social.

Em nome da liberdade de contratar e da circulação de riquezas, por exemplo, não se admite que alguém alugue em perímetro urbano um terreno para depositar lixos tóxicos, radioativos, ou hospitalares, por exemplo. Esse contrato de locação estaria fadado à nulidade por falta de objeto, uma vez que os interesses da coletividade não podem ser prejudicados em razão do individualismo do proprietário e do locatário.

Também esse princípio representa um golpe na clássica teoria contratual decorrente da socialização do direito, em contraposição ao liberalismo predominante no século XIX e em boa parte do XX. Transcreve-se nesse ponto a constatação de Hironaka:

¹⁷⁹ Martins Costa, nesse sentido, comenta: “Por isto é que, enucleadamente ao exame da boa-fé, perspectivado também a noção de sistema no direito e, conseqüentemente, a dialética entre *sistema e tópica*. É que a compreensão do papel efetivamente atribuído à boa-fé objetiva supõe, mormente quando inscrito este conceito em uma cláusula geral, a utilização do raciocínio tópico, com o que acaba por ser alterada a mais forte significação do termo “sistema”, a que o compreendia ao modo lógico-dedutivo, vale dizer, àquele que, metaforizado nas grandes codificações oitocentistas, se quis dotado, fundamentalmente, da pretensão de plenitude lógica, o que é exclusivo e excludente do que está para além de suas fronteiras, e que, por isto, postula operacionalização mediante um raciocínio do tipo lógico-subsuntivo – o chamado *sistema fechado*.” Logo após, continua a Autora, p. 22: “A boa-fé objetiva rompe esta significação porque, ao provocar irrupções tópicas na leitura atribuída ao sistema codificado, acaba por operar a sua abertura ao que está em suas margens, permitindo, contudo, a ressystematização, seja das próprias decisões judiciais, seja do material que progressivamente introduz no campo normativo no qual situado o princípio. Dito de outra forma, a cláusula geral da boa-fé objetiva, ao exigir a inserção, ainda que punctualizada, do modo de raciocínio tópico conduz a abertura do sistema codificado – em si mesmo, tendencialmente rígido – aos fatores, elementos e valores que não são tidos, *ab origine* e desde logo, como sistemáticos, conduzindo à arrumação destes fatores, elementos e valores em modelos jurídicos jurisprudenciais, costumeiros e negociais que, assim, ampliam e passam a integrar o sistema.” Na mesma linha é a posição adotada ARAÚJO, Francisco Rossal. *A Boa-Fé no Contrato de Emprego*. São Paulo: LTr. Editora, 1996, p. 43, quando afirma que: “...O princípio da boa-fé exerce suas funções topicamente, revelando seu alcance caso a caso, pois, sendo uma diretiva de conduta, somente na situação concreta é que mostrará o seu específico alcance. ...”. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 21.

Ainda que o vocábulo social sempre apresenta esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófica-social, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada ‘doutrina da função social’.¹⁸⁰

O Código Civil vigente prevê expressamente o princípio da função social do contrato ao disciplinar que a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que, segundo Costa,¹⁸¹ significa que a função social do contrato não é apenas uma restrição ao princípio da liberdade contratual, mas faz parte do próprio conceito de contrato. Logo, as restrições à liberdade contratual não se tratam mais como “exceções” a um direito absoluto, mas, sim, como um instrumento, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e concretização das normas contratuais particularmente consideradas.

A função social do contrato atuará fazendo com que haja a busca de conservação do contrato e que este assegure trocas úteis e justas;¹⁸² sem aniquilar com o princípio da autonomia privada, deve compatibilizá-lo com os interesses sociais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais,¹⁸³ bem como impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Hironaka, Giselda Maria F. Novaes. Direito civil – estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

¹⁸¹ Ver Martins Costa, Judith Hofmeister. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Endereço Eletrônico www.jus.com.br, p. 10.

¹⁸² Ver o enunciado editado pela Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nesse sentido: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.” Este enunciado pode ser conferido em PAIXÃO, Marco Antônio C.; CASSOU, Lucia H. O novo Código Civil anotado. *Revista Jurídica Especial*, Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 52.

¹⁸³ Ver o enunciado editado pela Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nesse sentido: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” Este enunciado pode ser conferido em PAIXÃO; op. cit., p. 52.

¹⁸⁴ Azevedo afirma: “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”. Ver o enunciado editado pela Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nesse sentido: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. 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. Parecer civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 750, abr. 1998, p. 116 e 177. Este enunciado pode ser conferido em PAIXÃO; CASSOU, *O novo Código Civil anotado*, p. 52.

José Augusto Delgado¹⁸⁵ afirma que a função social do contrato concretiza-se, diante do comportamento contratual das partes, quando são observados os valores e princípios fundamentais, como a solidariedade social, justiça social, livre-iniciativa, dignidade humana e respeito aos valores ambientais; é uma cláusula geral que faculta ao juiz várias possibilidades de correção da atuação contratual, observado o equilíbrio entre os contratantes. Entre essas possibilidades cita: reduzir o percentual de juros estipulados na relação contratual; declarar a inexistência do contrato por falta de objeto; decretar a nulidade contratual por fraude à lei imperativa; convalidar o negócio anulável; reduzir a prestação de uma das partes quando, pela alteração da situação econômica, estiver exagerada ou desproporcional e determinar a resolução do contrato por excessiva onerosidade.

A perseguição da função social não é exclusiva nos contratos, pois a Constituição de 1988 já havia condicionado o direito de propriedade ao cumprimento da função social, com o estabelecimento, por exemplo, de índices de produtividade sob pena de desapropriação. Assim, o direito das obrigações propõe-se a abandonar o espírito liberal para imbuir-se desse pensamento solidarista, que permite a intervenção social desde a contratação até sua completa execução.

O certo é que também esse princípio limita a vontade individual das partes contratantes, em contraponto à prevalência ao atendimento do bem-estar social, limitando-se as vontades individuais em razão do bem-estar coletivo. Tal fato protege interesses metaindividuais e garante que terceiros que não fazem parte direta da obrigação retem por nela interferir para a garantia de seus direitos, como, por exemplo, no caso do terreno alugado para depósito de lixo tóxico.

Resta claro que a autonomia de vontade fica condicionada ao atendimento da função social da contratação. De nada adiantaria os contratantes celebrarem contrato que viesse a ofender o interesse da sociedade, pois estaria fadado à declaração de nulidade por desatender a esse princípio. É importante que se diga que mesmo esse princípio possui natureza dúplice, uma individual e outra coletiva, ou, nas palavras de Lisboa:

¹⁸⁵ DELGADO, José Augusto. O contrato no Código Civil e a sua função social. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 322, ago. 2004, p. 7 e s, especialmente, p. 24 e 27.

Nestes termos, verifica-se no universo contratual a substituição: dos direitos subjetivos econômicos invioláveis pelo direito subjetivo à luz da função social; do indivíduo em si mesmo pela sua integração à sociedade; da vontade individual absoluta pela sua harmonia com o interesse social; e do negócio jurídico clássico como *contrato social*.

Ademais, renova-se o princípio da boa-fé negocial, que passou a reger os contratos de adesão. Pretendeu-se evitar a abusividade negocial, mediante a uniformização das cláusulas. Criou-se, por fim, novas figuras contratuais, como a colisão de contratos.¹⁸⁶

Este princípio é reciprocamente complementar ao princípio da boa-fé objetiva, embora cada um tenha determinado papel a desempenhar. Ambos são padrões éticos para o direito, pontes entre o direito e a ética, demonstrando o caráter relativamente aberto do sistema jurídico, além da co-implicação entre sistema e realidade social em sua diferença-indivisibilidade.

Como afirma Miragem,¹⁸⁷ a função social do contrato pode implicar, entre outros efeitos, uma qualificação dos deveres já impostos pela boa-fé objetiva (lealdade, colaboração, respeito às expectativas legítimas), porque, enquanto a boa-fé objetiva está mais afeta aos interesses das partes contratantes, a função social do contrato está mais afeita aos interesses da comunidade/sociedade. Esclarece o autor:

Esta qualificação, de sua vez, não deverá ser reconhecida em todos os contratos, mas sobretudo àqueles que apresentam maior relevância social, o que desde logo autoriza relacionar, dentre outros, os contratos massificados, os de serviços públicos, os de concessão de crédito, assim como os de prestação de serviços ou de seguro saúde. Nestes casos, a natureza dos deveres jurídicos ou dos limites estabelecidos pela boa-fé objetiva, em razão da função social dos contratos, deverão ser identificados/interpretados em atenção ao caráter de essencialidade ou relevância social reconhecida ao objeto destas contratações.

Como se percebe, Miragem defende a complementaridade entre os dois princípios, cabendo à função social qualificar os efeitos que decorrem da boa-fé objetiva com um colorido mais social. Na verdade, tendo em conta os tipos de relações que se estabelecem, fortalecem-se ainda mais, para alguns casos, esses efeitos. Ainda, essa deve atentar para que haja equilíbrio nas contraprestações, sob pena de ferir-se, inclusive, a boa-fé, inquinando de

¹⁸⁶ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos...*, p. 104.

¹⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, out./dez. 2005. p. 30-31.

nulidades o negócio jurídico. Assim, além da limitação interna, em face das relações massificadas, cada vez mais se justifica o controle estatal nas relações de cunho privado.

Da mesma forma, como se viu, externamente, assiste direito à “intromissão” nas relações por terceiros quando o interesse social estiver em risco, como é o caso, por exemplo, da possibilidade de ajuizamentos de ações coletivas por substitutos processuais, ou pelo Ministério Público, buscando preservar o direito de todos, mas muitas vezes de ninguém especificamente.

A toda prova, as mutações sociais, que se examinarão no próximo capítulo, sem dúvida alguma trouxeram reflexos nas relações contratuais, com uma completa mudança de pensamento, passando-se do liberal para o dirigismo contratual.

3 INTERVENCIONISMO ESTATAL E RELAÇÕES PRIVADAS

Verificou-se no primeiro capítulo a evolução do Estado, desde as formas mais rudimentares, onde sequer se poderia falar em ente estatal, mas em várias formas de poder, passando pela forma liberal, que atingiu seu apogeu na Revolução Francesa. Nesta fase os interesses individuais, mais precisamente os da burguesia, eram os principais bens protegidos pelo Estado. Neste estágio civilizatório de evolução do direito contratual não se admitia a alteração das cláusulas contratuais, tanto que os princípios examinados no segundo capítulo deste trabalho foram valorizados ao extremo.

Em outra etapa tratou-se acerca da busca pelo bem-estar, que deveria ser garantido pelo Estado no chamado *Welfare State*, para, posteriormente, chegar-se ao modelo do Estado Democrático de Direito. Neste não se admite mais a impossibilidade de discussão no Judiciário de qualquer questão, seja pública, seja privada, até porque não há que se falar nessa dicotomia. Sobre isso, é importante a lição de Lisboa:

As novas situações de desigualdade criadas por imensas transformações ensejaram um recuo no individualismo e uma ação enérgica do Estado moderno, que passou a ser assistencial, buscando a elevação do nível de vida do indivíduo e a tutela do mesmo e da família, com a criação de institutos jurídicos sociais – os subsídios populares, o financiamento para aquisição de moradia, os direitos trabalhistas, a previdência social, o surgimento do crediário para fins de consumo. Dessa forma, ocorria o fenômeno conhecido como publicização do privado, ante a tentativa do Estado de restabelecer o equilíbrio do sistema.¹⁸⁸

Também as relações privadas são afetadas à intervenção estatal, a fim de manter-se o equilíbrio nas obrigações estabelecidas entre os particulares. Exemplo disso ocorreu na Inglaterra por volta de 1900, como bem anota Luiz Maria Rezzônico:

¹⁸⁸ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos...*, p. 75.

Com motivo da coroação de Eduardo VII, como sucessor da Rainha Vitória, se haviam alugado, a preços altíssimos, balcões, janelas, terraços, etc., tendo em vista os desfiles e as cerimônias preparadas. A enfermidade repentina do novo rei, propiciou a revisão de tais contratos: deviam os locatários pagar os exagerados preços convencionados, apesar de não poder utilizar o lugar ou coisa arrendada na data estabelecida?...

Os tribunais ingleses consideraram desobrigados os locatários do pagamento dos aluguéis avençados, a despeito de haverem os lugares locados permanecidos à sua disposição. Em regra, o fundamento da solução foi extraído da teoria das cláusulas tácitas ou subentendidas, aproximando-se portanto, da cláusulas *rebus sic stantibus*.¹⁸⁹

Verifica-se, ainda que em manifestações isoladas, desde o começo do século passado, a possibilidade de se revisarem judicialmente os contratos firmados entre particulares. Diga-se que os fundamentos para tanto são vários, seja pela imprevisão, seja pela lesão, seja pelo enriquecimento sem causa de uma das partes.

É inegável, assim, que no modelo estatal atual a intervenção do Estado nas relações privadas é uma constante. Toda vez que o equilíbrio for afetado, ou que se exigir de uma das partes esforço desmedido, pode-se buscar a alteração no contrato, o que leva Bittar a afirmar:

É que a comutatividade se constitui em uma das regras centrais dos contratos bilaterais, e que domina toda a teoria contratual, pois, em um sistema de trocas normais, deve à vantagem de uma parte corresponder sacrifícios equivalentes, permitindo-se, no encontro das posições, certo resultado, positivo ou negativo, conforme o caso, em termos de reflexo patrimonial. A desproporcionalidade afeta, portanto, o próprio sentido da contratação, realizada sob a expectativa razoável de manutenção das bases econômicas correspondentes, com as oscilações normais de uma economia regular.¹⁹⁰

Com essa constante manifestação estatal, a busca é pela justiça social, ou seja, que as promessas contidas na Constituição sejam materializadas em todas as relações, inclusive nas individuais, como observa Lisboa:

¹⁸⁹ REZZÔNICO, Luiz Maria. *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*. Reseña de la cláusula *rebus sic stantibus*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1954, p. 14-57.

¹⁹⁰ BITTAR. *Contornos atuais da teoria dos contratos*, p. 42.

Em verdade, o princípio da autonomia da vontade, outrora ilimitado na auto-regulamentação de interesses privados, ao sofrer os limites impostos por razões de Ordem Pública, com as normas de moral e bons costumes, vem cada vez mais submetido a intervenção estatal.

O neoliberalismo veio, assim, a coibir os abusos verificados na prática negocial, procurando o restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

A justiça social, que é objetivo fundamental consagrado no artigo 170 da CF (art. 3, n. I) influencia hoje os contratos individuais, bem como os surgidos em decorrência do avanço tecnológico e da proteção da parte mais fraca, como tal, os contratos coletivos e os de massa.

Revigoram-se, assim, conceitos e princípios de índole moral e ética.¹⁹¹

No século XXI o homem vive em função de um novo modelo de associativismo, que é a chamada “sociedade de consumo”, na qual há um número crescente de produtos e serviços e existe a própria criação de necessidades crescentes de consumo através do crédito e do *marketing*. Fica, assim, patente a necessidade de defesa dos consumidores.¹⁹²

Os novos processos tecnológicos de produção, comunicação e transporte, a globalização e o neoliberalismo, a expansão econômica e o domínio das grandes empresas, construindo um mercado global financeirizado, onde são utilizados fartamente os instrumentos de *marketing* e crédito, conduzem a que a necessidade de proteção aos consumidores se torne ainda mais gritante. Na verdade, os fornecedores acabam por ditar as regras na sociedade de consumo por meio de contratos de adesão, de cláusulas gerais de contratos, colocando os consumidores em posição de vulnerabilidade, de fragilidade perante o poderio econômico, técnico, jurídico e social.

Dessa forma, reconhecida a vulnerabilidade dos consumidores no mercado, nasce a necessidade de proteção por meio da intervenção estatal, com a limitação da autonomia privada e o reconhecimento de novos princípios que devem atuar nas relações travadas na sociedade, como os da boa-fé objetiva, confiança, transparência, equidade, equilíbrio e dignidade da pessoa humana. Assim, a vulnerabilidade é a verdadeira pedra de toque para o reconhecimento do dever de proteção aos consumidores, tendo ela diversas causas econômicas, técnicas, jurídicas e sociais. Há, assim, a necessidade de proteção integral de

¹⁹¹ LISBOA. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *A lesão dos contratos*, p. 49-74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 57.

¹⁹² Uma questão que merece ser lembrada é a questão do consumismo de nossas sociedades, ligada ao fenômeno da globalização neoliberal. Capella afirma: “A grande transformação impôs mudanças culturais e de modos de vida. ... O consumismo foi muito cedo percebido por P. P. Pasolini, segundo se viu, como uma “revolução antropológica”. Como o fim das (sub) culturas populares autônomas. A grande transformação alenta ademais fortes tendências privatizadoras. ... as cidades se caracterizam sobretudo como lugares de consumo, como “multicentros” de serviços. A consciência sociopolítica das classes trabalhadoras foram esmagadas pela ideologia consumista. A ágora pública – a sede da opinião pública, que a partir da Ilustração era o locus intersubjetivo da democratização moderna – foi ocupada por empresas transnacionais multimídia que trivializam todas as significações. As vozes discordantes ou críticas não são sossegadas pela censura nem tampouco excluídas por diários ou editores conformistas: ficam simplesmente afogadas, integradas na barafunda geral.” CAPELLA. *Fruto proibido* ..., p. 253.

todos os aspectos da relação de consumo, tanto de produtos como de serviços, além da regulação dos instrumentos de *marketing* e crédito.

Importante que se saliente que essa proteção deve ser observada no caso concreto, pois existem situações em que o fornecedor, na verdade, fica em situação desfavorável em relação ao consumidor. O que dizer, por exemplo, quando uma grande empresa contrata os serviços de um prestador autônomo para prestar-lhe determinado serviço, senão que, na verdade, quem estaria a merecer a proteção é o fornecedor? O certo é que o que se busca aqui é a equidade no fornecimento de serviços e produtos, possuindo os consumidores um forte aparato para fazer frente a essa nova realidade, qual seja, a de proteção. Para tanto, existe a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas para a defesa dos consumidores, inclusive por intermédio do Ministério Público, ou mesmo na figura do substituto processual, como se verá adiante.

Essa orientação acaba por repercutir em todos os ramos do direito. A Constituição, ao estabelecer uma série de direitos fundamentais e princípios a serem observados, não distingue o público do privado, como já se anotou no segundo capítulo deste trabalho. O texto constitucional criou uma série de novas demandas sociais, as quais exigem para o seu atendimento uma releitura dos princípios, que, por vezes, são modificados, em outras, suprimidos, ou, mesmo, obedecem a outros que surgem para regular essas demandas.

O Estado a todo o momento deve intervir nas relações até então ditas apenas privadas, que, por esse motivo, não lhe interessariam ou estariam fora de sua área de abrangência. Exemplo dessa nova forma de intervenção estatal está na Constituição da República de 1988, que estabelece em seu art. 5º, inciso XXXII, que o Estado deverá promover, por meio da lei, a defesa dos consumidores, colocando-a, dessa forma, como direito fundamental no ordenamento jurídico. Assim, qualificado constitucionalmente o direito de defesa dos consumidores como direito fundamental, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, devem-se atribuir-lhe a maior eficácia e a interpretação mais favorável.¹⁹³

O certo é que a Constituição trouxe uma modificação na aplicação dos princípios que devem ser observados em todo o direito, em especial em sua aplicação, uma vez que o centro passa a ser o homem, ou, no dizer de Francisco:

¹⁹³ Ver sobre esta temática SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 253.

A Nova Carta Magna trouxe alterações principiológicas de grande envergadura no campo do direito privado, não só pela sedimentação de um processo de intervenção decisiva do Estado na regulação das relações entre particulares, mas, notadamente, pelo alargamento de uma zona cinzenta entre o arcabouço de um Estado liberal clássico e de um Estado nitidamente intervencionista, o que está a obrigar os juristas em geral a uma reflexão do resultado deste difícil e intrincado amálgama das relações do Estado com os particulares, a exigir dos estudiosos do direito uma reflexão mais profunda sobre todos os intuitos do ordenamento jurídico.¹⁹⁴

Claro fica que o momento atual de aplicação do direito não é mais o do Estado Liberal, com os princípios daquele momento, quando o que valia, como já se viu, era a segurança jurídica da burguesia. Não se admite atualmente que, pelo fato de ter firmado uma obrigação, o cidadão seja levado à ruína. A equivalência entre as obrigações é cada vez mais importante, como referido acima.

A justificação do interesse estatal em relações ditas “privadas” é a consequência de que não se poderá atingir a paz social se as relações forem conflituosas, e é dever do Estado buscar o bem-estar em toda a sua amplitude, como escreve Lisboa:

O vínculo jurídico-obrigacional, fundado em lei ou em negócio jurídico, pode vir a se realizar, em determinados casos, com a efetivação de um interesse social subjacente.

O interesse social tem sua origem, na verdade, no próprio princípio da isonomia entre as pessoas – e, como decorrência, nos princípios de liberdade e da autonomia da vontade privada à luz da função social. Com isso, vislumbra-se a possível ingerência externa na relação jurídico-obrigacional estabelecida, quando os direitos sociais forem, em função da obrigação contraída, prejudicados.¹⁹⁵

Essa mudança de paradigmas decorre da própria evolução do Estado, ou, como se pode dizer, da análise dos fenômenos sociais aplicados ao caso em exame. O certo é que não se podem afastar os fatos do direito. É necessária uma análise do direito, no caso, o contratual, levando-se em conta a evolução do Estado, já apresentada no primeiro capítulo.

Diversos são os direitos tutelados na Constituição de 1988 e, como tal, houve sensível alteração na forma de efetivá-los. Exemplo disso é a garantia de direito dos consumidores, o que levou à criação do Código do Consumidor em 1990. Também a preservação do meio-

¹⁹⁴ FRANCISCO, Caramuru Afonso. O enriquecimento sem causa nos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 92.

¹⁹⁵ LISBOA. *Contratos difusos e coletivos...*, p. 66-67.

ambiente, a garantia à saúde e à educação foram nela consagradas, com reflexos nos contratos daí decorrentes.

3.1 NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já se disse, no modelo do Estado Democrático de Direito o epicentro é a garantia de concretização das promessas contidas na Constituição. Nessa forma não há o conformismo do direito com o *status quo*; o que pretende é ser transformador, diferentemente do que ocorre no Estado Liberal ou no Estado de Bem-Estar Social, que se amolda à situação fática. Neste, o direito, por meio do Legislativo ou do Judiciário, no caso de falha do Executivo, pretende ser agente de transformação social.

Esclarecedora é a observação de Streck e Morais:

*O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução de problemas das condições materiais de existência.*¹⁹⁶

Assume aqui o Estado a função de ultrapassar as formas até antes comentadas, devendo se posicionar como verdadeiro agente de transformação social, com vistas a concretizar as promessas da Modernidade a todos de forma verdadeiramente igualitária.

Se no Estado Liberal não há a sua intenção, se no Estado de Bem-Estar Social o que se pretende é, por meio da lei, concretizar as promessas contidas na Constituição, neste momento o Estado vem para modificar e concretizar as promessas nela contidas. Em outras palavras, nos dois primeiros modelos o que se vê é o direito adaptável à situação existente, ao passo que agora o direito é agente de transformação social. Busca-se, com o respeito à Constituição,

¹⁹⁶ STRECK; MORAIS. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 93.

que, ao mesmo tempo em que se garantem as liberdades, o social deve prevalecer sobre o privado. A diferença dos modelos anteriores é assim descrita por Streck e Moraes:

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma nova revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que está nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se como este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e á comunidade. Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contorno novos onde tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário – a *solidariedade* agrega-se a ela compondo um caráter comunitário. Aqui estão incluídos problemas relativos à *qualidade de vida* individual e coletiva dos homens.¹⁹⁷

No modelo anterior buscava-se a justiça social, ao passo que, na atual forma, o que se pretende é ir além: é que essa justiça social seja garantida a todos. E o direito é um meio de transformação, ou, ao menos, de diminuição das desigualdades que foram levadas a efeito ao longo dos séculos, como se viu até aqui.

O Brasil fez constar em sua Constituição, no artigo 1º, que é, por princípio, Estado Democrático de Direito e, como tal, com todas as implicações daí decorrentes, estabelecendo, portanto, no topo da pirâmide a Constituição, como se viu antes. Nesse sentido, Moraes faz alusão à inclusão deste princípio na Carta brasileira:

E é este o conceito que, vindo estampado no texto constitucional (art. 1º), define os contornos do Estado brasileiro, a partir de 1988, tendo-se presente que o constituinte nacional foi buscá-lo em Constituições produzidas em situações similares à nossa, como é o caso da Constituição portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição espanhola seguinte à derrubada do regime franquista, ou seja, documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização, muito embora a tradição das políticas sociais brasileiras apontem para um *déficit democrático e de cidadania* forjados ao longo de séculos de experiências autoritárias recorrentes, o que produz uma falta do que poderíamos chamar de *sentimento de apropriação* do patrimônio social como constitutivo da vida social.¹⁹⁸

¹⁹⁷ STRECK; MORAIS. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 97-98. Nesta última página os autores retomam a questão relativa a mutação que se espera do direito: “Diferentemente dos anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado.”

¹⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39.

É interessante observar que no país, em alguns aspectos, sequer o Estado de Bem-Estar Social se concretizou ainda existindo desigualdades em necessidades básicas como saneamento, saúde, acesso ao trabalho em condições minimamente aceitáveis; em outros, o Estado Democrático de Direito é concretizado, como se verifica, por exemplo, nas relações de consumo, onde existe um aparato para a garantia dos postulados tanto da Constituição quanto do estatuto consumerista. Percebe-se um deslocamento de tensão dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, observado por Streck e Morais:

Nesse sentido, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Percebe-se nesta trajetória como que uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado de Bem-Estar Social. O que ocorre não pode ser circunscrito, apenas, a um aumento no número de direito, mas, isto sim, a uma transformação fundamental no conteúdo do Direito ele mesmo.¹⁹⁹

Pode-se dizer que, mais que movimentos libertários, o que se viu nessa evolução estatal, efetivamente foi, inicialmente, a troca de poder das mãos do rei – soberano absoluto – para a burguesia, que detinha o poder econômico, mas prescindia do político. Obtendo-se este, agora o direito encontra-se em fase mais evoluída, em especial através do Judiciário, cada vez mais tendente a garantir as promessas da modernidade, em especial num país com várias desigualdades, onde sequer o Estado de Bem-Estar Social chegou a ser concretizado, como se observa no Brasil. No magistério de Vecchi:

O problema é que o Estado social acabou por não cumprir com muitas das suas promessas. A questão da igualdade, por exemplo, não conseguiu solução. Além disso, o Estado Social (bem-estar-social), que nunca ocorreu no Brasil, diga-se de passagem, tem certas características autoritárias em virtude da proeminência dada ao Poder Executivo sem uma maior consideração pela participação popular na efetivação das tarefas estatais.²⁰⁰

Assim, com o Estado Democrático de Direito o que se busca é a concretização dos direitos prometidos pela Constituição. Para tanto, o Estado deve intervir na regulação de

¹⁹⁹ STRECK,; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 98.

²⁰⁰ VECCHI, *Noções de direito do trabalho...*, p. 35.

várias relações até então eminentemente privadas, mas que devem possuir essa intervenção para garantia das promessas lá inseridas, fazendo frente a formas de privatizações que se pretende em vários setores da economia nacional. Com esse objetivo, os princípios históricos do direito contratual passam por modificação em sua aplicação e importância. Além disso, surgem outros princípios para acolher a demanda dessa nova fase do direito contratual, na qual o Estado é intervencionista e, em alguns pontos, dirigente.

Para a análise dessas alterações, passa-se a examinar a nova interpretação principiológica frente às novas demandas que surgem neste momento histórico, uma vez que o direito é fruto de sua história, como observa Vecchi:

É a compreensão histórica, é o mergulho consciente na historicidade de toda compreensão que torna possível a tomada de posição diante do fenômeno jurídico. Assim, para compreendermos autenticamente o fenômeno jurídico não podemos fugir da história, mas, sim, precisamos ter uma atitude crítica diante dela e ter a consciência de que sempre lançamos nossos questionamentos a partir do contexto histórico existencial que vivemos.²⁰¹

Diante dessas modificações, passa-se a examinar esse novo modelo contratual, que não mais se presta para a garantia da burguesia, como ocorria no Estado Liberal, mas, sim, para a concretização dos direitos contidos na Carta constitucional.

A Carta política brasileira, consoante o espírito do Estado Democrático de Direito, já previu de forma programática a proteção do consumidor, por entender, justamente, que não há, a rigor, igualdade entre o fornecedor e o consumidor. A igualdade nesse tipo de relação sequer é formal, pois o estatuto consumeirista não admite como pressuposto a igualdade entre os contratantes. Tal fato é observado por Bonatto: “A Constituição Federal de 1988 erigiu a defesa do consumidor ao patamar de direito e garantia fundamental, bem como a princípio da ordem econômica. Ademais, através do Ato das Disposições Transitórias, determinou ao legislador a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.”²⁰²

Só essa observação já demonstra a preocupação em trazer a igualdade real aos contratantes quando a relação for de consumo. Diga-se que esse espírito passou a permear todas as contratações no país, tanto que, mais que uma lei, o que se viu a partir da Constituição foi uma mudança de paradigmas. Portanto, os princípios contratuais absolutos no

²⁰¹ VECCHI, *Noções de direito do trabalho...*, p. 15.

²⁰² BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 13.

Estado Liberal passaram a ser relativizados no momento atual, de justiça social – de busca das garantias individuais – de forma a consolidar a igualdade, como observa Bonavides:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele ao mesmo passo um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa um concepção democrática de poder vinculada primacialmente com a função de fuição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por interior distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.²⁰³

Portanto, o que se verifica cada vez mais nas relações obrigacionais é a busca permanente da justiça e do bem-estar social. Nesse ponto, o Código do Consumidor representa um marco importante, posto que, cumprindo a determinação da Constituição, apresenta um novo paradigma para as relações até então ditas de “direito privado”, permitindo, desse modo, a permanente intervenção do Estado. No dizer de Bonatto:

Com o advento do Estatuto Político Básico, complementado pelo Estatuto Consumerista, ocorreu profunda modificação no Direito Privado Pátrio, principalmente no que concerne às denominadas relações jurídicas de consumo, eis que excluídas do regime normativo do Direito Comum. Desse modo, os princípios contratuais derivados do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, que tão fortemente influenciaram o Código Civil de 1916, estão a merecer do aplicador da lei nova interpretação e compreensão. O princípio *pacta sunt servanda* não tem mais a abrangência que lhe emprestou o Código Civil/1916 nem nas relações jurídicas entre iguais, o que dirá nas relações entre desiguais entabuladas, em regra, entre consumidores e fornecedores.

Diversas mitigações àqueles princípios são elencadas no Código de Defesa do Consumidor a começar pelo artigo 1º, o qual estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, não podendo, em consequência, ser derogadas pela vontade das partes, mesmo que confluentes. No artigo 4º e seus incisos são arrolados vários princípios, aplicáveis às relações jurídicas de consumo, importantíssimos não só para a interpretação das normas jurídicas como, também para a organização da sociedade como um todo.²⁰⁴

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

²⁰⁴ BONATTO, *Código de defesa do consumidor...*, p. 13-14.

Tal legislação, repita-se, seguiu determinação contida na Constituição de que fosse realizada proteção ao consumidor, mostrando a preocupação do Estado em dar efetivação aos direitos dos cidadãos. Essa concretização, na verdade, reproduz o momento em que o Estado deixa de ser de mero espectador e passa a ter papel importante de regulador das relações, de forma a garantir o equilíbrio e a igualdade.

A mesma norma de consumo indica em vários pontos que se devem buscar a igualdade e proteção contra as cláusulas que representam excesso ao consumidor. Aqui, no entanto, esses princípios, mais que simplesmente referir as relações de consumo, importam em verdadeira referência de intervenção do Estado nas relações de caráter entre indivíduos, o que, por certo, seria impensável no modelo de Estado Liberal, no qual os princípios basilares são dogmas a serem observados com todo o rigor. Nesse sentido, a Constituição, além de representar uma mudança nos princípios, demonstra que é possível a concretização dos direitos nela contidos por meio do Judiciário. Nesse sentido Bercovici escreve:

Os princípios constitucionais fundamentais, como o artigo 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conforme a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los. São marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição.

Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição sempre é, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a teoria da Constituição. O texto constitucional deve ter um método de interpretação próprio, devido ao seu caráter político e maior abertura, o que, para Eros Grau, permite não só a concretização, mas também a atualização do Direito Constitucional. A abertura das normas constitucionais, como vimos, não significa que a Constituição permite qualquer interpretação: ela não é absoluta, mas suficiente para manter o texto constitucional vinculado à realidade social.²⁰⁵

Percebe-se claramente que a alteração de concepção, antes referida e exemplificada, do Código do Consumidor reflete o momento atual de interpretação constitucional. É inegável que a Carta brasileira indica um rumo de tomada de posição pelo Judiciário quando da sua aplicação em qualquer tipo de relação, inclusive relativamente a direito contratual. Nesse passo, o Judiciário assume papel fundamental, constituindo-se como o último guardião da Constituição e seus princípios, ao qual cabe a tarefa de restabelecer o equilíbrio entre as partes toda vez que esta for desestabilizada. No dizer de Krell: “Onde o processo político

²⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 298- 299.

(Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos.”²⁰⁶

O Judiciário, assim, possui papel importantíssimo a desenvolver neste momento social em que vive o Brasil, devendo exercer a atribuição que o momento lhe reserva de verdadeiro garantidor de que as promessas da Constituição sejam efetivadas. Não há mais espaço para o liberalismo e para o apego às normas puramente formais. O que se pretende a cada momento é a manifestação de um Estado que preserve a justiça e a igualdade não apenas como discurso, mas como concretização dos direitos inseridos na Constituição. Conforme Bonavides:

Com efeito, os juristas do Estado social, quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição real. As avessas, pois, dos juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.

...

Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com a metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos como juristas do Estado e só secundariamente da sociedade; estes, ao contrário tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma.²⁰⁷

O certo é que a Constituição brasileira de 1988 apresentou a opção pelo Estado Democrático de Direito, determinando que as partes, ao contratar, estivessem de fato em situação de igualdade, e quando não fosse assim, garantiu-lhes o estatuto consumerista para resguardar os abusos cometidos pelos detentores do poder.

Leia-se que a detenção de poder aqui comentada refere-se a qualquer tipo de poder, seja pela desproporção financeira, seja pelo domínio de tecnologia, seja, mesmo, pelo monopólio do produto ou serviço. Nesse aspecto, a legislação em comento merece especial atenção por ter apresentado nova forma de intervenção do Estado, pois o que busca a todo o momento é a presença do Estado para a garantia da igualdade material, não apenas formal.

²⁰⁶ KRELL, Andrés J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 101.

²⁰⁷ BONAVIDES. *Do estado liberal ao estado social*, p. 18.

Abandonam-se os princípios liberal-individualistas sem que isso implique extinção da autonomia da vontade, o que remete à crescente presença do Estado nessas relações. Os contratos de adesão, apesar de terem validade e serem instrumento de crucial importância para a sociedade atual, massificada e extremamente ágil, merecem um controle ainda maior. Esse controle ocorre de várias formas, seja administrativamente, seja judicialmente. Diga-se que esses mecanismos são reflexo de todo um conjunto expressado na Carta política quando estabeleceu a proteção do consumidor.

A lei 7.347 de 1985, editada mesmo antes da promulgação da Constituição, mas já imbuída do novo momento do Estado, permite a instauração de inquérito civil para conter os abusos contra os consumidores. De outro lado, a administração pode conter os abusos mediante atos de fiscalização. Exemplos dessa atuação existem em casos nos quais o poder público não permite realização de fusões, ou incorporações de empresas quando isso importar em formação de monopólio, ou trazer prejuízos aos consumidores.

A administração ainda exerce o controle quando a atividade depende de autorização prévia, trazendo-se novamente como exemplo a intervenção do Estado, por exemplo, no setor de seguros, que deve obedecer às regras da Superintendência de Seguros Privados (Susepe), ou mesmo as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, que devem obediência ao Banco Central (Bacen). Para que toda essa intervenção seja levada a cabo, o Estado criou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e diversos são os Procons, que, sempre vigilantes, buscam equilibrar as partes envolvidas nessas obrigações.

Entretanto, caso todas essas formas de controle administrativo falhem, o Judiciário poderá intervir de forma individual ou coletivamente, até mesmo nos termos do inserido na Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual garante que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada à discussão judicial, o que, aliás, é próprio do Estado que pretende ser democrático de direito.

A questão em comento é assim tratada por Bonatto:

Destarte, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, também conhecido como princípio do direito de ação, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão contemplados no texto constitucional tanto os direitos individuais puros (heterogêneos), quanto os transindividuais ou metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O direito de ação é um direito público subjetivo, o qual pode ser exercitado até mesmo contra o Estado, que não pode se recusar à prestação jurisdicional. Entretanto, o Estado-Juiz não está obrigado, logicamente, a decidir a demanda em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o Direito ao caso concreto. É tão rigoroso o dever de fazer atuar a Jurisdição, que a sua omissão, por parte do magistrado, pode configurar causa de responsabilidade judicial (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 49, inciso II, da Lei complementar nº 35/79).²⁰⁸

²⁰⁸ BONATTO. *Código de defesa do consumidor...*, p. 122-123.

Como se verifica, essa possibilidade, mais que uma fundamentação doutrinária, passa, no contexto do Estado Democrático de Direito, a ser uma garantia fundamental do cidadão. O que num modelo de Estado Liberal é apregoado como peça fundamental, a força obrigatória do contrato, independentemente do preço social, neste momento é direito inafastável do individual, ou como escreve Bonatto:

No ordenamento jurídico pátrio, a promoção da defesa do consumidor, por parte do Estado, é um direito e garantia fundamental da pessoa que preencher os requisitos legais para assim ser considerada (na conformidade do disposto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal), além de constituir-se em princípio da ordem econômica (segundo dispõe o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal). Desse modo, cientificamente, podemos afirmar estar contido nestas normas principiológicas o fundamento para a interpretação das cláusulas contratuais de modo mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC), bem como do reconhecimento da nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais abusivas (artigo 51, incisos I a XVI, do CDC), em consonância com a melhor doutrina, a qual afirma que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê e, no âmbito dos direitos fundamentais, no caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça sua maior eficácia.²⁰⁹

É inafastável neste momento, portanto, a intervenção do Estado nas relações de consumo, que, aliás, é resultado do momento intervencionista que vive o país, em especial a partir da promulgação da Constituição vigente.

Toda alteração, em especial decorrente da significativa alteração de compreensão do que seja o direito contratual, faz surgir novo modo de se interpretar os princípios referidos no capítulo anterior, bem como nos novos princípios a serem observados pelos contratantes e pelo Estado, que lhes garante a exigência e impõe limites, os quais serão a seguir analisados.

3.2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição do país estabeleceu uma série de garantias a serem implementadas pelo Estado. Uma dessas foi a proteção ao consumidor, prevendo a criação de órgãos de proteção e a possibilidade de intervenção toda a vez que for constatado um abuso aos direitos dos consumidores.

²⁰⁹ BONATTO. *Código de defesa do consumidor...*, p. 138.

Observa-se que a Carta brasileira estabeleceu a partir de 1988 um novo paradigma, pelo qual a vontade das partes em relação ao direito contratual é um norte, mas a todo momento poderá ser modificada a contratação, caso não sejam observados esses fins a que as vinculações devem buscar. Assim, o contrato tem o seu espaço reduzido frente ao espaço ocupado pelos princípios constitucionais, No dizer de Tepedino:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.²¹⁰

Levando-se em conta essa idéia de intervencionismo nas relações ditas “privadas”, surgem novos princípios a reger os contratos de consumo, os quais tornam relativos os princípios gerais, que no liberalismo atingiram força marcante nessas relações. Assim, surgem como princípios a reger as relações de consumo a vulnerabilidade, a proteção, a repressão eficiente aos abusos e a harmonia do mercado de consumo. Tais princípios conduzem a um novo posicionamento perante os contratos de consumo, uma vez que há interesse e necessidade de que o Estado proteja o mais fraco, de forma a buscar equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, cumprindo-se, assim, a promessa constitucional de defesa destes.

3.2.1 Princípios da Vulnerabilidade e da Proteção

Noção-chave para se entender o direito do consumidor, e sobre a qual se assenta a normativa protetiva neste tipo de relação jurídica, é a de vulnerabilidade. O princípio da vulnerabilidade restou expressamente consagrado no inciso I do art. 4º do CDC.

No momento em que a CF de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, estabeleceu como direito fundamental que o Estado deve promover a defesa dos consumidores, ao mesmo

²¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7.

tempo em que reconheceu esta vulnerabilidade, também estabeleceu a necessidade de proteção do consumidor.²¹¹

Há discussão sobre a própria definição do que é a vulnerabilidade, entendendo alguns que esta noção é de direito material, alcançando todos os consumidores sem exceção, ao passo que a noção de hipossuficiência seria uma noção de direito processual, que demonstraria a fraqueza processual de certos consumidores, o que possibilitaria determinadas medidas de proteção processual.²¹² A vulnerabilidade caracteriza-se pela possibilidade (potencial) que um sujeito tem de ser atingido ou violado em seus direitos numa relação jurídica em virtude da condição de inferioridade em que se apresenta (econômica, técnica, social, jurídica) e de hipossuficiência como uma espécie de vulnerabilidade acentuada, pela qual o sujeito de uma relação jurídica se mostra efetivamente débil em relação a outro, estando em situação de fraqueza.²¹³

É importante anotar que essa vulnerabilidade nem sempre significa deficiência financeira. Veja-se que os monopólios de fornecimento de determinados bens ou serviços tornam os consumidores vulneráveis perante o fornecedor. É o que ocorre, por exemplo, quando se fala de fornecimento de energia elétrica, no qual o consumidor fica vulnerável à empresa fornecedora, pois somente ela oferece tais bens; logo, não fosse a intervenção estatal, poderia estabelecer as normas de venda da energia de modo totalmente adverso ao usuário.

O mesmo pode acontecer quando se lembram determinadas tecnologias ou conhecimentos específicos. A esse respeito lembre-se de indústrias de medicamentos que possuem domínio sobre fórmulas e tentam impor o preço dos produtos. Há possibilidade, assim, de intervenção do Estado no sentido de manter-se o necessário equilíbrio na relação, protegendo-se o mais vulnerável na relação. Nesse sentido é a posição de Benjamin:²¹⁴

²¹¹ Ver neste sentido ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

²¹² Neste sentido ver BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 45 e 46.

²¹³ Neste sentido Juliana Pinheiro afirma: “Muitos, ou melhor, quase a totalidade dos autores, tratam como se sinônimos fossem os termos vulnerabilidade e hipossuficiência. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, dentre os direitos sociais (direito do trabalho, direito previdenciário e direito do consumidor), muitos são os princípios e conceitos em comum. Alguns, entretanto, apresentam conteúdo diverso, como a hipossuficiência. Registra o referido autor que a expressão hipossuficiente foi introduzida no Brasil pelo direito do trabalho. “No direito do consumidor, o conceito existe para aplicar-se a casos ainda mais graves que os normalmente esperados, dada a definição bastante genérica de consumidor”. Entende-se, pois, como um plus à vulnerabilidade, por compreender aspectos de fragilidade físico-psíquica (crianças e idosos) ou aspectos circunstanciais a critério do julgador.” PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 335.

²¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 370-371.

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º., I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superiores à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.

...

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmos a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.

...

A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º., VIII).

A partir da constatação da vulnerabilidade do consumidor é que provém a necessidade de sua proteção, como direito fundamental que deve ser efetivado em normas de ordem pública e interesse social, como estabelece o art. 1º da norma de consumo.

O incípio é, sem dúvida, o princípio norteador das relações de consumo, o que leva Almeida a afirmar:

É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade. Nesse sentido já se manifestou a ONU e sob esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), de um lado assumindo a postura de garantidor, e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, reconhece carecedor de proteção.²¹⁵

Portanto, o princípio de ordem deverá ser observado toda vez que a relação for de consumo, levando-se em conta que o consumidor é a parte mais frágil na relação jurídica; logo, os demais princípios do direito contratual ficam a este subordinados, merecendo uma interpretação protetiva do hipossuficiente.

3.2.2 Princípio da repressão eficiente aos abusos

Reconhecida a posição de vulnerabilidade do consumidor, é evidente que deve haver a limitação e o combate aos abusos praticados no mercado de consumo, o que se dá pela sua

²¹⁵ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

repressão eficiente.²¹⁶ No mercado, o consumidor está exposto a várias práticas abusivas, que passam pela publicidade, oferta, pelas chamadas “práticas abusivas”, as cláusulas abusivas, as várias obrigações impostas nos contratos de adesão e nas condições gerais dos contratos.

Este princípio está intimamente ligado ao princípio da função social da propriedade, da empresa e do contrato, tendo ligações com o princípio da solidariedade social, da proporcionalidade e razoabilidade.²¹⁷ Além disso, o princípio da boa-fé objetiva é fonte para a contenção de vários desses abusos no mercado de consumo. Para a repressão eficiente dos abusos está prevista toda uma normativa, que passa tanto pela proteção administrativa como pela legislativa e judicial, englobando as áreas de medidas de polícia administrativa, de punição penal e responsabilidade civil, inclusive com a possibilidade de ingresso de ações individuais e coletivas para a repressão desses abusos.

Também exercem grande importância nessa proteção estatal ao mais fraco na relação contratual o Ministério Público, os Procons e outras entidades públicas, bem como as associações de consumidores. Nesse sentido é a observação de Almeida:

No Brasil, esse princípio vem sendo rompido, quer em nível legislativo – com a edição da Constituição Federal, em que foi assegurada a defesa do consumidor pelo Poder Público (art. 5º, XXXII), e com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) –, quer com a criação e manutenção dos órgãos administrativos oficiais de defesa do consumidor.²¹⁸

O Estado criou um aparato para a garantia do direito dos consumidores, seja em nível administrativo, seja no judicial, permitindo, assim, a concretização daquela promessa inserida na Constituição.

3.3.3 Princípio da harmonia do mercado de consumo

A política nacional das relações de consumo não visa à proteção do consumidor sem atender para os interesses do próprio desenvolvimento do mercado, bem com dos demais valores e princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o pleno emprego, o

²¹⁶ Ver neste sentido ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

²¹⁷ Ver em sentido semelhante BONATTO; MORAES. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 47 e ss.

²¹⁸ ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 17.

desenvolvimento nacional, a livre-iniciativa, a justiça social, o meio ambiente, conforme definidos no art. 170, incisos e parágrafo único da CF de 1988.²¹⁹

Aliás, tal princípio pode ser concretizado a partir do reconhecimento da unidade da ordem jurídica, bem como do fato de que os princípios não são exclusivos e aplicados na dimensão do tudo ou nada, mas, sim, na dimensão do peso, atuando muitas vezes em conjunto com a finalidade de dar o melhor cumprimento à ordem jurídica vigente. O que se busca com essa nova ordem de princípios é o máximo equilíbrio nas relações de consumo como critério mesmo de justiça social, a fim de que os interesses envolvidos nessas relações sejam ao mesmo tempo protegidos, desde que merecedores de tutela, pois, como se viu, o modelo de Estado Liberal não mais se coaduna com o momento histórico atual.

O Estado, nesse passo, exerce importante papel de pacificação e deve buscar pontos de convergência entre as partes para que a atividade econômica ocorra. Tal posicionamento é defendido por Grau:

No exercício da função de *legitimação* o Estado, promovendo a mediação de conflitos de classe, dá sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e, ademais, fragmentada em grupos de interesses adversos, promove – e o direito positivo é o instrumento primordial dessa promoção – o que tenho referido como a transformação da luta social em jogo.²²⁰

A harmonia busca permitir que o Estado intervenha a fim de permitir a convergência de interesses tanto do fornecedor quando do consumidor dos produtos ou serviços. Tal entendimento é reforçado por Almeida:

Como se disse, o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou acirramento de ânimos. Interessa às partes, ou seja, aos consumidores e fornecedores, o implemento das relações de consumo, com o atendimento das necessidades dos primeiros e o cumprimento do objetivo principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços. Colima-se, assim, o equilíbrio entre as partes. Por outro lado, a proteção do consumidor deve ser compatibilizada com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico em face da dinâmica própria das relações de consumo, que não podem ficar obsoletas e entravadas, em nome da defesa do consumidor.²²¹

²¹⁹ Ver neste sentido ALMEIDA. *Manual de direito do consumidor*, p. 15 e s., e BONATTO; MORAES, *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 53 e ss.

²²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

²²¹ ALMEIDA, *A proteção jurídica do consumidor*, p. 17-18.

Portanto, o que se pretende é a promoção do desenvolvimento, mas buscando a convergência de interesses entre fornecedores e consumidores, permitindo o reequilíbrio com o objetivo de manter-se a igualdade dos contratantes e, por consequência, a justiça nessas relações.

3.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E À EDUCAÇÃO

Não é só no Código do Consumidor que se observa essa intervenção do Estado nas relações tidas como privadas. Também é exemplo disso a educação, que, ao lado de ser garantida como pública, e tendo em vista a impossibilidade de que o sistema público absorva a totalidade dos estudantes, passou a ter regulamentação forte em suas relações, seja do Estado com as instituições, seja entre estas e os estudantes.

Nesse sentido, vale lembrar que a Constituição de 1988, em seu artigo 205, “prometeu” a todos a educação que vise ao pleno desenvolvimento da pessoa, garantindo-lhe o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O país regulou essa promessa por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A mesma preocupação já havia sido percebida no Estatuto da Criança e do Adolescente, que dedicou um capítulo inteiro a disciplinar o direito das crianças e adolescentes à educação.

A partir dessa garantia, a mesma Constituição estabeleceu, no artigo 207, autonomia didático-científica, administrativa e gestão financeira e patrimonial. No entanto, tal autonomia não garante às instituições de ensino plena autonomia, uma vez que ao Conselho Nacional de Educação resta emitir diretrizes a serem por estas observadas. No dizer de Goldschmidt:

Com efeito, o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição diz competir privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, ao passo que a lei em tela (nº 9.131/95) confere poderes normativos ao Conselho Nacional de Educação. Tal particularidade ocorre em virtude da natureza especial da matéria, qual seja, a educação.

De fato, processo de ensino aprendizagem muitas vezes assume particularidades e especificidades que escapam à regra geral, *in casu*, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ou a outras leis de igual jaez, como o já citado Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas particularidades ou especificidades devem receber tratamento diferenciado, razão pela qual o Conselho Nacional de Educação possui poderes consultivos, deliberativos e normativos para poder justamente analisar e contemplar tais situações especiais.²²²

²²² GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 53

O certo é que o direito educacional assume contornos próprios, e a relação que se estabelece entre professor e aluno também possui regramentos e princípios próprios. Conforme Silva:

Assim, é o direito educacional, para uns é o Ramo do Direito Social constituído de um conjunto de princípio e normas que presidem às relações jurídicas decorrentes do processo educacional Segundo Dr. Renato Alberto Di Dio “ Direito Educacional é o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações e alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem”. Outros já o conceituam como a disciplina jurídica informadora das relações de direitos e deveres ocorrentes na Educação, como processo pedagógico e como direito subjetivo público. Finalmente, dir-se-ia que Direito Educacional é o Ramo do Direito Social constituído do conjunto de princípios, regulamentos, normas e decisões administrativas e dos Tribunais que regulam as relações jurídicas havidas no processo educacional.²²³

Assim, as relações que se estabelecem em decorrência do contrato de educação também possuem princípios próprios, uma vez que a relação estabelecida é particular e deve levar em conta o contido na Constituição, na qual se estabelece que se deve promover e incentivar o (a) pleno desenvolvimento da pessoa, (b) o seu preparo para o exercício da cidadania e (c) a sua qualificação para o trabalho. Tais princípios inseridos na Carta possuem a marca da atual fase em que o Estado se encontra, pois a educação serviu ao longo do tempo para reproduzir a ideologia do regime autoritário. Ainda para Goldschmidt:

De outra sorte, não há como se negar que é através da educação que o homem é preparado para o exercício da cidadania. Cabe advertir, no entanto, que, para atingir essa finalidade há de se promover uma educação libertadora, crítica, esclarecedora e aberta, que ponha o sujeito em condições de ser sujeito de sua própria história e de participar ativamente nos destinos da sociedade em que se insere. Faz-se essa advertência porque a educação já foi utilizada, e sempre pode sê-lo, não se olvide, como instrumento de reprodução de regimes autoritários e totalitários, que anulavam e anulam, por completo, o homem na sua dimensão individual e social, alijando-o do exercício da cidadania.²²⁴

Portanto, a autonomia prevista na Constituição serve como garantia de que não se poderão impor ideologias e de que a educação no país tem como uma das funções garantir a

²²³ SILVA, Pedro Sancho. Princípios do direito educacional e institutos jus pedagógicos. (Cadernos de Assuntos Jurídicos). Salvador: Prejus/Unep, 1993, p. 7-8

²²⁴ GOLDSCHMIDT, *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*, p. 55.

preparação dos estudantes para o exercício dessa cidadania. Assim é que no artigo 206 do texto constitucional está previsto como princípio a liberdade de aprender, de ensinar, não se atrelando ao processo qualquer ideologização. O que se garante, pois, é a plena liberdade do processo ensino-aprendizagem.

Esse pluralismo reflete-se também na coexistência de instituições de ensino públicas e privadas, o que garante a diversidade de propostas pedagógicas e também permite o acesso da crescente demanda de estudantes, sobretudo em nível universitário, com bem observa Goldschmidt:

A coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, erigida a princípio constitucional atinente ao ensino, traduz uma das facetas dos princípios da liberdade do ensino e do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas. É realmente salutar que coexistam estabelecimentos públicos e privados de ensino não só para garantir diferentes propostas pedagógicas, mas também para atender à demanda emergente de alunos, sobre tudo em nível superior de ensino. Registra-se, por oportuno, que coexistência se traduz na idéia de respeito e aceitação mútua e não se erige na idéia de competição. Por isso é que se observa mais cada vez mais a promoção de convênios ou de parcerias entre estabelecimentos públicos e privados de ensino, com vistas à realização de pesquisas, de cursos de pós-graduação, de intercâmbio de tecnologias. Afinal de contas, o que se deseja com a educação é o pleno desenvolvimento da pessoa humana, objetivo que só é atingido quando se proporciona educação para todos, o que também desafia a coexistência e a cooperação entre estabelecimentos públicos e privados de ensino.²²⁵

A coexistência e oferta de ensino por instituições privadas reclamam a intervenção do Estado a regulá-las, sob pena de haver abusos por parte dessas instituições. Assim, os princípios de contratação dessa educação passam por limitações.

O contrato de prestação de serviços educacionais, que sempre deve observar os princípios básicos até aqui referidos, é firmado por um estabelecimento de ensino com o aluno. Este contrato, via de regra, é de adesão, pois o estabelecimento de ensino apresenta as condições e ao aluno cabe o direito de aceitar ou não as cláusulas, como se depreende do que escreve Goldschmidt:

Diante desses fatores e visando manter a organização administrativa e acadêmica, o estabelecimento de ensino elabora um contrato padronizado de prestação de serviços educacionais que será colocado à disposição dos alunos pretendentes a uma vaga junto à escola. A esse tipo de contrato, padronizado e redigido unilateralmente a doutrina atribui a denominação de “contrato de adesão”, porquanto o contratante não discute as cláusulas contratuais que lhe são apresentadas, cumprindo-lhe tão-somente aderir ou não a essas.²²⁶

²²⁵ GOLDSCHMIDT, *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*, p. 58-59.

²²⁶ GOLDSCHMIDT, *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais*, p. 57.

Assim, são aplicáveis aos contratos educacionais todos os regramentos gerais do Código de Defesa do Consumidor, tanto que os princípios antes referidos são aplicáveis também a este tipo de contrato. Prova disso é o fato de haver limitações aos reajustes de mensalidades. Diga-se, ademais, que a intervenção, nesse ponto, vai além. Primeiramente, para que o estabelecimento funcione é necessária a autorização do poder público, logo, não basta o ajuste de vontades entre contratante e contratado; fica vinculada a existência de autorização e funcionamento da instituição, sob pena de nada valer a certificação, ou titulação pretendida.

De outro lado, embora de adesão, os contratos são regulados pelos órgão de educação do Estado, inclusive quanto à política de preços, ou a reajustes de mensalidades, ficando os estabelecimentos de ensino a esses vinculados. Tal fato é observado por Goldschmidt:

Na esteira da análise ora feita, verifica-se que o Estado, ao dispor sobre critérios e procedimentos a serem observados para a fixação dos valores das mensalidades escolares, exerce forte intervenção no contrato de prestação de serviços educacionais, retirando a liberdade do próprio estabelecimento de ensino em dispor sobre determinadas cláusulas. Tal intervenção se faz notar a partir da Constituição, artigo 209, onde se verifica que a educação é livre à iniciativa privada, desde que os estabelecimentos de ensino atendam às disposições gerais da educação nacional e obtenham autorização do poder público.

Observe-se que os próprios estatutos e regimentos internos do estabelecimento de ensino, no caso do ensino superior até há pouco tempo, tinham que ser analisados e aprovados pelo Conselho Nacional de Educação para poderem ser invocados validamente. Paralelamente a tudo isso, não se pode olvidar que a lei nº 9.870/99 e as Medidas Provisórias que se seguiram em especial a de nº 2.173-24/2001, estabelecem limites e exigências que retiram da escola a possibilidade de dispor contratualmente sobre a matéria.²²⁷

Ainda que seja garantida a autonomia, há intervenção nos contratos e nas disposições constantes neles entre as partes. As instituições de ensino, por certo, têm limitada a sua livre possibilidade de contratação. É bom lembrar que essa intervenção vai além da contratação, pois o Estado reserva-se o direito de aferição da qualidade de ensino, o que faz por meio de visitas de comissões externas aos estabelecimentos e, mesmo, de exames nacionais de avaliação dos egressos.

Portanto, a liberdade de contratação nos contratos educacionais fica vinculada à manifestação do Estado, que autoriza ou não o funcionamento de cursos e limita a todo momento as disposições do contrato, até pela importância que a Constituição conferiu à educação no país como forma de promover a cidadania e o conhecimento.

²²⁷ GOLDSCHMIDT, *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais*, p. 58-59.

3.5 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E PLANOS DE SAÚDE

Outra garantia constitucional diz respeito à saúde. O artigo 196 trouxe a garantia à saúde para todos, estabelecendo como dever do Estado a criação de políticas sociais que busquem privilegiar a saúde preventiva.

No entanto, tal como ocorre na educação, não conseguem os hospitais públicos atender a todas as necessidades; por isso a criação de planos de saúde particulares. Pensando-se na ótica do liberalismo, estaria o plano de saúde liberado para estabelecer as condições de aceitação, cobertura e preços dos serviços a serem por ele atendidos. Contudo, como se trata de uma garantia constitucional, novamente surgem a regulamentação e fiscalização desses planos de saúde. Assim, apesar de atuar de forma supletiva à saúde pública, o poder público exerce forte fiscalização e regulamentação sobre estes.

Prova disso é a edição de leis específicas para tratar dessa atenção. Ainda, há as vedações e limitações constitucionais a quem pode ser contratado e quem pode investir na área, sendo, portanto, característica do Estado Democrático de Direito a permanente intervenção estatal nas garantias constantes da Carta política. Mostra dessa constante regulamentação foi dada na Câmara dos Deputados já em 1997, quando da aprovação da lei 9.656/98, que regulamentava a questão, conforme referido por Silva:

Como mencionado pelo Deputado Alberto Goldman no plenário da Câmara dos Deputados, quando da apreciação do citado projeto de lei, “temos de encontrar uma solução que preserve primeiramente o consumidor, o cidadão, aliás, o consumidor desse e qualquer outro serviço público; e, de outro lado, dar condições ao setor privado para que possa participar desse processo”. Ademais, o Governo teve participação decisiva na aprovação da mencionada lei, pois não lhe interessava a inviabilização desse setor, pois a saúde pública não teria condições de absorver os 41 milhões de consumidores que passariam a requisitar seus serviços, com fulcro no art. 196 da Constituição Federal, caso naufragasse a citada regulamentação, deteriorando a corroída relação consumidor/assistência médica privada.²²⁸

Percebe-se aqui que é indispensável ao atendimento da saúde garantido pela Constituição a existência de planos de saúde privados. No entanto, tendo em vista a existência de relação de consumo, como observado acima, necessário é que o Estado regule essas contratações, para se evitarem os abusos e imposições de vontade de um dos contratantes.

²²⁸ SILVA, José Luiz Toro da. *Comentários à lei dos planos de saúde*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 40-41.

Poderia, não fosse isso, por exemplo, o plano de saúde, quando chegasse o consumidor – segurado – a determinada idade, quando normalmente mais se utiliza o serviço, excluí-lo do contrato. Com a regulamentação antes citada, tal risco ficou afastado, primeiro, por ser um problema particular entre os contratantes, mas, mais que isso, por ser questão de saúde garantida constitucionalmente e no interesse da coletividade.

Assim, aos planos de saúde aplicam-se as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor, com o acréscimo de que, além dos interesses dos contratantes, há uma prevalência do princípio da harmonização, pois o que se busca é uma garantia ao atendimento de um bem consagrado na Constituição, qual seja, a saúde.

3.6 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O MEIO AMBIENTE

Outra questão que merece uma atenção especial diz respeito ao envolvimento do direito contratual e o meio ambiente. A Constituição da República, no artigo 225, previu que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo preservar-se a sua disponibilidade não só para esta geração, mas para as futuras. Nesse ponto, mais que uma preocupação individual, está-se a reconhecer o direito da coletividade. É possível a exploração dos recursos dele advindos, porém quem o faz tem um débito de recuperação para com a sociedade como um todo.

Desse modo, ao se falar em meio ambiente se está a falar em direito difusos, pois não se estabelece aqui benefício a uma pessoa, ou sequer a um grupo, mas a toda a sociedade. Nesse sentido, Abelha esclarece:

Em contrapartida, o interesse difuso não é um direito que pertença a uma categoria que possua fins próprios e seja organizada para atender às necessidades de uma categoria. Pelo contrário, o interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente, “estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão.”²²⁹

²²⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 43.

Dessa forma, a preservação do meio ambiente vem em favor de toda a coletividade, não sendo interesse de um, mas de todos. Trata-se de proteção de direito difuso. Nas palavras de Mazzilli:

Difusos, pois, são interesses indivisíveis, de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um *feixe de interesses individuais, com pontos em comum*. Não se trata de mera *soma de interesses individuais independentes* pois supõem uma conexão entre eles, já que embora indivisíveis, são compartilhados em igual medida pelos integrantes do grupo...

A indivisibilidade diz respeito ao objeto do interesse: a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhada por um número indeterminado de pessoas, não pode ser quantificada e dividida entre os membros da coletividade.²³⁰

Portanto, o meio ambiente é daqueles interesses que importam a toda a coletividade e, como tal, todos os negócios ou transações que os envolvam estão afetando direitos difusos e, como tais, regulados ou submetidos à intervenção do Estado. A Constituição já prevê uma série de medidas a fim de preservar o meio ambiente. Ademais, aquele que explorá-lo fica sujeito à recuperação da degradação na forma estabelecida pela melhor técnica ambiental.

O Estado delegou a instituições de controle a intervenção toda vez que o meio ambiente estiver sendo descuidado. Lembre-se que diversos investimentos, inclusive com o apoio do poder público, ficam subordinados ao estudo do impacto ambiental e seu deferimento, não levando em conta critérios de ordem financeira, com o que, por certo, seriam aprovados, mas, sim, critérios de conservação do meio ambiente, seus ecossistemas, preservando-se, assim, a natureza não somente para esta geração, mas para as que virão. Esse interesse de preservação vincula desde a exploração da propriedade até as contratações que envolvam repercussões na natureza. A proteção do meio ambiente é uma forma de proteção da própria pessoa humana.²³¹

Nesse contexto, o meio ambiente deixa de ser meramente um capricho, como podia ser percebido no Estado Liberal, passando a ser, efetivamente, um valor a ser protegido pelo Estado Democrático de Direito para a preservação da vida humana. Nessa condição, todo direito civil, seja de propriedade, seja contratual, deve ser examinado de uma ótica humanística, ou, no dizer de Borges:

²³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7-9.

²³¹ Nesse sentido ver SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 36.

Diante dessa problemática, tem-se a necessidade de se esclarecer sobre o conteúdo clássico do direito de propriedade e sua inadequação para esta sociedade. É preciso demonstrar como os direitos, sendo históricos, vêm sendo afetados pela evolução social. Torna-se urgente apontar como a legislação ambiental determina que o exercício do direito de propriedade atenda aos requisitos de proteção ao meio ambiente, sob pena, inclusive de a propriedade não merecer proteção.

Tais esclarecimentos se fazem necessários para uma sociedade presa às concepções individualistas de direito do século passado, mas que tem um grande problema a enfrentar: a urgência da proteção do meio ambiente, para que seja possível a garantia da vida – e vida com qualidade – dessa própria geração e, também, das que estão por vir.²³²

O Estado criou várias formas de proteção desse direito, seja por meio de órgãos de fiscalização e licenciamento, como é o caso do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente, seja pela possibilidade de ações civis públicas no interesse da coletividade, buscando a defesa desse interesse difuso. Observa-se, assim, que tal ocorre no direito de propriedade, ou na contratação sobre matéria atinente ao meio ambiente, que deverá sempre se submeter às normas de sua proteção, sob pena de sofrer a ação estatal e ver o contrato resolvido, ou, ao menos, modificado para a sua garantia e preservação.

Nesse ponto, o Estado Democrático de Direito atingiu seu ápice, pois interfere nas relações contratuais mesmo contra a vontade dos contratantes, tal como narrado no caso do arremesso de anões, para preservação da vida e da dignidade da pessoa humana, não só desta geração, mas das futuras.

²³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999, p. 45.

CONCLUSÃO

A história da humanidade foi marcada pela constante mutação da sociedade. Nesse contexto, o direito contratual também seguiu sua evolução. Num primeiro estágio, ainda na civilização antiga, o que se percebia era uma sociedade fundada na escravidão, onde a liberdade de contratar era ampla e pouco o Estado se interessava pelos contratos celebrados, embora nesse estágio se pensasse o tema ainda de forma incipiente. No primeiro estágio o direito privado e o direito público eram marcados pela dicotomia, com nenhuma interferência de um em outro. Por tais fatos, o direito ocupava-se, em grande parte, da propriedade privada, buscando a sua garantia; os contratos pertenciam ao direito privado e, como tal, não podia o Estado interferir nessas relações.

Em razão disso, a liberdade para contratar era ilimitada. Não havia interferência alguma na manifestação de vontade das partes ao pactuarem, as quais poderiam a qualquer momento celebrá-los, vez que não havia interesse estatal envolvido. De fato, o que estava em questão nesse modelo eram apenas relações particulares.

Foi Roma a primeira civilização a sistematizar o direito civil, onde grande parte do texto legislado ocupou-se da regulamentação da propriedade, sendo o direito contratual, justamente por esse fato, de ordem privada – e, portanto distante do interesse do Estado –, pouco regulado, outorgando-se às partes o direito de estabelecerem as cláusulas de seus negócios.

As comunas foram se organizando em um período pré-estatal no qual o poder era fragmentado e, como tal, os senhores feudais detinham o poder quase absoluto sobre os seus feudos, impondo aos vassalos condições de vida precárias, praticamente lhes garantindo apenas a sobrevivência. Os monarcas, em consequência disso, possuíam nesse período o poder sobre os seus súditos, não havendo limitações à pessoa do rei. Movimentos libertários começaram a surgir e atingiram o apogeu na França com a Revolução de 1789, dentre cujos ideais estava a idéia de limitação do poder do Estado, justamente porque este se confundia com o próprio soberano. Em decorrência disso, surgiu a idéia de tripartição de poder, a fim de se evitar os abusos que até então eram comuns e tidos como justificáveis.

Nesse momento histórico – lembrando-se que os movimentos de liberdade, na verdade, tinham como objetivo garantir à burguesia o direito à propriedade e aos seus negócios – o Estado justificava-se para garantir a segurança desses interesses. O direito

contratual também era alimentado por essas idéias de liberdade absoluta e de mínima intervenção estatal. Esse movimento pretendia negar que o Estado interviesse de forma descabida nas relações privadas, pois o movimento de aplicação e regulamentação do direito contratual deve ser de interesse exclusivo dos contratantes, visto que cabe ao ente público apenas a garantia de cumprimento dos ajustes entre as partes.

Esperava-se apenas um Estado que garantisse os ajustes, ou, como se referiu, “um guarda noturno”, sempre pronto a garantir o cumprimento dos ajustes, que não sofrem intervenção quanto ao mérito do contratado, pois este é exclusivamente de conteúdo privado. Aliás, o objetivo desse movimento era justamente garantir que o Estado não pudesse alcançar o conteúdo dos ajustes estabelecidos entre as partes, uma vez que o temor era justamente que o monarca exercesse qualquer tipo de influência sobre esses. Naquele momento, basicamente a burguesia necessitava precaver-se dessa influência.

Ocorre que essa posição liberal extremada acabou por levar a que o Estado servisse apenas para que os burgueses acumulassem mais e mais riquezas, pouco importando a que custo. Verificaram-se, por exemplo, com a industrialização, abusos de toda ordem à classe trabalhadora que então surgia. Os vassallos do regime feudal acabavam por terem de se sujeitar às condições de trabalho que lhes eram oferecidas pela indústria incipiente, pois, caso não aceitassem as condições ali impostas, por certo engrossariam o número de pedintes que cada vez aumentavam mais próximo às cidades que começavam a formar-se, sem qualquer fonte de renda.

Nesse passo, surgiu a necessidade de que o Estado interviesse para regular essas contratações, tornando-se justificável a intervenção nessas contratações. Permanente busca pelo oferecimento de condições para que as pessoas de fato tivessem acesso ao melhor que o poder público pudesse oferecer tornou-se a regra. O bem-estar social promovido pelo ente não deve ser uma utopia, mas o seu objetivo final. A primeira manifestação de intervenção estatal nesse sentido ocorreu justamente no direito do trabalho, onde não mais se pode admitir a exploração dos trabalhadores de forma desmedida. O lucro pode ser buscado, porém é necessário que haja coincidência do interesse do capital com o do trabalho. Nesse passo, no Brasil verifica-se forte interferência, notadamente no período do Estado Novo, no qual a cada ano novos direitos eram “concedidos” aos trabalhadores, apesar do totalitarismo que então vigia, bem como da marca ideológica que levavam esses direitos.

Nesse modelo de Estado, os princípios clássicos do direito contratual, como o da autonomia da vontade, já não mais servem, ao menos não com a leitura que o liberalismo lhe emprestava. Não se poderá mais admitir que as partes possuam plena autonomia, uma vez que

nem sempre há igualdade entre contratante e contratado. Como exemplo cita-se o caso do direito do trabalho ou do consumidor, clássico para demonstrar que os contratantes não possuem igualdade e, como tal, não possuem autonomia. O que existe, no mais das vezes, é a necessidade premente de um dos contratantes frente à força econômica (grandes empresas impondo condições de trabalho), ou mesmo exclusividade de fornecimento (empresas que detêm o monopólio ou exclusividade do produto) diante de um trabalhador que necessita do salário para sua sobrevivência, ou do consumidor havido por energia elétrica em sua residência.

Como consequência, o princípio da força obrigatória dos contratos também está a merecer uma releitura perante os novos postulados. Partindo-se do pressuposto de que nem todos têm autonomia de vontade, também se deve presumir que os ajustes não podem mais possuir a plena obrigatoriedade, custe o que custar aos sujeitos da relação. A força obrigatória dos pactos não mais poderá ser visualizada como sendo um conceito inatacável, de tal forma que, uma vez celebrado o ajuste, não mais se poderá mudá-lo ou alterá-lo, ainda que isso represente a ruína de um dos sujeitos, ou o enriquecimento desmedido do outro. O mesmo sentido é a releitura do princípio do consensualismo, pois, se ausentes os dois anteriores, ou, ao menos, se devem ser interpretados e aplicados com moderação, também o consenso entre os contratantes merece esse tratamento.

É inegável que a velocidade da sociedade atual exige mecanismos mais ágeis de proteção dos direitos dos indivíduos. Nos contratos de adesão, por exemplo, há massificação da vontade, visto que um dos sujeitos impõe cláusulas e condições previamente pensadas ao aderente. Ora, se as cláusulas são apresentadas por um, o outro deverá ter em seu favor a interpretação mais favorável destas. Ademais, algumas dessas cláusulas poderão, mesmo, ser declaradas não escritas, ou mesmo abusivas, modificando-se o ajuste pelo Estado.

Esses princípios clássicos passaram por uma modificação a partir do novo modelo de Estado, no qual o mais importante não é o lucro incondicional, mas a garantia de direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana, por exemplo, é inegociável e irrenunciável e deve ser observada em todas as contratações. Ganha o ser humano uma condição privilegiada nesse ponto: deixa de ser parte para tornar-se sujeito do negócio jurídico que é celebrado em seu favor, e não apenas do lucro ou da manutenção um estado de coisas que já não se adapta ao modelo de sociedade que o Estado se propõe promover.

Passam a incorporar os princípios regentes dos contratos a observância e cumprimento de sua função social e a boa-fé. Inadmissível nesse ponto pensar-se que os contratantes estão isolados no mundo; os seus ajustes, mais que a eles próprios, servem, ou devem servir, a toda

a coletividade. Devem esses ajustes buscar a promoção do bem-estar não somente dos envolvidos, mas de toda a coletividade. Idéias de que a validade dos pactos fica subordinada a esse atendimento passam a integrar o cotidiano.

Mesmo princípio diz respeito à boa-fé, que deixa de ser mera expectativa dos sujeitos, passando a ser um dever de conduta desde a fase pré-contratual, passando pela contratação, até sua execução e conseqüente extinção do pacto. As idéias de lucro fácil e injustificável com base na esperteza de um em detrimento da ignorância do outro devem, nesse novo modelo, ser repreendidas de forma exemplar, inclusive com a desobrigação do prejudicado.

Abandonou-se aqui a idéia de que a boa-fé é mera questão de ordem moral para apresentar-se como verdadeiro princípio de conduta dos contratantes, o que, desrespeitado, pode levar a conseqüências como a anulação do ajuste. Lembre-se que o Código Civil em vigor chega a elevá-la à categoria de regra geral, aplicável a todos os contratos no ordenamento, o que reforça a idéia de que é um princípio norteador do direito contratual. Prova disso é, por exemplo, que, se alguém desejar contratar os serviços de outro, deverá submeter-se às condições mínimas estabelecidas na legislação trabalhista vigente. Somem-se a isso os acordos coletivos ou convenções de trabalho, que vêm a dar maior amplitude a esses direitos, limitando-se a margem para a negociação e imposição de vontade individual.

O mesmo se deve dizer sobre a legislação protetiva do consumidor. Buscando-se o respeito a sua dignidade, os contratos regidos por esse tipo de ordenamento incorporaram normas próprias, como a vulnerabilidade e a proteção, que visam justamente evitar que seja vítima de abusos por parte do fornecedor. O que se espera de equilíbrio contratual, por exemplo, de alguém que se vê contratando com uma concessionária de energia elétrica, ou de telefonia fixa onde há exclusividade de fornecimento desses serviços?

Sem dúvida alguma, o Estado passa a exercer papel importante para a garantia dos direitos previstos na Constituição da República. Necessário é que repreenda os abusos que alguns fornecedores pretendem cometer. Nesse ponto, criaram-se órgãos que visam proteger os consumidores, inclusive negando a possibilidade de incorporações de empresas de forma a produzir monopólio ou cartel.

Criou o Estado a possibilidade de garantir a harmonização do mercado de consumo como princípio norteador do direito desses consumidores. As limitações devem, por certo, garantir a igualdade material que não existiria se deixadas às partes a livre possibilidade de negociações. No entanto, deve o poder público promover o desenvolvimento e, para tanto, é importante que faça a economia mover-se, inclusive à vista de negócios de consumo.

Nesse ponto o Estado deixa de preocupar-se apenas com a segurança dos negócios – contratos e propriedade privada – para efetivar direitos positivos dos seus cidadãos. Surge o entendimento de que não basta ao Estado apenas ser garantidor dos contratos firmados entre as partes, ou a propriedade privada. Deve preocupar-se, também, em garantir direitos individuais e coletivos a ponto de interferir nas contratações até aqui ditas “privadas”. Aliás, surge a primeira ressalva ao princípio de que os interesses público e privado não se confundem, pois cada vez mais se adota a idéia de que o interesse público intervém no direito até aqui tido por privado.

Com a Constituição Dirigente, que passa a assumir um papel de comando sobre todo o direito, diminuem gradualmente os pontos de diferenciação entre o direito privado, em que o Estado não pode interferir, e do público, reservados até então à discricionariedade. O que se espera é um poder público que garanta a consolidação de direitos individuais e coletivos. Para tanto, os mecanismos até então de direito privado, pois decorrentes das idéias liberais do Estado, não mais servem. O aparato jurídico é muito bem montado, por exemplo, para a expulsão de um esbulhador de propriedade de terceiro, porém até aqui é inerte para a garantia dessa desocupação quando os invasores forem um grupo indefinido de famílias de sem-terras que pretendem ali estabelecer assentamento para garantia de seu sustento.

Cada vez mais o Estado caminha para um novo momento, no qual recebe as qualificadoras de Democrático de Direito, por ser o Judiciário o local onde se desenvolvem as maiores tensões e disputas por esses direitos. Não cabe mais a distinção entre público e privado; o que existe é um direito constitucional que perpassa os vários compartimentos, integrando-os, não mais sendo possível diferenciar o privado do público e vice-versa. Cada vez mais os agentes públicos são limitados pela lei, que lhes diminui o espaço para o poder discricionário, pois discricionariedade não serve a esse modelo estatal. Cada vez mais há a constitucionalização dos direitos privados e, como tal, a intervenção passa a ser uma questão natural e de perfeita convivência com as contratações individuais dos cidadãos.

Afirma que a dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da função social dos pactos deve se sobrepor aos aqui já vetustos princípios da autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e do consensualismo, pois se sabe, de antemão, que não existe, a rigor, igualdade entre os contratantes. O que se dizer, por exemplo, da vinculação de todos os contratos ao atendimento de sua função social sob pena de sua invalidade; ou do respeito à dignidade da pessoa humana acima de qualquer ajuste e, inclusive, contra a vontade do próprio usurpado desse direito, pois não se está a preservar o seu direito individual, mas, sim, o de toda uma

coletividade e, como tal, poder-se-á ir até mesmo contra a pretensa renúncia desses direitos fundamentais, pois são eles irrenunciáveis.

Esses direitos passam a fazer parte de um conjunto que se poderia chamar “patrimônio inegável”, como é o direito dos consumidores, dos aderentes aos planos de saúde, dos contratos educacionais, que, mesmo que desejarem, não podem renunciar às promessas constitucionais. Aliás, é a Constituição Federal que garantiu essa intervenção justamente para assegurar a igualdade. A mesma Constituição que garante o acesso de todos à educação, por certo, deve prever formas de resguardar os direitos dos alunos, pois, por certo, a demanda não permitirá que todos se dirijam às escolas públicas.

Nesse ponto, é necessário que se regule a forma de acesso às instituições privadas de educação. Para tanto, lança-se mão de um conjunto de garantias, próprias da relação estabelecida entre instituições de ensino e alunos, impedindo-se aumentos desmedidos de preços, por exemplo, ao mesmo tempo que há rigorosa fiscalização e regulação da forma de oferecimento e renovação das autorizações para funcionamento e constantes avaliações com criação de ciclos avaliativos.

O mesmo se pode dizer quanto aos planos de saúde, pois o que se verifica é a busca cada vez mais acentuada pela saúde em toda a sua plenitude. Se, de um lado, os usuários não conseguem negociar as condições de sua contratação, por certo, com a intervenção estatal é possível equilibrar a relação e os pactos das partes, não se permitindo os abusos por parte dos planos, tampouco a não-assistência aos direitos dos usuários.

Nessa mesma esteira vai o meio ambiente, visto que uma série de direitos difusos ganha contornos mais acentuados, pois não se pode mais permitir a contratação sob qualquer custo. O desenvolvimento deve coadunar-se com o desenvolvimento sustentável e com o respeito ao meio ambiente. Nesse ponto, de que adianta alguém contratar a responsabilidade pelo destino de lixo hospitalar se não obtiver, primeiramente, a autorização para tanto do poder público, com comprovação da viabilidade técnica e com o respeito daquele?

De nada adiantaria, por exemplo, alguém contratar que armazenaria lixo nuclear no centro de uma cidade pelo simples fato de que o terreno lhe pertence. O Estado imiscui-se nos contratos para promover a garantia dos direitos prometidos na Constituição, entre os quais a proteção ao meio ambiente, como se viu no presente trabalho, o que, por certo, seria impensável no período de liberalismo que viveu a sociedade mundial.

Por certo, o poder público e os lidadores do direito devem cada vez mais observar esse novo momento do Estado, respeitando esses postulados para ver efetivadas as promessas contidas na Constituição, até porque diversos são os mecanismos que foram criados para tal

finalidade na própria Constituição Federal, como o aumento das atribuições do Ministério Público, a efetivação de direitos coletivos e difusos através de ações coletivas e civis públicas, entre outros.

Ao mesmo tempo em que a Constituição garante aos cidadãos uma série de direitos, preocupa-se em efetivá-los, estabelecendo a necessidade de criação de políticas públicas e de programas para torná-las efetivas. Esses mecanismos ganham, ao longo de vários órgãos e agentes, a possibilidade de se tornarem realidade, pois os mecanismos do Estado Liberal não mais servem ao modelo estatal vigente, que reclama maior intervenção na relações até então ditas privadas, principalmente porque essa distinção não mais poderá ser apresentada como vigente.

Se for certo que no modelo de Estado Liberal o Poder Legislativo possuía importância elevada, no modelo de Estado Democrático de Direito cabe ao Judiciário essa tarefa de guardião daqueles preceitos, criando-se, em especial no Brasil, a partir da Constituição de 1988, esses mecanismos, como a intervenção permanente do Ministério Público como agente de representação da sociedade. Se não é o Judiciário quem resolverá todos os problemas sociais, garantindo maior equidade, com certeza possui os meios para tanto, por meio de demandas individuais ou coletivas.

O mesmo é de se dizer, por exemplo, dos órgãos de defesa dos consumidores, de fiscalização dos planos de saúde, ou de preservação e proteção do meio ambiente. O certo é que o direito contratual não está mais limitado à observância do preceitos e princípios do Estado Liberal, mas deve servir como forma de promoção das garantias individuais, sendo ajustado em benefício e com observância da promoção do bem-estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. *História do direito romano*. Instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. 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. Parecer civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução de Liz Silva; revisão de Miguel Rodrigues e Eugénia Rodrigues. Lisboa/Portugal: Edições 70 Ltda. Editora, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTR, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

CAPELLA, Juan Ramón, *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: 3. ed. Saraiva, 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. (Coleção Teses I).

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: jun. 2007

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade de pessoa humana: o conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTI, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DELGADO, José Augusto. O contrato no código civil e a sua função social. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 322, 2004.

DEL ROIO, José Luiz. *Igreja medieval: a cristandade latina*. São Paulo: Ática, 1997.

DUBY, Georges. *A Idade Média na França: de Hugo Capeto a Joana d’Arc*. Tradução Clóvis Marques; ver. técnica e apres., Vânia Fróes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

DUSO, Giuseppe. *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

ELESBÃO, Elsita Collor. *Princípios informativos das obrigações contratuais civis*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Ética e boa fé no adimplemento contratual* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

FACCHINI, Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, In: SARLET, Ingo W. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-59.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito – aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. O enriquecimento sem causa nos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 75-94.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos educacionais*. Passo Fundo: UPF, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicações>. Acesso em: jun. 2007

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Aquiles Cortês. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito civil – estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: jun. 2007

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira de. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LIPARI, Nicolás. *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor – meio ambiente – trabalho – agrário – locação – autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: www.jus.com.br

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na historia: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LYRA FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MAMAM, Jennette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 56, out./dez. 2005.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. T. XXXVIII.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-111.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. p. 105-147. SARLET, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 117.

MORAIS, José Luiz Bolzan de Moraes. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo Roberto. Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. *Pensamento Jurídico*, Curitiba: Juruá, v. II, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Considerações em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: jun. 2007

PAIXÃO, Marco Antônio C.; CASSOU, Lucia H. O novo código civil anotado. *Revista Jurídica Especial*, Porto Alegre: Notadez, 2003.

PERNOUD, Régine. *As origens da burguesia*. Mem Martins (Portugal), Publicações Europa-América, 1973.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2. ed.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil – constitucional*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

REZZÔNICO, Luiz Maria. *La fuerza obligatoria del contrato Y la teoria de la imprevisión*. Reseña de la cláusula rebus sic stantibus. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1954.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: jun. 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clóvis V Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Luiz Toro da. *Comentários à lei dos planos de saúde*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SILVA, Pedro Sancho. Princípios do direito educacional e institutos jus pedagógicos. *Cadernos de Assuntos Jurídicos*, Salvador: Prejus/Uneb, n. 7, 1993.

SILVA FILHO, Artur Marques da. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001,

_____. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto C. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. I.

UDA, Giovanni Maria. Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale Delle Obligazioni*, Madrid: Piccin Nuova Libreria S.P.ª; Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1990.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. São Paulo: Forense, 1977. v. I.

_____. *Centros comerciais (shopping centers) – Natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.