

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO D ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

RODRIGO JOSÉ RODRIGUES BEZERRA

**LIMITAÇÕES À AUTONOMIA CONTRATUAL NO ESTADO SOCIAL DE
DIREITO: aspectos da intervenção estatal nas relações contratuais**

Maceió/AL
2012

RODRIGO JOSÉ RODRIGUES BEZERRA

**LIMITAÇÕES À AUTONOMIA CONTRATUAL NO ESTADO SOCIAL DE
DIREITO: aspectos da intervenção estatal nas relações contratuais**

Dissertação apresentada para fins de conclusão do curso de Mestrado em Direito Público na Universidade Federal de Alagoas– UFAL.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

**Maceió/AL
2012**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Maria Helena Mendes Lessa

B5741 Bezerra, Rodrigo José Rodrigues.
Limitações à autonomia contratual no estado social de direito: aspectos da intervenção estatal nas relações contratuais / Rodrigo José Rodrigues Bezerra. -- 2012.
99 f.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2012.

Bibliografia: f. 93-99.

1. Intervenção estatal. 2. Autonomia contratual. 3. Proteção. 4. Direitos constitucionais. I. Título.

CDU: 342 (81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO JOSÉ RODRIGUES BEZERRA

“LIMITAÇÕES À AUTONOMIA CONTRATUAL NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO: REFLEXÕES
SOBRE A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu
a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

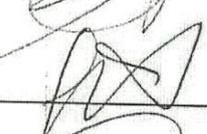
Prof. Dr. Marcos Bernardes de Melo (UFAL)

Julgamento: aprovado 9 (nove)

Assinatura: 

Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL)

Julgamento: aprovado 9 (nove)

Assinatura: 

Prof. Dr. Ricardo Tenório (Externo)

Julgamento: aprovado 9 (nove)

Assinatura: 

Maceió, 13 de junho de 2012.


Adriano de Lima Catau
Coordenador
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL
SIAPE 1549976

A Gabriela e Teodoro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao grande Deus.

Ao Desembargador James Magalhães de Medeiros, pelo incentivo e compreensão.

Ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, pela orientação deste trabalho.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas.

Aos funcionários da biblioteca da Universidade Federal de Alagoas e do Tribunal de Justiça de Alagoas.

“Só conhecendo a Constituição poderemos estimá-la. Ninguém pode estimar o que desconhece. E, estimando-a, façamo-la eficaz, para benefício do seu povo.”

Geraldo Ataliba

RESUMO

O objeto do trabalho é a autonomia contratual como um direito implicitamente previsto na Constituição, sendo sua limitação um instrumento de concretização da justiça social e de proteção de direitos fundamentais. Objetiva-se analisar a forma de ampliação da produção legislativa no Estado Social direcionada a interferir nas relações contratuais privadas, limitando a autonomia contratual para impedir que o poder econômico comprometa, nas relações entre particulares, o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Há crítica contra essa postura, no sentido de que o Estado social adentrou em área de alta complexidade e variabilidade dos fatores relevantes para que se produza uma decisão, o que torna imprescindível recorrer a cláusulas abertas. Isso faria com que o intérprete ultrapassasse os limites do conhecimento do direito e penetrasse na esfera política e econômica, com a fragilização do argumento jurídico e o enfraquecimento do Estado de Direito, já que a realização de uma justiça substancial comprometeria a posição autônoma da ordem jurídica. Todavia, no aspecto de produção legislativa de proteção aos direitos fundamentais nas relações contratuais, não se pode falar em crise do Estado Social, pois o controle estatal da atividade econômica vem assegurando a proteção jurídica contra os poderes de dominação econômica. Conclui-se que essa regulamentação é exercida primordialmente mediante cláusulas abertas, com destaque para os princípios constitucionais, tal como adotado pelo direito comunitário europeu, bem como por regulamentos administrativos, cabendo ao Poder Judiciário uma função de relevância na proteção dos direitos fundamentais entre particulares, sem que isso represente um comprometimento da segurança jurídica, ou mesmo um enfraquecimento do Estado de Direito. A releitura do direito privado promove a funcionalização da autonomia contratual e representa uma maior proximidade entre alguns institutos civis e a natureza cogente e diretiva das normas de direito público. Supera-se a concepção do direito subjetivo como um poder vinculado, em regra, apenas à vontade individual de seu titular, reduzindo o âmbito de exercício da liberdade na esfera contratual.

Palavras-chave: Intervenção estatal. Autonomia contratual. Proteção. Direitos constitucionais.

ABSTRACT

The object of labor is the freedom of contract, considered as a Constitutional right and its limitation as an instrument of achieving social justice and protection of fundamental rights. The objective is to examine how to increase production in the social state targeted to interfere with private contractual relationships, limiting the freedom of contractual to prevent supremacy of the economic power in particular relations between individuals, the exercise of constitutionally guaranteed rights. There is criticism against this approach in the sense that the social state entered in an area of high complexity and variability of relevant factors to bring a decision, which makes essential use of open clauses. This would make the interpreter beyond the limits of the law knowledge and penetrating the political and economic sphere, with the weakening of legal argument and the rule of law, since the achievement of substantial justice an autonomous position would undermine the legal order. However, production in the aspect of legislative protection of fundamental rights in contractual relations, can not speak of the welfare state is in crisis because state control of economic activity has ensured the legal protection against the powers of economic domination. It is concluded that this regulation is exerted primarily through open clauses, especially the constitutional principles, as adopted by the European Community law, and regulations as well as administratives acts, fitting to the judiciary an important role in the protection of fundamental rights between particulars, without representing a commitment of legal certainty or even a weakening of the rule of law. The new way to read the private law promotes the functionalization of freedom of contractual, and represents a greater proximity between some civil institutions and the cogent nature of public law. The subjective right is not a ilimited power, where only the individual will of its owner, reducing the scope for the exercise of freedom in the contractual sphere.

Key-words: State intervention. Freedom of contract. Protection. Constitutional rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA CONTRATUAL E A POSTURA ESTATAL DIANTE DAS RELAÇÕES.....	13
1.1 A historicidade do Direito	13
1.2 Considerações preliminares sobre a autonomia contratual	14
1.3 Os antecedentes do Estado Moderno	16
1.4 O Estado absolutista	17
1.5 O Estado liberal e as relações contratuais	18
1.6 O Estado social e a força normativa da Constituição: reflexos na teoria dos contratos	24
2 AS CRÍTICAS AO ESTADO SOCIAL E A PRETENSÃO DE SUA SUPERAÇÃO.....	38
2.1 A proposta neoliberal de Hayek	38
2.2 O modelo sistêmico proposto por Luciano Benetti Timm	40
2.3 A análise econômica do Direito proposta por Richard Posner	41
3 PERMANECEMOS NO ESTADO SOCIAL – RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS.....	44
3.1 A insuficiência da proposta de Posner	44
3.2 A complexidade social atual e a autonomia do Direito	46
3.3 A abertura do sistema jurídico mediante a utilização dos princípios e a segurança jurídica nas relações contratuais	51
3.4 A intervenção estatal por meio de regulamentos administrativos	60
4 A FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA CONTRATUAL E SUA LIMITAÇÃO POR NORMAS CONSTITUCIONAIS	64
4.1 Considerações conceituais	64
4.2 A função social da autonomia contratual e seus reflexos no direito subjetivo.....	66
4.3 A fonte constitucional da autonomia contratual	73
4.4 A autonomia contratual e os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor.....	75

5 O PODER PRIVADO E A EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	82
5.1 Critérios para mensurar a intervenção estatal nas relações contratuais.....	83
6 CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

Mediante uma análise da evolução do Estado, é possível verificar que os valores dominantes em um dado momento histórico correspondem àqueles pregados pela classe social hegemônica, sendo o sistema normativo um instrumento institucional dessa prática. Ademais, por meio de uma reflexão historicista, é possível compreender, com profundidade, o conteúdo dos institutos jurídicos, especialmente por se ultrapassar a esfera dogmática e se aproximar das demais ciências sociais.

Com efeito, durante o período do Estado liberal, as codificações e principalmente o constitucionalismo ganharam forças, tendo como móvel a valorização do princípio da legalidade e da consideração do homem com um ser plenamente capaz de gerir seus interesses e suas vontades, independentemente de circunstâncias fácticas que comprometessem esse agir.

Havia uma nítida separação entre sociedade e Estado, a este sendo reservada apenas uma atuação sem interferir na esfera individual dos homens, considerados sempre em uma visão atomista. A regulação das atividades privadas era competência exclusiva do Código Civil, ao passo que à Constituição era reservada apenas a regulamentação estrutural do Estado.

Por sua vez, o Estado social, sem desprezar algumas das conquistas alcançadas no período anterior, passa a enxergar a Constituição também como o ambiente reservado para a fixação dos valores vigentes na sociedade, traçando os objetivos a serem alcançados pelo Estado.

Com isso, todas as relações contratuais são afetadas por esse condicionamento, vergando-se à autoridade constitucional e agindo como instrumento de concretização dos vetores traçados na Carta Política, reconhecendo-se que a existência de um poder privado pode comprometer o exercício da autonomia contratual, valorizando-se, com isso, o aspecto metajurídico que interfere no âmbito normativo.

Não mais se concebe uma área de atuação dos particulares imune à intervenção estatal; os valores acolhidos na Constituição hão de serem considerados na análise de qualquer

instituto jurídico, inclusive os contratos, promovendo uma abertura recíproca entre o direito público e o direito privado, uma vez que não mais se concebe a existência de interesses exclusivamente individuais/privados divorciados do aspecto social/coletivo.

Todavia, foram desenvolvidas críticas contra essa postura intervencionista do Estado social, que teria adentrado em área de alta complexidade e variabilidade dos fatores relevantes para que se produza uma decisão, tornando imprescindível recorrer a textos de ampla abertura semântica aplicáveis às relações privadas.

Isso faria com que o intérprete ultrapassasse os limites do conhecimento do direito e penetrasse na esfera política e econômica, com a fragilização do argumento jurídico e o enfraquecimento do Estado de Direito, pois a realização de uma justiça substancial comprometeria a posição autônoma da ordem jurídica, inclusive com o tratamento diferenciado a determinados grupos.

Oportuno destacar também a crítica tecida pela análise econômica do Direito, que propõe o ingresso da racionalidade econômica dentro do sistema normativo por critérios de aplicação das normas, de forma a tornar mais eficientes os postulados econômicos, especialmente pela concretização da maximização da riqueza, que significaria orientar a decisão judicial mediante uma análise de custo-benefício.

Diante disso, objetiva-se refletir sobre a forma de atuação estatal na proteção aos direitos constitucionais nas relações contratuais, especialmente diante da relevância da racionalidade econômica dentro do sistema social, sem que se olvide a função diretora do sistema normativo para definir os limites e fixar os objetivos da atividade econômica.

A limitação à autonomia contratual busca impedir que o poder econômico comprometa o exercício de direitos constitucionalmente assegurados nas relações entre particulares. Por isso, passa-se a enxergar a autonomia contratual como um direito implicitamente previsto na Constituição, sendo sua limitação um instrumento de concretização da justiça social e de proteção de direitos fundamentais, reposicionando a pessoa no centro do direito civil, que, mesmo assim, não perde seu aspecto patrimonial, realizando uma releitura dos institutos jurídicos civis, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais.

Ainda, é necessário refletir também sobre a composição dos direitos subjetivos, os quais não podem ser enxergados como um ambiente orientado exclusivamente pela vontade individual, mas têm seu exercício condicionado à satisfação das funções estabelecidas pelo próprio direito objetivo, que os cria e vincula.

Além disso, mesmo reconhecendo que os novos princípios contratuais são aplicáveis a todas as relações contratuais, é preciso identificar critérios para mensurar a intervenção estatal e a forma da eficácia das normas constitucionais entre particulares, a fim de que se mantenha uma racionalidade que assegure uma maior segurança.

Destarte, necessário se faz conhecer toda a extensão dessa influência constitucional na autonomia contratual, para que possa ser encontrada a exata dimensão do âmbito de atuação das partes contratantes, de modo a não colidir com os direitos assegurados pela Carta Política. E são esses limites que serão aqui examinados, sempre de modo a identificar seus fundamentos e sua extensão.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA CONTRATUAL E A POSTURA ESTATAL DIANTE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

1.1 A Historicidade do Direito

Diz Nelson Saldanha¹ que, enquanto à história era atribuída a singela função de descrever situações pretéritas em sequência cronológica, foi lícito ao jurista desprezá-la em seu saber sistematizante e argumentativo. Entretanto, vendo na história um modo de compreensão de processos e interpretação de desenvolvimentos, constata-se que o saber histórico, imprescindivelmente, deve figurar na ciência jurídica.

Não se trata de buscar no passado o simples registro de fatos ocorridos; a busca pela ciência histórica pretende assimilar transformações mediante a apreciação dos fatos registrados. Enquanto o estudo da história do Direito significa uma atitude de pesquisa descritiva e erudita, a concepção histórica do Direito representa a compreensão do sentido da realidade jurídica, de modo que as referências históricas não possuem somente uma função periférica, ilustrativa, mas devem ser o ponto de partida para a investigação crítica.

Para Nelson Saldanha, o historicismo é um relativismo de alicerce crítico-cultural, com a negação de todo dogmatismo intemporalizante e de imagens totalmente estáticas e rígidas da realidade humana, fazendo “o reencontro do homem consigo mesmo dentro do próprio fluir, no qual se continuam e se refazem as raízes da experiência humana.”²

Com isso, agir dessa maneira implica ao cientista, quando da análise de qualquer instituto jurídico, ter em mente sempre aspectos que ultrapassam o elemento dogmático-normativo, valendo-se também das circunstâncias sociais, políticas e econômicas existentes em determinado período, aproximando a análise do Direito com as demais ciências sociais. Por isso, a satisfatória compreensão do tema proposto dependerá de um prévio acompanhamento de sua evolução histórica, para que não seja cometido o equívoco de discutir o atual sem conhecer suas causas.

¹ SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea**. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 15.

² Ibid., p. 88.

1.2 Considerações preliminares sobre a autonomia contratual

Em Aristóteles, o homem é por natureza um *politikón zôon* (animal político),³ e aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem; não é capaz de se submeter a nenhuma obediência. Assim, em razão da natureza social do indivíduo, o exercício da liberdade pressupõe a existência de um campo delimitado de atuação, de modo que os limites atuam como forma de preservar a própria liberdade individual.

De fato, em momento algum da evolução histórica da autonomia contratual a liberdade outorgada aos contratantes foi absoluta. Sempre sofreu a incidência de limites que demarcaram o seu âmbito de atuação, tanto que Pontes de Miranda afirma não haver autonomia absoluta ou ilimitada de vontade, pois “a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”,⁴ Para ele, a autonomia da vontade – ou seu auto-regramento – significa “até onde se pode querer”.⁵

Na verdade, o conteúdo da autonomia contratual não pode ser alcançado ausente de um contexto em determinado período histórico, ou mesmo de uma dada sociedade e de seu ordenamento jurídico.

Em vista disto, impõe-se tratar, ainda que de forma epidérmica, da evolução percorrida por esse instituto jurídico, pois como diz P. S. Atiyah e S. Smith⁶, a análise evolutiva da autonomia contratual é importante para entender por que nós temos as leis que temos (*why we have the law we have*), bem como para entender a forma como explicamos as leis que temos (*why we explain those law the way we do*). Para tanto, imprescindível será ter sempre em mente os aspectos mais marcantes das modificações que incidiram também na Teoria dos Contratos, já que, sendo a autonomia contratual um de seus elementos, sofrerá necessariamente alterações em seu conteúdo.

³ ATISTOTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 14-15.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38, p. 39.

⁵ Id., 1954. t. 3, p. 54.

⁶ ATIYAH, P. S., SMITH, Stepan. **Atiyah's introduction to the law of contract**. 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 2006. p. 9.

Visando a uma satisfatória compreensão da autonomia contratual, imperioso se faz conhecer seus momentos embrionários dentro da teoria contratual, reservando um tratamento minucioso para os instantes em que alcançou um maior destaque dentro das relações jurídicas.

Durante o período romano clássico, havia um excessivo apego ao formalismo, em que sua concretização válida exigia a confluência simultânea de requisitos devidamente previstos pelo direito objetivo. Por tal razão, todas as espécies contratuais eram tipificadas taxativamente; ausente qualquer dos pressupostos, o que existiria seria apenas um pacto nu (*pacta nuda*) ou promessa de cunho obrigacional que não ultrapassava a esfera moral.

Com isso, a distinção entre a relação contratual e as relações intersubjetivas não alcançadas pelo ordenamento jurídico é que aquela criava, na esfera jurídica do adimplente, o direito subjetivo de exigir o adimplemento da prestação assumida pelo outro contratante, através da ação judicial (*ex nudo enim pacto, inter Romanos, actio non nascitur*)⁷. Nesse estágio, diminuta foi a análise do elemento subjetivo das vontades (*conventio*), porquanto mais importante era a obediência às formas e solenidades prescritas.⁸

Posteriormente, o contrato sofre mudanças em sua estrutura, adquirindo características novas que, indiretamente, permanecem nos dias atuais; trata-se do período do Direito Canônico, quando foram defendidas a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o contrato do formalismo exagerado e da solenidade típica da regra romana. Inicia-se uma valorização da vontade, já que a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.

Agora, também os antigos pactos romanos – que só produziam obrigações naturais – passam a gerar o direito de ação contra o inadimplente, sepultando todas as distinções realizadas pelo direito antigo.

Tal momento histórico corresponde ao período feudal, quando o contrato adquiriu uma característica cristã; considera-se um instituto decorrente do juramento, fundado no cumprimento do que se prometera perante Deus. Foi com o direito canônico que se formou o

⁷ Entre cidadãos romanos, a ação não nasce do pacto.

⁸ Ensina Paulo Luiz Netto Lôbo que “não ancora a teoria moderna ou liberal do contrato na autoridade do direito romano, o que bem demonstra que é fruto do devir histórico.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas*, Maceió, ano 1, n. 1, p. 243-253, jul./dez. 2002, p. 247).

dogma da autonomia da vontade, pregando-se uma ética de responsabilidade em que a promessa não cumprida seria convertida em pecado, já que a vontade resultava da deliberação racional. Como referencial teórico desse período, Huig van Groot contribuiu para colocar o consenso em seu centro, em nítida ligação com o desenvolvimento da lógica humana, combinada com os valores da tradição escolástica.⁹

1.3 Os antecedentes do Estado Moderno

Oportuno se faz analisar apenas o Estado Moderno, o qual possui as características mais importantes que persistem hodiernamente.¹⁰ Para tanto, impõe-se relembrar o cenário imediatamente anterior ao nascimento deste estágio estatal, que corresponde ao Feudalismo e ao *Ständestaat*.

Hermann Heller¹¹ afirma que o “Estado” feudal não conheceu uma ordem jurídica unitária, ou mesmo um poder estatal unitário. Naquele momento, o poder era atribuído aos senhores feudais, que governavam, de forma autônoma, seu território; cada feudo era um governo independente do órgão central, e a figura do Estado era desprovida de autoridade.

Em um momento posterior, observa-se o *Ständestaat*, que, no vernáculo, é chamado de Estado estamental, figurando cronologicamente entre o feudalismo e o Estado absolutista. Norberto Bobbio¹² narra que esse Estado estamental se distinguiria do feudal por representar uma institucionalização dos contrapoderes, além de proceder a uma transformação das relações interpessoais, próprias do sistema feudal, em relações entre instituições: “de um lado as assembleias de estamento, de outro o rei com seu aparato de funcionários que, onde conseguem se afirmar, dão origem ao Estado burocrático característico da monarquia absoluta.”

É neste panorama que surge o Estado moderno.

⁹ SOMMA, Alessandro. **Autonomia privada e struttura del consenso contrattuale**: aspetti storico-comparative di una vicenda oncettuale. Milão: Giuffrè, 2000. p. 76-77.

¹⁰ Ensina Pontes de Miranda que “o Estado, tal qual como o conceituamos hoje, só no séc. XV teve caracterizada a sua estrutura. (...) É então que, sucedendo ao ecúmeno medieval o ecúmeno estatal, se percebe que as relações interestatais sucedem às relações interfeudais ou interimperiais”, (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cohen Editor, 1947. v. 1, p. 40).

¹¹ HELLER, Hermann **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 160.

¹² BOBBIO, Norberto **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 114.

1.4 O Estado absolutista

Narra Heller¹³ que o Estado absolutista possuiu uma manifestação prematura na Sicília, séc. XIII, quando Frederico II retirou o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira do sistema feudal, centralizando tais atribuições. Essa evolução consistiu na transformação dos instrumentos de autoridade e administração, antes privados, em responsabilidade pública, em que o poder de comando deixa de ser exercido como um direito do indivíduo, expropriando-se em benefício primeiramente do príncipe absoluto e depois do Estado.

Busca-se a unidade estabelecendo um poder soberano, supremo, que figura no ápice da sociedade.

O referencial teórico desse modelo estatal foi Nicolau Maquiavel, principalmente em razão de sua obra “O Príncipe”, publicada em 1531, onde o escritor florentino apresenta formas para uma contínua acumulação de poder por parte do soberano, contribuindo para uma convergência da autoridade. Importante também citar a relevância da obra Patriarcha, de Robert Filmer, contra a qual foi escrito o primeiro ensaio de John Locke.

Bobbio¹⁴ esclarece que, na formação do Estado absolutista, ocorreu um processo de concentração e de centralização. A concentração aconteceu na medida em que os poderes por meio dos quais se exerce a soberania – edição de leis para a coletividade, poder jurisdicional, poder de impor tributos – são atribuídos ao rei e aos seus funcionários diretamente dependentes. Já a centralização ocorreu por meio da eliminação dos ordenamentos jurídicos inferiores – como os das cidades, corporações e estamentos.

Consiste, conforme a óptica de Gianfranco Poggi¹⁵, na primeira encarnação madura do Estado moderno; nele o poder residia unicamente no monarca, o qual reunia em si todas as prerrogativas públicas de governo efetivo. A sociedade civil era vista em nível abaixo do Estado, sendo-lhe súdita, impossibilitada de participar ativamente das ações estatais, ainda que de forma fiscalizadora, cabendo unicamente vergar-se à autoridade.

¹³ HELLER, Hermann **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 163.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 115.

¹⁵ POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno** :uma introdução sociológica. Tradução de Álvaro Cabral, Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 72.

1.5 O Estado liberal e as relações contratuais

Superado o *ancien régime*, em fins do século XVIII, a sociedade do Estado liberal exprimiou seus anseios na atividade econômica e política, enxergando no ente estatal funções meramente de vigilância da ordem social e de proteção contra ameaças externas. Consistiu na primeira tentativa de humanização do Estado, onde restou presumido que, para libertar o homem, bastava limitar a potência e a invasão da máquina estatal.¹⁶

Essa visão é amplamente justificável, já que o Estado autoritário, tirano e arbitrário foi superado essencialmente em razão desses adjetivos, bem como por possuir a classe ascendente – burguesia - uma doutrina nitidamente individualista, no sentido de retirar a atuação estatal da atividade particular, principalmente em relação à economia.

E essa construção é alcançada, segundo Francisco Porrúa Perez¹⁷, com o estabelecimento de uma série de balizas que mantinham a atividade do Estado dentro de sua órbita delimitada, sem interferir na esfera intocável da liberdade individual, sustentando a ideia de ampla liberdade ao indivíduo considerado sempre em sua unidade, desprezando-se a natureza de integrante de uma sociedade.

Paulo Bonavides relata que, no Estado liberal, o bem comum somente seria alcançado quando os indivíduos se encontrassem libertos para o exercício de suas forças criadoras, fora de qualquer obstáculo de natureza estatal; o valor da liberdade se relaciona à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, crescendo na medida em que é menor a presença do Estado nos atos da vida humana.¹⁸ Inteiramente relacionada com essa liberdade, encontra-se a tese de uma igualdade natural entre os homens; a conjugação dessas ideias é que justifica a intocabilidade da esfera individual pelo Estado.¹⁹

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati, Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 84.

¹⁷ PORRUA PEREZ, Francisco. **Teoria del estado**. 5. ed. Mexico: Porrúa, 1969. p. 451.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 60.

¹⁹ Francisco Porrúa Perez cita a “Ley Chapelier”, de 1791, onde o Estado francês proibiu aos cidadãos da mesma classe ou profissão de se reunirem ou associarem para defender seus interesses, declarando contrária à liberdade e à igualdade natural dos homens. (PORRUA PEREZ, F. **Teoria del estado**. 5. ed. Mexico: Porrúa, 1969. p. 452). Referindo-se sobre esse diploma legal, Augusto Barbera menciona a “*idee-forza*” de um objetivo de unidade do corpo social. Suas palavras: “*Di esso è espressione il decreto Le Chapelier del 1791 che proibiva le associazioni dell’Ottocento (lo Statuto albertino, per esempio, non menziona la libertà di associazione)*”.(BARBERA, Augusto. **Le basi filosofiche del costituzionalismo, prima** Roma: Laterza, 1997. p. 6.)

Não se buscava a supressão do Estado, pois a este caberia assegurar o respeito às normas estatais de modo a manter a ordem jurídica, o que aponta para o desenvolvimento do Estado de Direito²⁰, do Constitucionalismo e do movimento de codificação em geral.

É que surgiu a necessidade de se estabelecer institucionalmente a divisão e separação dos poderes, sendo utilizada, para tanto, a Constituição, havendo também um grande movimento de codificação,²¹ especialmente em razão da tendência democrática impulsionada pela Revolução Francesa.²² Buscou-se uma forma objetiva de se estabelecerem os limites do Estado e dos próprios particulares, de modo a permitir uma maior previsibilidade das condutas e de suas consequências, razão pela qual Elías Díaz²³ afirma que o Estado de Direito começa sendo, e continua durante todo o século XIX e início do século XX, um Estado liberal de direito, ou seja, uma expressão jurídica da democracia liberal, mas, mesmo assim, não se limita a ele.

Para P. S. Atiyah e S. A. Smith²⁴, a filosofia do *laissez-faire* foi entendida no sentido de que o Estado (legislação) deveria interferir o mínimo possível nas relações contratuais, de modo que a função do direito privado, nessa visão, era fazer cumprir o acordado entre as partes contratantes.²⁵

Ademais, nota-se essa postura também na atuação dos juízes daquele período, os quais entendiam que fazer justiça era apenas fazer cumprir estritamente as obrigações contratuais. Por isso, é um erro pensar que os juízes eram indiferentes ao interesse público. Eles simplesmente reputavam que, em quase todos os casos, era de interesse público fazer cumprir os contratos privados, tal como apresentado pelos princípios fundamentais da economia,

²⁰ Entende-se aqui o Estado de direito como sendo o Estado submetido às leis, entendendo-se estas como sendo a expressão da vontade geral, tal como proposto por DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**, Madrid: Taurus, 1992. p. 17.

²¹ Cite-se a célebre discussão entre Thibaut e Savigny sobre o papel dos Códigos.

²² Eugenio Llamas Pombo relata que, do ponto de vista político, a codificação é fruto da ascensão da burguesia ao âmbito de decisões políticas e do poder, e alcançou seu triunfo maior com a publicação do Code Civil francês de 1804. Essa influência francesa foi recebida também na Alemanha e na Espanha, onde não houve uma coincidência cronológica desse processo. Aproximava-se do constitucionalismo, na medida em que as Constituições representariam os códigos de direito político. LLAMAS POMBO, Eugenio. **Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil**. 2. ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 58-59.

²³ DÍAZ, op. cit., p. 19.

²⁴ ATIYAH, P. S.; SMITH, S. A. **Atiyah an introduction to the law of contract**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 9.

²⁵ Diz Gustav Radbruch que “para o liberalismo, o direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o direito público, pelo contrário, apenas uma leve moldura que deve servir de proteção ao primeiro e, particularmente, ao direito de propriedade.” (RADBRUCH, Gustav. **A filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p 253).

elevando o conteúdo do contrato estabelecido entre as partes para a posição central no direito das obrigações.²⁶ Entendia-se a autonomia contratual como sendo o âmbito de liberdade atribuída aos contratantes em definir os termos do negócio jurídico celebrado, encontrando limites apenas na ordem pública e nos bons costumes; observadas essas balizas, o contrato adquiriria natureza irrevogável, cabendo à ordem normativa sua tutela.²⁷

Com efeito, por ser a pessoa humana dotada de razão, seu agir e sua vontade seriam capazes de gerar obrigações legítimas, as quais deveriam ser reconhecidas e protegidas pelo direito. Sendo a vontade manifestada uma ação autônoma – dentro dos limites já referidos –, o conteúdo do contrato celebrado adquiria natureza jurídica estável, tornando obrigatórias as prestações estabelecidas, vedando qualquer modificação em seus termos pelo judiciário, independentemente das circunstâncias supervenientes; cabia ao juiz simplesmente um controle formal da existência da vontade isenta de vícios, sem jamais penetrar no conteúdo da avença.²⁸

Assim, Habermas percebe que havia, no Estado liberal, uma concepção de capacidade jurídica universal, no sentido de que se reconhecia a todos os sujeitos de direito a plena capacidade de exercer livremente suas vontades, uma vez que a posição jurídica da pessoa na sociedade não era mais definida pelo estamento ou pelo nascimento, desenvolvendo-se um

²⁶ Cf. ATIYAH; SMITH, 2006, p. 10. Por isso, Darcy Bessone narra que, nessa doutrina clássica (ou tradicional), o contrato era sempre visto como justo, pois foi querido pelas partes e resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Do Contrato: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31.

²⁷ Paulo Lôbo cita o caso *Lochner VS New York*, apreciado em 1905 pela Suprema Corte americana, onde se anulou uma lei estadual “que reduzia o horário de trabalho dos empregados em padarias a sessenta horas semanais e a dez horas diárias, argumentando que o direito geral de fazer um contrato, mediante o qual se compra e vende o trabalho, era parte da liberdade dos indivíduos reconhecida pela Constituição.” Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

²⁸ Para Joaquim de Souza Ribeiro, “a teoria clássica do contrato pode ser classificada como formal pela sua indiferença perante a questão da disponibilidade, por ambas as partes, de meios e condições para o exercício efectivo da liberdade contratual, assim como pela renúncia a qualquer critério objetivo de avaliação do acordo. Fora do seu horizonte estava a indagação da capacidade real de aproveitamento da 'potencialidade normativa' que a liberdade contratual representa. Objecto da sua atenção eram apenas as declarações de vontade, como elementos estruturais do contrato, e a regularidade do seu processo de formação e manifestação, pelo que acabava por subsumir-se na dogmática geral do negócio jurídico. Nesta perspectiva, a autodeterminação tinha-se automaticamente por assegurada com a ausência de proibições ou imposições legais e de coações ilegítimas.” RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100-101.

sistema de normas que assegurava o intercâmbio das pessoas privadas entre si, livres de encargos corporativistas e governamentais no exercício da liberdade contratual.²⁹

Além disso, é nesse período que a distinção entre direito público e direito privado foi acentuada e alcançou seu ápice, pois delimitava a ação e as atribuições do Estado direcionadas a garantir, mediante normas de direito privado, um espaço de livre atuação dos indivíduos na gestão de seus bens e interesses, especialmente no âmbito da atividade econômica do mercado, que seria gerida de forma natural e espontânea, razão pela qual o Código Civil, considerado autossuficiente e completo, desempenhava uma função central na gestão das relações particulares.

Deve-se atentar para o fato de que a burguesia, mesmo antes da consolidação do Estado liberal, já detinha o domínio econômico, e que a doutrina por ela exaltada era favorável ao seu crescimento. José Ortega y Gasset descreveu que a burguesia surgiu mais poderosa em número e potência que as classes sociais pré-existentes, já que “sabia organizar, disciplinar, dar continuidade e articulação ao esforço”.³⁰ Diz que, com a revolução, a burguesia se apossou do Poder Público e fez surgir um Estado poderoso que acabou com as Revoluções. “Desde 1848, quer dizer, desde que começou a segunda geração de governos burgueses não há na Europa verdadeiras revoluções. E não certamente porque não havia motivos para elas, mas porque não havia meios.”³¹ Assim, por revolução, a classe antes dominada passa a dominar, transformando sua doutrina em doutrina de todas as classes.

Para alguns autores³², o Código Civil francês de 1804 espelhava exatamente a visão de mundo liberal.³³ Examinando essa codificação, Marco Comporti³⁴ afirma que a mesma constituía uma legislação apropriada à burguesia, possuindo uma inspiração individualista e laica, de onde vieram essencialmente exaltados os valores da liberdade humana,

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 94/95.

³⁰ ORTEGA y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Tradução de Herrera Filho, Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959, p. 163.

³¹ ORTEGA y GASSET, op. cit., p. 165.

³² VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 74, n. 261, p. 27-35, 1978, p. 21; GOMES, Orlando. **Código civil**: projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 15); HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Moraes A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Águas e Empresarial**, São Paulo, ano 12, n. 45, p. 141-152, jul./set.1988. p. 141).

³³ Sobre a relação entre Napoleão Bonaparte e o *Code Civil*, cf., TENÓRIO, Oscar. Napoleão e o Código Civil. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 112, jan/mar. 1971, p. 78-90; ALTAVILA, Jayme de. **A origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Melhoramentos, 1964. p. 163-170.

³⁴ BESSONE, Mario. **Istituzioni di diritto privato**. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998. p. 32.

especialmente aquela referente à atuação econômica e negocial, da propriedade absoluta em sua plenitude, da autonomia privada no contrato, totalmente deixado à disposição do acordo entre as partes.

Com efeito, na Europa, durante o final do século XIX, inúmeras modificações atingiram a sociedade, especialmente o aumento de concentração de pessoas nas cidades e o rápido desenvolvimento industrial, tendo como consequência o surgimento de novos problemas e novas necessidades.³⁵

Luis Diez-Picazo³⁶ explica que o primeiro e mais destacado fator da sociedade massificada é a uniformidade de tratamento dos indivíduos, determinando uma aparente igualdade entre eles, a despersonalização das relações sociais (e aumento das relações jurídicas) e o anonimato do sujeito imerso na massa. Outro fator que merece consideração é o processo de urbanização e concentração da população nas grandes cidades, principalmente após a revolução industrial.

Assim, um novo tipo de sociedade reclama um Direito mais próximo a suas necessidades e a seus objetivos, porquanto a massificação social acarreta uma inidoneidade dos instrumentos jurídicos tradicionais. Porém, as alterações incidentes na sociedade não foram acompanhadas de modificações na ordem jurídica, seja no direito positivado, seja na interpretação de seus institutos, gerando uma incompatibilidade verdadeiramente insustentável. Disso resultam situações em que, visando conservar a ordem jurídica, interpretava-se uma legislação obsoleta na solução de conflitos anteriormente inimagináveis, exigindo do aplicador do direito um esforço hermenêutico que, no mais das vezes, é colossalmente superior a sua capacidade.³⁷ Além disso, propagava-se uma construção teórica fundamentada em circunstâncias que não existiam.

³⁵ Porém, relata Orlando Gomes que no Brasil, neste mesmo período, havia uma população estruturalmente agrária de sistema colonial, de modo que a vida econômica se reduzia ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados, e predominavam os interesses coincidentes dos fazendeiros (que produziam para o mercado internacional) e dos comerciantes (que importavam para o mercado interno), de modo que “não havia, em consequência, descontentamentos que suscitasse grandes agitações sociais.” Cf., GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25.

³⁶ DIEZ-PICAZO, Luiz **Derecho y masificación social**: tecnologia y derecho privado. 2. ed. Madrid: Civitas, 1987. p. 24.

³⁷ João Baptista Villela narra que, na França, em 1949, foi proposta por Maurice Bye e Bloch –Laine a criação de uma magistratura econômica e social para conhecer os problemas suscitados pela economia contratual. “Tal organismo teria as características de uma verdadeira instituição *au-dela du Droit* e, entre outras justificativas

Atinente à autonomia contratual, esta é utilizada como forma de exploração do economicamente forte em detrimento do indivíduo inferiorizado, gerando em Georges Ripert³⁸ a seguinte indagação: “Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto de um dos contratantes com o prejuízo do outro?”

Elucidando seu questionamento, Ripert³⁹ afirma que a liberdade contratual é reconhecida pelo ordenamento jurídico porque a troca de produtos e serviços lhe parece a mais justa e fácil forma de organização das relações sociais. Porém, “se, em certos casos, esta liberdade leva à exploração injusta dos fracos pelos fortes, é preciso quebrá-la.”

Assim, propagava-se na doutrina liberal a imagem do homem como sendo um ser ideal, imaginário, portador de uma liberdade plena no exercício de suas aptidões, o que tornaria possível alcançar seus desideratos. Ainda, valorizou-se o indivíduo como um ente isolado, estranho a qualquer sociedade. Porém, nas palavras de João Baptista Villela⁴⁰, esse sujeito somente existiu na mentalidade de seus criadores, sem jamais haver sido encontrado “andando pelas ruas, bebendo nas tabernas, trabalhando ou padecendo fome, miséria, doenças. Nem mesmo festejando e se comprazendo nas cortes, pois sua existência jamais logrou deixar o empíreo da idealidade.”

Já o postulado da igualdade em que se baseava fracassou por seu agigantamento; é certo que os homens, no aspecto biológico, são iguais. Não obstante, em suas características psicológica, física, moral e econômica inexiste igualdade, desmoronando assim o caráter absoluto sustentado pelo Estado liberal. Para Norberto Bobbio⁴¹, os homens, de fato, não nascem livres nem iguais, pois “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.”

para a sua implantação, dá-se a de que os tribunais comuns não estão preparados para lidar com o econômico e mesmo com o social em escala coletiva.” VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 74, n. 261, p. 34, 1978.

³⁸ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 54.

³⁹ Ibid., p. 116.

⁴⁰ VILLELA, op. cit., p. 28-29.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 29.

O liberalismo apoiava sua visão de mundo em hipóstases, incapazes de suportar o fardo da pungente realidade. Alcançado o poder pela burguesia, esta já não realiza uma proteção efetiva dos ideais vociferados, contentando-se com uma defesa fictícia, mediante uma cegueira intencional em relação à evidente realidade social fruto de suas pregações.

Por isso, Habermas constata que o resultado dessa atuação dos particulares impedia que a autonomia privada extraísse seu fundamento no exercício dos direitos da propriedade, uma vez que esta passou a ser utilizada como forma de exploração e de exercício de poder privado, de modo que a consolidação da autonomia privada “dependia de garantias estatutárias oferecidas pelo estado social”⁴². O que se assegurou, destarte, foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes, os quais, em seguida e como consequência inevitável, assumem também o comando político da sociedade. Em situações como essa, Joaquim de Souza Ribeiro afirma que a liberdade contratual traz para o plano da normatividade as posições de domínio e supremacia, “reproduzindo-as e reforçando-as como vinculações com eficácia jurídica.”⁴³

Aplicam-se aqui as palavras de Frederico de Castro y Bravo:⁴⁴ a história não se repete, e sim suas circunstâncias; como em outros tempos, o grupo social dominante utiliza os meios institucionais e seu poder econômico para legitimar e conservar sua autoridade.

1.6 O Estado social e a força normativa da Constituição: reflexos na teoria dos contratos

Diante do cenário acima narrado, surge aquilo chamado por Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁵ de “tendência estatocêntrica”, consistindo na máxima presença do Estado, e no mínimo de liberdade individual possível.

É que nesse estágio, o Estado não mais queda inerte, agindo como mero espectador, pois passa a interferir na atividade individual com a positivação das aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais que regulam a ordem econômica e social, ao

⁴² HABERMAS, Jurgén. O espaço público, 30 anos depois. Tradução de Vera Ligia C Westin. **Caderno de Filosofia e Ciências Humanas**, ano 7, n. 12, p. 15, abr. 1999.

⁴³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 101.

⁴⁴ CASTRO y BRAVO, Federico de **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. 2. ed. Madrid: Civitas. 1987. p. 78.

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no estado social**. Maceió: Edufal. 1983. p. 31.

contrário do que ocorria no Estado liberal, em que a Constituição apenas delimitava o poder político e estabelecia a organização estatal e os direitos e garantias individuais, outorgando ao mercado a regulamentação da ordem econômica. Por isso Elías Díaz esclarece que a qualificação “Social” faz referência à correção que se realiza no individualismo clássico por meio da afirmação dos chamados direitos sociais e da realização dos objetivos da justiça social.⁴⁶

Como diz Antonio Enrique Pérez Luño, o Estado social⁴⁷ teve uma origem híbrida, já que surgiu do compromisso entre tendências ideológicas antagônicas, em que, de um lado figuravam as conquistas políticas do socialismo democrático, mediante a superação do “agnosticismo axiológico”⁴⁸, impondo ao Estado a realização de fins materiais de reforma social e econômica justa, e, de outro lado, o pensamento liberal mais progressista que o concebe como um instrumento apto a adaptar o aparato político ao capitalismo maduro. Para tanto, prossegue Luño dizendo ser necessário que haja o reconhecimento do fim da completa separação entre Estado e sociedade, inferindo-se disso a exigência de que o Estado assumira a responsabilidade de transformação da ordem econômico-social, no sentido de uma realização material da ideia democrática de igualdade.⁴⁹

É oportuno destacar que o Estado social não se afasta totalmente da estrutura construída pelo período anterior, pois mantém a centralização do Poder estatal e a técnica legislativa de produção do direito. Ainda, alguns valores desenvolvidos no período anterior são mantidos, tais como a liberdade e a segurança jurídica, sendo todavia redefinidos, considerando uma dimensão econômica e social que não havia no período liberal.⁵⁰ Este, inegavelmente, contribuiu para uma limitação e controle dos poderes políticos estatais e para robustecer a garantia aos direitos individuais, especialmente pela consolidação do

⁴⁶ DIAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1992. p. 84.

⁴⁷ Elías Díaz esclarece que “el calificativo social quiere ahí hacer referencia, se dice, a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los chamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social.” Ibid., p. 84.

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 230.

⁴⁹ Ibid., p. 233.

⁵⁰ Pablo Lucas Verdú lembra que “os primeiros socialistas foram liberais decepcionados, escandalizados pelo fato de as exigências e conquistas liberais se reduzirem ao campo jurídico formal, às instituições e declarações de direitos – no âmbito constitucional -, que não se concretizavam no campo social e econômico.” (VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 150).

constitucionalismo e das codificações⁵¹; agora também limita e controla os poderes econômicos e sociais privados.

De fato, a evolução de alguns dados econômicos pode afetar o equilíbrio contratual e modificar as condições de sua execução em detrimento de uma das partes. Assim, nesta renovada Teoria contratual, o aspecto metajurídico interfere no âmbito normativo, exatamente para preservar os interesses da parte débil perante o poder privado. Por isso, analisar o contrato apenas pelo modelo do consenso significa olvidar que sofre a influência de elementos heterônomos, de modo que sua redução ao aspecto declaratório da vontade ignora as relações sociais que circundam o contrato, tornando relevante exclusivamente a análise da capacidade negocial das partes.

Na verdade, esse poder privado (*bargaining power*) é um fato social verificado com certa facilidade, na medida em que consiste na autoridade de um contratante determinar o conteúdo da decisão do outro, impondo sua vontade, o que compromete o próprio exercício da liberdade. Suas manifestações não podem ser consideradas como um fenômeno ocasional e isolado, já que comumente presente nas relações contratuais, alterando-se apenas seu grau de intensidade.⁵² Por isso, Boaventura de Souza Santos afirma que o que faz de uma relação social um exercício de poder “é o grau com que são desigualmente tratados os interesses das partes na relação ou, em termos mais simples, o grau com que A afecta B de uma maneira contrária aos interesses de B.”⁵³

No âmbito negocial, o Estado social promove a restrição da liberdade de ambas as partes, estabelecendo-se uma regulação heterônoma da relação contratual mediante normas cogentes orientadas pelos valores constitucionais que restringem, gradualmente, o âmbito de decisão dos particulares, a fim de que não sejam transportados para o âmbito normativo os efeitos da dominação derivada do exercício do poder privado, sob pena de nulidade. Esta, por sua vez, é a garantia de que o ato contratual que ultrapassar os limites estabelecidos ao

⁵¹ Diz Elías Díaz que mesmo diante de todas as insuficiências do liberalismo, foi ele uma conquista histórica, na medida em que insistiu no respeito à legalidade por parte de todos, inclusive do Estado, afirmando que a lei é reflexo da soberania popular e não uma decisão pessoal de um ditador ou de um monarca, além da relevância da luta pelos direitos e liberdades do homem. (DÍAZ, **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1992. p. 29).

⁵² Daniel Sarmento diz que segundo o 1996 Policy Studies Report, “das 100 maiores economias mundiais, só 49 são Estados Nacionais, enquanto as outras 51 constituem empresas privadas transnacionais.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35).

⁵³ SANTOS, Boaventura de Souza **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5ª Ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 269.

exercício da atividade contratual seja retirado do sistema jurídico, mantendo-se sua coerência interna.

Mas não é a existência do poder privado, por si só, que acarreta a nulidade, já que como diz Joaquim de Souza Ribeiro, as restrições de conteúdo são limites estabelecidos como garantia de proteção dos interesses da parte que se encontra impossibilitada de se defender por meio do exercício de sua liberdade contratual, ao passo em que “as cláusulas que se contiverem dentro desses limites são válidas, não obstante, em relação a elas, se verificar idêntico déficit de liberdade efectiva.”⁵⁴

Para Paulo Nalin⁵⁵, o Código Civil brasileiro não se preocupou em estabelecer a sanção pela inobservância da função social do contrato⁵⁶, legando ao juiz a missão de alinhar a consequência mais justa ao caso concreto. Entretanto, reconhece, numa visão mais ampla, e tendo em vista a origem constitucional do exercício da autonomia contratual e sua funcionalização social, a nulidade do negócio, ainda que tal consequência não esteja expressamente previsto no texto do Código Civil.

De fato, não há expressamente a previsão da consequência da verificação de que o contrato, ou parte dele, colide com sua função social. Porém, em seu art. 166, o Código Civil estabelece que é nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Porém, é importante atentar para o alerta de Pontes de Miranda, no sentido de que “as limitações à faculdade de se vincular negocialmente nem sempre compõem o ilícito”⁵⁷, já que, quando extrapoladas, não acarretam, necessariamente, a nulidade de todo o negócio jurídico, ou mesmo de sua parte, de modo que, quando se ultrapassam os limites estabelecidos ao exercício da autonomia da vontade (p.e., multa contratualmente fixada acima do montante

⁵⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 168.

⁵⁵ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: conceito pós moderno, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 82.

⁵⁶ O Código Civil, no parágrafo único do art. 2.035, estabelece que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” (BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument Acesso em: 22 set. 2011).

⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3, p. 52.

legislativamente fixado), deve-se desprezar o excesso, reduzindo-o até se enquadrar dentro da quantia permitida.

Dessa forma, a atividade estatal positiva não significa a criação normativa de uma liberdade material que seja, efetivamente, exercida pelo contratante que se encontra economicamente em posição inferior. Na verdade, como adverte Joaquim de Souza Ribeiro, a liberdade material não é suscetível de uma direta garantia positiva, pois “a intervenção não parifica posições de desigualdade, somente impede algumas das vantagens que a parte mais forte delas poderia oportunisticamente retirar.”⁵⁸

Assim, Joaquim de Souza Ribeiro percebe que as declarações de vontade são parte de uma complexa estrutura do contrato, que consiste em um todo orgânico e unitário composto também por elementos não consensuais e que atuam como fontes de vinculação, de modo que “o consenso das partes é pensado em conjunto com o 'ambiente' em que se manifesta, integrando, como factor constitutivo e modelador, um sistema de coordenação vinculativa de acções individuais aberto à comunicação com outros sistemas de enquadramento e de referência.”⁵⁹ Há, portanto, uma abertura no aspecto cognitivo e valorativo a fatores externos à relação jurídica singular que permite o atendimento das assimetrias existente entre os contraentes.

Por isso, a liberdade não mais pode ser considerada como o princípio supremo dos contratos, ganhando importância a situação social e econômica dos contratantes, reconhecendo que esses elementos comprometem o exercício de outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento. A principal característica existente na Teoria dos Contratos é a função social que lhe é atribuída, a qual, mesmo antes da expressa previsão pela legislação ordinária vigente, já era considerada decorrência da função social da propriedade. Por isso, o Estado social tem como característica a intervenção legislativa no âmbito do contrato, promovendo-se a constitucionalização da ordem econômica e social, que se encontram vinculadas à realização da justiça social. Isso significa o primado dos interesses sociais perante os interesses individuais, enxergando-se, no direito civil, também um caráter instrumental do Estado social para a concretização de seus postulados.

⁵⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 107.

⁵⁹Ibid., p. 15.

Além disso, nota-se a necessidade, cada vez maior, de se promover uma aproximação da análise do Direito com outras ciências sociais, já que, junto com a funcionalização dos institutos jurídicos e, neste caso, da atividade contratual, há a necessidade de se considerarem as alterações pretendidas e produzidas na realidade social, sem que se dispense o fechamento dogmático do sistema jurídico.

Como diz Francisco Amaral⁶⁰, há hoje uma releitura do individualismo desenvolvido no período liberal, uma vez que o texto constitucional reconhece a necessidade de acrescentar uma dimensão pública, geral e funcional, “no sentido de que, integrados na ordem econômica social, servem como instrumentos de desenvolvimento e de justiça social.”

Na verdade, essa mudança de concepção atingiu todo o Direito Civil, tanto que Calixto Valverde y Valverde⁶¹, já no início do século passado, reconhecia a pertinência das críticas de Enrico Cimbali quando atacava os códigos civis que se ocupavam somente do indivíduo com um critério atomístico e exclusivamente individual, ao passo em que propõe aos civilistas sua revisão, no sentido de adaptar sua matéria e seu conteúdo ao fenômeno privado social. Tais transformações foram inspiradas pelo princípio da solidariedade social e fizeram nascer, segundo San Tiago Dantas,⁶² a tese da “proteção social do mais fraco, destinada a corrigir as conseqüências desumanas do liberalismo jurídico.”

Em seu Projeto de Código Civil, Orlando Gomes⁶³ aduz que a evolução do pensamento jurídico caminhava solidamente para afirmar o primado do interesse coletivo. “Atribua-se ao Direito a missão de realizar a justiça social ou se assinale, como sua finalidade, o bem comum, o que se quer significar, em última análise, é que o interesse geral da coletividade deve estar acima dos interesses individuais.” Entretanto, alcançando a mesma conclusão de Groppali⁶⁴, Orlando Gomes salienta que esse resultado somente pode ser alcançado com uma confluência entre as duas tendências antagônicas; falharia o legislador em

⁶⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 364.

⁶¹ VALVERDE y VALVERDE, Calixto **Tratado de derecho civil español**: parte general, 3. ed., Valladolid: Talleres Tipográficos, 1925. t. 1, p. 27.

⁶² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 49, n. 139, p. 5-13, jan./fev. 1952. p. 8.

⁶³ GOMES, Orlando. **Código civil**: projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 11.

⁶⁴ Trata-se da concepção solidarística referida por Alexandre Groppali, em que se procurou evitar tratar o indivíduo como fim do Estado, para não repetir o individualismo, bem como evitar considerar o Estado como fim e os indivíduos como instrumentos, para não enveredar no trilho traçado pelo comunismo. Buscou-se valorizar o indivíduo e ao mesmo tempo fortalecer o Estado, associando-se na solidariedade da colaboração para um mesmo fim social superior, ver GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1962. p. 288.

sua missão se, “intencionalmente ou por inadvertência, acompanhasse a oscilação do pêndulo, fixando-se no estatismo a pretexto de combater o individualismo.”⁶⁵

Porém, conforme noticia Orlando Gomes, essa nova concepção não foi acolhida no Brasil já naquele momento, quando, durante o processo de elaboração do Código Civil de 1916, houve uma submissão consciente aos princípios vigentes no Estado liberal do séc. XIX, uma vez que os interesses predominantes exigiam uma legislação apropriada à expansão das forças produtivas do sistema colonial de exploração de riqueza, com a preocupação de “evitar qualquer obstáculo à livre iniciativa”. Para ele, “não foi, realmente, por desconhecimento das novas ideias, então já agitadas no mundo, que os legisladores do Código Civil se conservaram presos a uma orientação que estava sendo energicamente contestada”⁶⁶, tanto que o próprio autor do projeto da codificação nacional, Clóvis Bevilacqua, não ignorava que estava desencadeada uma reação contra o individualismo jurídico e, mesmo assim teria assumido uma posição contrária às inovações de fundo social que se infiltravam na legislação “dos povos mais adiantados.”⁶⁷

De forma semelhante, Gustav Radbruch afirma que o Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliche Gesetzbuch*) surgiu em um momento inoportuno, uma vez que já se anunciava a queda da concepção individualista da economia na doutrina, com o surgimento de um novo pensamento social-econômico de intervenção estatal reguladora em favor dos economicamente mais fracos, de modo que o diploma alemão, quando produzido, se transformou “em um código ‘burguês’, um código no espírito da época burguês-liberal, centrado em grande parte no fascínio da formação individualista do direito romano.”⁶⁸ Trazia ainda em seu bojo as concepções liberais de liberdade e igualdade formais, em que os sujeitos de direito agiriam sempre de forma livre, e as alterações necessárias para a adequação ao novo pensamento social somente ocorreram mediante leis paralelas, sem lhe penetrar o interior, e as definições de direito patrimonial conseguiram resistir, ao menos até antes da 2ª Guerra

⁶⁵ GOMES, Orlando. **Código civil**: projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 12.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 34.

⁶⁷ Id., 1985, p. 37.

⁶⁸ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 77.

Mundial, “às investidas do pensamento jurídico-social, obrigando-o a acampar fora de seus muros.”⁶⁹

Ademais, já no século XX, relata Bruce Ackerman⁷⁰ que os princípios jurídicos fundamentais do *Common Law* da década de 20 ainda estavam permeados da filosofia do *laissez faire* e que serviriam como baluartes contra as forças da mudança que ameaçavam os interesses econômicos dos membros dominantes da prática jurídica. É que com a confiança de que a ideia do *laissez faire* produzia o maior bem para o maior número de pessoas, buscaram-se facilitar as transações voluntárias de indivíduos livres dentro de um marco legal que obstacularizava, na menor medida possível, a iniciativa privada. Tal entendimento dominava o pensamento jurídico americano daquele período, tanto que a corte constitucional tornou sem efeito algumas legislações que procuravam inaugurar o Estado de bem estar social. Além disso, havia a ideia de que uma adequada decisão judicial não deveria estar baseada nas particularidades de um caso concreto, mas sim amparada na legislação substantiva, solidamente enraizada na tradição jurídica do *laissez faire*.

Por sua vez, outros sistemas jurídicos incorporaram tais postulados em suas legislações, principalmente em nível Constitucional. Exemplos marcantes dessa tendência do Estado social – além de representarem os marcos iniciais – podem ser encontrados na Constituição Mexicana de 1917, bem como na Constituição do *Reich* alemão (precedida pela Lei de Socialização, de 23 de março de 1919) – também chamada de Constituição de Weimar, já que aprovada naquela cidade em 11 de agosto de 1919⁷¹, as quais positivaram os chamados direitos de segunda geração.

Em Portugal, diz Luiz Sanches Agesta⁷² que a Constituição de 1933 surge claramente definida como uma reação ao individualismo democrático liberal e à revolução marxista. A ordem social da Carta Política portuguesa estabelecia a regulamentação do regime de liberdades públicas que ultrapassa a concepção individualista liberal, partindo de uma ideia de

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 80.

⁷⁰ ACKERMAN, Bruce **La política del diálogo liberal**. Tradução de Gabriela L. Alonso, Barcelona: Gedisa, 1999. p. 219-220.

⁷¹ Para Jorge Miranda, “a Constituição de Weimar é sobretudo a primeira das grandes Constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social, em contraste com a aparente neutralidade das Constituições liberais do século passado.” (MIRANDA, Jorge **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Limitada. 1990. t. 1, p. 208).

⁷² SANCHES AGESTA, Luiz. **Curso de derecho constitucional comparado**. Madrid: Nacional, 1965. p. 401.

pessoa, proporcionada em uma ideia geral de bem comum. Preservaram-se os direitos individuais já consagrados, sendo que estes figuraram em estreita conexão perante os direitos da sociedade, visando sempre ao desenvolvimento da pessoa humana e à realização do bem comum.

No entanto, Jorge Miranda assevera que o aspecto mais original existente na Constituição portuguesa de 1933 foi o “corporativismo”, que consistiu em uma “ordem econômica e social que repousa na solidariedade (ou na solidariedade a todo custo) dos interesses das classes sociais e em nome da qual se proíbem a greve e o *lock-out* (art. 39), se afirma a função social da propriedade, do capital e do trabalho (art. 35).”⁷³

Menciona ainda Agesta⁷⁴ que a Constituição francesa de 1946 apresenta como novidade mais relevante o seu caráter social, restando fixado o intervencionismo social e econômico muito próximo à planificação.

Na Constituição italiana de 1947, segundo também noticia Luiz Agesta⁷⁵, foram proclamados os direitos invioláveis do homem, não só como ser individual, mas também com ser social, pois foram garantidos os direitos de grupos sociais nos quais o homem desenvolve sua personalidade e, ao mesmo tempo, os direitos inescusáveis de solidariedade, tanto política como econômica e social. Nesse diploma jurídico, a liberdade e a igualdade recebem uma consideração bastante afastada da interpretação liberal, cabendo ao Estado eliminar todo obstáculo que impeça a autêntica liberdade e igualdade.

Para Pietro Barcellona⁷⁶, a Constituição Republicana da Itália estabeleceu uma intervenção diferente da fascista, que era focada nas necessidades da produção nacional. Com a nova Constituição, a intervenção assume o caráter de planejamento do desenvolvimento, de modo a concretizar os objetivos sociais por meio do fornecimento de diretrizes e programas estabelecidos pelo Estado.

No Brasil, foi em 1934 que essa tendência alcançou *status* constitucional, restando dedicado um título à Ordem Econômica e Social; para Luiz Roberto Barroso⁷⁷, era a

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Limitada. 1990. t. 1, p. 299.

⁷⁴ SANCHES AGESTA, Luiz. **Curso de derecho constitucional comparado**. Madrid: Nacional, 1965. p. 270.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 334.

⁷⁶ BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996. p. 131.

⁷⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20.

delineação de uma democracia social. Todavia, as inovações foram apenas normativas, não provocando as alterações fácticas prometidas, em razão de falha na transição do liberalismo até então vigente para as propostas sociais trazidas na Constituição de 1934, conforme reconheceu Getúlio Vargas em seu discurso de 10 de novembro de 1937⁷⁸, marco da mudança da ordem constitucional, quando afirmou que “a organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, evidenciara falhas lamentáveis, sob esse e outros aspectos. A Constituição estava, evidentemente, antedatada em relação ao espírito do tempo.”

Durante o Estado Novo (1937), apesar do totalitarismo – que acarretou uma involução da democracia -, podem-se citar os avanços dos direitos trabalhistas como elementos de um Estado social, além dos 21 artigos (art. 135 até 155) que tratavam da ordem econômica na Constituição.

Já a Constituição de 1946 teria surgido, na óptica de Luiz Roberto Barroso, de um decalque da Carta Política de 1934, contendo “ampla e moderna enunciação dos direitos e garantias individuais, bem como de regras atinentes à educação e à cultura, e, muito especialmente, dos princípios que deviam reger a ordem econômica e social”⁷⁹. Entretanto, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁸⁰ explicam que havia ainda uma distância entre os mandamentos constitucionais e a realidade vivida pela população, caracterizada principalmente pelo populismo de Vargas.

Além disso, Pontes de Miranda diz que naquele período, o liberalismo brasileiro não teria alcançado os setores econômicos, estando restrito aos “oradores e escritores que pouco mais faziam do que traduzir livros e discursos de políticos ou juristas da Inglaterra e dos Estados Unidos da América”⁸¹, além de que o juízes seriam educados “no mais intransigente liberalismo manchesteriano ou indisfarçavelmente ditoriais.”⁸²

⁷⁸ PENNA, Lincoln de Abreu (Org.). **Manifestos políticos do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: E-Pappers, 2008. p. 153.

⁷⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197.

⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cohen Editor, 1947. v. 1, p. 13.

⁸² Ibid., p. 14.

Em seguida, na Constituição de 1967, constava também um Título ao tratamento da ordem econômica e social (art. 157 até art. 166), em que restou positivado o princípio da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho como condição de dignidade humana, os quais persistem ainda hoje. Além disso, não obstante a Emenda n.º 1 de 17 de outubro de 1969, que alterou substancialmente o conteúdo da Constituição, a força do Estado social não foi diminuída.

Hodiernamente, a Constituição de 1988 significa a busca pela reconquista de uma democracia concreta, conservando em si toda a evolução do Estado social e estabelecendo mecanismos para a efetiva realização dos princípios que o compõem, inclusive com uma significativa regulamentação e controle dos poderes privados, incidindo diretamente nas relações entre particulares e regulando esferas da vida privada que antes eram reservadas exclusivamente para a regulação pelos indivíduos.

Elevaram-se ao texto constitucional alguns dos institutos fundamentais do direito civil, afastando-se a suposta incompatibilidade entre eles, onde postulados constitucionais preponderaram sobre qualquer outro instituto jurídico. É que alguns aspectos de determinados interesses contidos em negócios jurídicos deixam de ser exclusivamente individuais, o que justifica a tutela estatal pela sua preservação, na medida em que o titular do interesse deixa de ter parte da disponibilidade sobre ele.

No estado liberal, era clara a distinção entre a sociedade civil, regulada pelo direito privado e formada por indivíduos abstratamente classificados na categoria de sujeitos de direito, e o Estado, regulado pela Constituição, mantendo-se, salvo a relação formal de hierarquia das leis, uma incomunicabilidade entre tais esferas. Porém, as características do Estado social constitucionalmente estabelecidas implicam na necessidade de se adotar uma concepção de que a Constituição deve ser aplicada a toda a comunidade, como estatuto normativo que penetra em todas as esferas da vida social e estabelece os vetores axiológicos a serem seguidos, inclusive nas relações privadas.

Há uma abertura recíproca entre o direito público e o direito privado⁸³, na medida em que as normas que regulam as relações particulares são construídas mediante uma filtragem

⁸³ Gustav Radbruch afirma que “dentro de uma ordem jurídica social o direito público e o privado não se acham, portanto, ao lado um do outro, separados por uma fronteira rigorosa. Pelo contrário, tendem a confundir-se e a

constitucional, ao passo em que os direitos e garantias assegurados pela Constituição deixam de ser direcionados apenas nas relações com o Estado, incidindo também entre particulares.

Isso não significa o fim da dicotomia entre direito público e direito privado, a qual persiste mantendo uma relevância prática na identificação da natureza jurídica das normas, especialmente porque a cogência de uma norma ou o maior grau de intervenção estatal não tornam pública uma relação contratual entre particulares. Na verdade, promove-se uma aproximação entre o direito público e o direito privado, especialmente nas normas sobre os contratos, uma vez que não mais se concebe a existência de interesses exclusivamente individuais/privados divorciados do aspecto social/coletivo⁸⁴. Assim, diz Joaquim de Souza Ribeiro que entre esses dois âmbitos normativos há uma conexão que não é apenas em termos de abertura cognitiva, mas também de convergência valorativa, havendo um quadro teleológico unitário que aponta para uma regulação do mercado por meio de normas do direito privado, especialmente do direito dos contratos, criando condições para uma convergência com o direito econômico.⁸⁵

Assim, a importância do direito privado não acarreta sua autonomia perante a Constituição, que, além de disciplinar as relações econômicas e privadas, mantém a coerência axiológica e normativa de todo o sistema jurídico, inclusive na definição dos conteúdos das normas que regulam as relações entre particulares. Não se concebe mais a Constituição simplesmente como uma norma procedimental, desprovida de robustez suficiente para, quando ausente a legislação ordinária, atingir as relações jurídicas existentes. Atuando o intérprete sob a luz da Constituição, os valores nela contidos e irradiados não de ser refletidos quando da atribuição de significado aos enunciados normativos, já que é precisamente neste instante que se realiza o sistema jurídico.

É esse o desafio que aflige o jurista da atualidade: reexaminar o direito positivo de forma a considerar os efeitos produzidos pelas normas constitucionais e transportá-lo às demais espécies normativas, destruindo qualquer estorvo que impeça o íntimo contato entre

invadir-se reciprocamente.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 256).

⁸⁴ Para Habermas, “na sociedade industrial organizada como Estado-social multiplicam-se relações e relacionamentos que não podem ser suficientemente bem ordenados em institutos quer do Direito Privado, quer do Direito Público; obrigam, antes, a introduzir normas do assim chamado Direito Social.” (HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 177.

⁸⁵ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos**: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 57-58.

eles. Qualquer que seja a natureza normativa do vínculo jurídico, sofrerá a incidência daquilo determinado pela Lei Maior, procedendo-se à análise dessa própria relação por meio de uma interpretação amparada e fundamentada nos traços delimitadores contidos na Constituição⁸⁶.

Especificamente ao civilista, Pietro Perlingieri⁸⁷ percebe caber-lhe vasto e sugestivo programa de investigação do ordenamento, de modo a definir um direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e com as necessidades existenciais da pessoa, redefinindo o próprio fundamento, a função e a extensão dos institutos jurídicos dentro de um renovado juízo de valor.

Nos dizeres de Canotilho e Vital Moreira⁸⁸, a força normativa da Constituição alcança searas antes reputadas inatingíveis, inclusive onde a Constituição não penetrava ou em ambientes em que “costumava ser olhada apenas como ‘mensagem’ ou ‘utopia’ reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais.”

Inclui-se aqui o âmbito do direito privado, que recebe uma influência crescente exercida pelas normas constitucionais, seja na incidência direta nas relações contratuais, seja como elemento conformador das normas infraconstitucionais. Essa nova perspectiva de exame atinge não só as relações com o Estado, mas também as relações jurídicas privadas, onde os direitos constitucionais asseguram o dever de respeito pelo Estado e por todos os demais sujeitos de direito, especialmente em razão das situações de poder privado. Por isso, o Estado deixa de ser considerado, como era no período liberal, um inimigo dos direitos individuais e passa a ser um garantidor dos mesmos. É, como diz Joaquim de Souza Ribeiro⁸⁹, a dialética entre a função defensiva contra os poderes públicos no livre exercício das preferências pessoais e a função de salvaguarda dos direitos e de contenção dos abusos derivados do poder privado. Para ele, o rosto moderno do direito civil tem duas faces, “um direito civil que abre à pessoa, como condição da sua plena realização, amplos espaços de

⁸⁶ Torquato de Castro Júnior critica a afirmação de que a Constituição passou a ocupar o centro do ordenamento, já que este não possui centro. Assim, mesmo reconhecendo a importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento do direito privado, afirma que ela teria fins e funções político-retóricas diversas daquelas do Código Civil. Por isso diz que “são duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições.” (CASTRO JÚNIOR, Torquato de. *Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código Civil versus Constituição?*, In: SILVA, Artur Stanford da (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2001. p. 66.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 591.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.

⁸⁹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos: estudos**, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 33.

livre agir negocial, mas simultaneamente se deve mostrar atento à sua defesa contra todos os riscos que o viver social engendra.”⁹⁰

A influência constitucional na interpretação das normas ordinárias pretende, definitivamente, atribuir efetividade aos valores abraçados pela Carta Política, frutos de uma evolução histórico-social que não pode ser desprezada na aplicação da norma geral ao caso concreto. Por isso, metodologicamente, o fundamento de validade das relações civis particulares se afasta do próprio código civil e de sua parte geral, tal como estabelecido pelo sistema de codificação, passando a Constituição a figurar como primeiro elemento a ser considerado no percurso hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete, de modo a permitir o reconhecimento da eficácia, entre os particulares, de garantias asseguradas pelo texto constitucional.

⁹⁰ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos**: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 33.

2 AS CRÍTICAS AO ESTADO SOCIAL E A PRETENSÃO DE SUA SUPERAÇÃO

A crise econômica da década de 70, pondo fim a um longo período de crescimento econômico, expõe o distanciamento entre a política econômica e a política social. O aumento das atividades de políticas sociais provocam um déficit financeiro no Estado e a redução do crescimento econômico das empresas, que reduzem a aplicação do capital acumulado na atividade produtiva e comprometem todo o ciclo da atividade econômica, com reflexos na sociedade, principalmente na classe trabalhadora.

Atiyah e Smith⁹¹ descreve que na Inglaterra, durante a década de 80, houve o surgimento de um grupo influente de advogados economistas que, focados na relação entre as leis e seus efeitos econômicos, argumentam que os problemas associados aos mercados econômicos eram resultado da pouca, e não de muita liberdade contratual, em razão das práticas anti-competitivas existentes na economia britânica durante a primeira metade do século XX.

Naquele período de crise, desenvolveram-se críticas à postura do Estado social, especialmente pela forma de intervenção estatal nas relações particulares contratuais e seus reflexos econômicos, que comprometeriam o funcionamento do mercado. Além disso, verificou-se que o Estado social não foi capaz de atender às demandas sociais crescentes (relativas à concretização de políticas públicas), de modo que sua inadimplência implicaria a necessidade de sua superação e a inauguração de uma nova postura estatal.

2.1 A proposta neoliberal de Frederick Von Hayek

Analisando o movimento liberal do século XIX, Hayek⁹² reconhece que aquilo era apenas o começo do movimento, o que exigiria reparos em sua evolução, na medida em que o progresso dependia, cada vez mais, de uma maior compreensão das forças sociais e das

⁹¹ ATIYAH, P. S ; SMITH, Stephen A. **Atiyah's introduction to the law of contract**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 16.

⁹² Para Perry Anderson, o neoliberalismo nasce após a II Guerra Mundial, sendo uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista, e a obra *O Caminho da Servidão*, de Hayek, é seu texto de origem, que seria “um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.” (ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Paulo (Org.). **Pós-neoliberalismo: políticas sociais e o estado democrático**. Tradução de Emir Sader e Luis Fernandes. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 9).

condições que permitissem seu melhor funcionamento⁹³. Afirma que “talvez nada tenha sido mais prejudicial à causa liberal do que a obstinada insistência de alguns liberais em certas regras primitivas, sobretudo o princípio do *laissez-faire*”⁹⁴, especialmente quando tal postulado era utilizado com a finalidade antissocial. Por isso, a evolução do próprio movimento liberal exigia uma reflexão social, ou seja, a elaboração de seus princípios básicos devia ser realizada mediante um conhecimento das forças sociais.

Por outro lado, reconhece a necessidade da intervenção estatal como forma de garantir a livre concorrência, ainda que a produção legislativa possa apresentar falhas. Porém, essa legislação deve ser precisa, de modo a definir a extensão dos direitos, especialmente o direito de propriedade e da liberdade de contrato.⁹⁵ Para ele, a essência do liberalismo seria a negação do privilégio, entendido como a situação onde o Estado concede determinados direitos a um grupo, negando-os a outros que se encontram na mesma condição.⁹⁶

Hayek destaca que sua crítica se dirige ao totalitarismo dos Estados socialistas, opondo-se ao planejamento que pretende substituir a concorrência.⁹⁷ Além disso, diz que, no Estado de Direito, somente uma legislação previamente estabelecida pode restringir, até certo ponto, a liberdade individual, como forma de impedir que haja uma ação arbitrária do Estado⁹⁸.

É que, no Estado de Direito, as normas teriam conteúdo formal e aplicação por períodos longos, a fim de que não houvesse a possibilidade de beneficiar certas pessoas em detrimento de outras⁹⁹, ao passo que o declínio do Estado de Direito se inicia com a introdução de fórmulas vagas na legislação e na jurisdição, acrescentando-se à arbitrariedade e imprecisão do Direito e da judicatura.

⁹³ Para Bruce Ackerman, o liberalismo moderno tem algo melhor para oferecer do que uma imitação da versão do capitalismo do século XIX, propondo garantir um lugar muito mais sólido tanto para o Estado como para a vida política democrática em uma sociedade liberal. (ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Tradução de Gabriela L. Alonso. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 157.

⁹⁴ HAYEK, Frederick. **O Caminho da servidão**. 5. ed. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 41.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 62.

⁹⁸ Na edição inglesa (The road to serfdom: text and documents, the definitiv edition, Hayek, edited by Bruce Caldwell, 2007, p. 112) é utilizada a expressão “government”. (

⁹⁹ Para Hayek, “cada vez que se confere segurança completa a um grupo, aumenta a insegurança dos demais” ver Hayek, (1990, p. 129).

Já no planejamento econômico coletivista, haveria normas substanciais, o que permitiria o exercício do arbítrio, já que as regras não seriam aplicáveis a todos, pois “dependem inevitavelmente das circunstâncias ocasionais”.¹⁰⁰ Por isso, Hayek propôs que a atuação do Estado fosse limitada a estabelecer normas aplicáveis a situações gerais¹⁰¹, permitindo que houvesse condições de prever as ações do Estado que poderiam afetar esses planos, que seriam definidos por normas estabelecidas independentemente de circunstâncias concretas que não pudessem ser previstas nem levadas em conta previamente.¹⁰²

2.2 O modelo sistêmico proposto por Luciano Benetti Timm

Diante da atual complexidade da realidade social, Timm propõe um modelo sistêmico (ou complexo) de contrato, que seria uma releitura da Constituição e da legislação já vigente, de modo a permitir “uma adaptação do Direito contratual à indeterminação dos novos tempos”¹⁰³. Invocando a teoria dos sistemas de Luhmann e Teubner, diz que esse modelo sistêmico mantém a integridade do sistema jurídico, mas também respeita a autopoiese dos demais subsistemas sociais, especialmente a racionalidade econômica. Assim, cada subsistema teria sua própria linguagem e racionalidade, cabendo ao direito aceitá-las, “sem que cada subsistema possa dominar os demais - o que vale, certamente, para o direito contratual.”¹⁰⁴

Com isso, não haveria uma renúncia à racionalidade econômica, social ou política, de modo que cada uma delas teria seu campo e sua normatividade, que se entrelaçam e, por vezes, contradizem-se, dado o seu acoplamento estrutural. O contrato passa a ser a “interface entre todos os subsistemas sociais, a ele convergindo diversos planos de regulação, a saber, o

¹⁰⁰ HAYEK, Frederick. . **O Caminho da servidão**. 5. ed. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 87.

¹⁰¹ Hayek entende que para que se realize o Estado de Direito, é mais importante que as normas sejam aplicadas sem exceção, o que se torna mais relevante que seu próprio conteúdo. Diz que “muitas vezes, o conteúdo da norma tem na verdade pouca importância, contanto que ela seja universalmente aplicada. Voltemos a um exemplo anterior: não faz diferença se todos os automóveis circulam pelo lado direito ou pelo lado esquerdo das ruas, contanto que todos o façam do mesmo lado. O importante é que a norma nos permita prever com exatidão o comportamento dos outros indivíduos, e isto exige que ela se aplique a todos os casos – mesmo que numa circunstância particular seja considerada injusta.” HAYEK, op. cit., p. 91.

¹⁰² HAYEK, op. cit., p. 88.

¹⁰³ TIMM, Luciano Bennetti. **O novo direito contratual brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 151.

interacional (liberdade contratual e expectativas mútuas), o institucional (mercado) e o social (a Política, a Economia, o Direito etc).”¹⁰⁵

Afastando-se da proposta da Análise Econômica do Direito de Posner¹⁰⁶, afirma, entretanto, que o modelo de intervenção estatal está ultrapassado, além de que há interesses coletivos que são dignos de tutela nas relações contratuais, sendo que a coletividade é identificada como a estrutura do mercado que está por trás do contrato celebrado. Ilustrando, menciona que, em um contrato de financiamento habitacional, a totalidade é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), que dependem do cumprimento do contrato por todos para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos financiamentos. Assim, “se houver a quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade (que ficará sem recursos e acabará pagando um juro maior).”¹⁰⁷ Por isso, diz que “não há como pensar no todo social, em uma relação contratual, sem descurar do ambiente em que ele é celebrado – que é indubitavelmente o mercado.”¹⁰⁸

Apesar disso, mesmo sem negar o modelo do Estado social, Timm propõe seu aperfeiçoamento mediante o equilíbrio entre a racionalidade econômica e a complexidade atual do sistema, em que a autonomia da ordem jurídica é flexibilizada pela hipercomplexidade social contemporânea.¹⁰⁹

2.3 A análise econômica do Direito proposta por Richard Posner

Nas décadas de 60 e 70, em Chicago nos Estados Unidos da América, alguns teóricos do direito intimamente ligados à economia desenvolveram as ideias de Jeremy Bentham, David Hume e Adam Smith relacionadas à função econômica do direito.

Para muitos¹¹⁰, o ensaio de Ronald H. Coase intitulado “O problema do custo social”, de 1960, representa o início da escola da análise econômica do direito, pois apresenta seus principais fundamentos. Ronald H. Coase analisa situações e, entre elas, a de um criador de gado e um agricultor. Este tem parte de sua plantação destruída em razão do aumento no

¹⁰⁵ TIMM, Luciano Bennetti. **O novo direito contratual brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 151.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 164.

¹⁰⁷ *Id.*, 2008. p. 73.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 73.

¹⁰⁹ *Id.*, 2004, p. 164.

¹¹⁰ Cite-se SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

número de animais daquele, e enxerga em tal cenário que o prejuízo é recíproco, pois que evitar os danos ao agricultor acarreta prejuízo para o criador de animais.

Com isso, Coase observa que, independentemente do tratamento legal sobre a responsabilidade pelos prejuízos, é possível identificar uma solução que acarrete o menor custo social. No caso acima descrito, se o criador de gado lucrasse mais (por possuir mais gado) do que o prejuízo causado ao agricultor, ambos poderiam firmar um acordo em que o criador pagaria pelo prejuízo causado na lavoura do agricultor, e ambos teriam uma melhora de situação, independentemente da atuação estatal, a qual seria apenas prévia para estabelecer claramente os direitos de propriedade.

Seguindo este estudo interdisciplinar entre direito e economia, Richard A. Posner, magistrado e professor na Universidade de Chicago, publicou, em 1973, a obra *Economics Analysis of Law*, na qual estruturou essa forma de análise do direito. Porém, como geralmente ocorre com as teorias que pretendem romper com os paradigmas, a análise econômica do direito passou a conter, em seu interior, ramificações de seus postulados teóricos que pretendem suprir as falhas encontradas durante seu desenvolvimento, além de que o próprio Posner, dentro de sua extensa produção bibliográfica, apresenta mudanças de entendimentos, de modo que seu estudo, por completo, requer espaço indisponível neste trabalho.

Propondo apresentar uma forma de analisar o direito de modo objetivo e seguro, a teoria da análise econômica do direito proposta por Posner buscou trazer critérios para a aplicação das normas, atribuindo ao direito a função de tornar eficiente os postulados econômicos.¹¹¹

Posner reconhece a autoridade dos textos legais, mas constata que há situações em que se fixam apenas balizamentos de caráter legal, permitindo que, nestes espaços, haja a introdução da análise econômica que propõe para a realização da função do direito, inclusive nos sistemas jurídicos que seguem o modelo do *Civil Law*.¹¹²

¹¹¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 419.

¹¹² POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. xvi. Em outro momento, após tratar das formas de interpretação e concluir que não há técnicas para produzir interpretações objetivas de textos difíceis, Posner afirma: “Poderíamos traduzir as questões interpretativas em forma de questões sobre consequências. (...) Talvez o melhor a fazer quando se invoca uma lei seja examinar as consequências de dar a quem invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais. Essa abordagem, que é pragmática, não justifica que se ignore o texto, e muito menos leva necessariamente a tal atitude. O texto não é apenas uma fonte de informações sobre as consequências das interpretações

Há, portanto, uma preocupação com as consequências da decisão judicial, ou seja, com os efeitos práticos da aplicação do direito na realização de sua função¹¹³, definida em uma interação com a economia, que implica a interpretação da norma com os pressupostos da teoria econômica, alterando o próprio modelo de racionalidade do direito.

A análise econômica do direito apresenta como um de seus fundamentos o conceito de maximização da riqueza que, para Posner, significa orientar a decisão judicial por uma análise de custo-benefício.¹¹⁴ E prossegue afirmando que “a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente”.¹¹⁵

Ainda, adota-se o pressuposto de que os agentes econômicos atuam de forma racional, de modo a permitir que se encontre a opção que realize a maximização da riqueza, ou seja, extraia a maior satisfação possível de uma determinada situação.

‘alternativas’”. (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 401-402).

¹¹³ Para Posner, a ênfase na funcionalidade do direito aproxima o movimento de Direito e Economia mais a Holmes do que ao realismo jurídico, já que aquele não seria um movimento de esquerda ou mesmo hostil à doutrina jurídica ou à lógica. A semelhança existiria em razão de afirmarem que as regras jurídicas possuem explicações sociais e funcionais, e não apenas uma lógica interna. (POSNER, op. cit., p. 590).

¹¹⁴ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. xiii.

¹¹⁵ Ibid., p.xiv.

3 PERMANECEMOS NO ESTADO SOCIAL - RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS

3.1 A insuficiência da proposta de Posner

Inúmeras foram as críticas dirigidas à análise econômica do direito, especialmente no tocante à maximização da riqueza como fundamento da ordem jurídica. Em artigo escrito com a finalidade de atacar essa nova metodologia jurídica, Ronald Dworkin¹¹⁶ rejeita a riqueza social como um valor e afirma que a análise econômica do direito não aponta fundamentos para justificá-la como um objetivo digno da ordem jurídica. Para ele, se a análise econômica do direito pretende que as ações judiciais sejam decididas “de modo a aumentar a riqueza social, definida do modo descrito, deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa última razão, é melhor ou está em situação melhor que uma sociedade com menos riqueza.”

Em seguida, aduz que, quando a utilidade é separada da riqueza social, esta “perde toda a plausibilidade como componente do valor”¹¹⁷, tal como no caso em que por um ato de um tirano, promove-se a transferência de propriedade de um livro que, apesar de engendrar um aumento de riqueza, tem sua utilidade reduzida.

De fato, há direitos individuais que possuem um valor próprio, não sendo possível sua subordinação como forma de maximização da riqueza da sociedade, o que impede que se converta a maximização da riqueza em uma teoria da justiça.

Na verdade, em um primeiro momento, Posner reconhecia que o pragmatismo por ele preconizado não possuía limites morais, o que retira a aptidão de se tornar um guia de comportamento. Porém, afirmou que “o pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial é só isso – um sonho.”¹¹⁸

Todavia, após as críticas direcionadas à questão de saber se a maximização da riqueza deveria guiar as diretrizes políticas do direito e as ações sociais, Posner reconhece que algumas não são passíveis de resposta. Uma delas versa sobre a análise da distribuição inicial dos direitos, tema este que a maximização das riquezas tem como pressuposto e não adentra na investigação.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 359.

¹¹⁷ Ibid., 364.

¹¹⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 43.

Para ele, uma vez que a ciência econômica não tem resposta para a questão de saber se a atual distribuição de renda e riqueza é boa ou ruim, certa ou errada (embora possa sugerir muitas coisas sobre os custos envolvidos de uma mudança na distribuição, e novamente em consequências que surgiriam na distribuição por diferentes políticas), não pode responder à pergunta final se uma afetação eficiente dos recursos é boa e justa, social ou moralmente desejável. O economista não pode mesmo dizer se - como tendo apenas a atual distribuição de renda e riqueza - a satisfação do consumidor deve ser o valor vigente em nossa sociedade. A competência do economista na discussão dos sistemas jurídicos é, portanto, muito limitada. Ele pode provar o efeito das regras legais e as mudanças no valor e eficiência em seu sentido técnico, e ainda os efeitos sobre a atual distribuição de renda e riqueza. Mas o economista não pode prescrever uma mudança social.¹¹⁹

Assim, Posner passa a admitir que “se a maximização da riqueza for indiferente à distribuição inicial de direitos, será mutilada enquanto conceito de justiça.”¹²⁰ Com isso, a análise econômica do direito passa a apresentar uma nova roupagem, já que condiciona suas conclusões à noção de razoabilidade perante os mandamentos constitucionais.

Por isso, a análise econômica do direito não apresenta os elementos necessários para se tornar um guia da conduta social e da aplicação do direito, já que buscou institucionalizar os princípios econômicos em detrimento dos princípios jurídicos mediante o postulado da maximização da riqueza. Não se pode estabelecer que o respeito às leis está submetido a uma aferição matemática de vantagem para qualquer das partes, pois a observância ao direito positivo e aos negócios jurídicos deve ser fundamentada no consenso que legitima sua produção e que gera um sentimento de obrigação que está situado acima de meros cálculos individualistas de custos e benefícios. As decisões jurídicas apresentam fundamentação na legitimação política necessária para a produção legislativa, ao passo que a análise econômica é alheia aos parâmetros valorativos próprios do ordenamento jurídico, de modo que a realização da eficiência é insuficiente para suportar a complexidade da ordem normativa.

Afasta-se, portanto, a pretensão de tornar a análise econômica do direito em uma teoria da justiça, atribuindo-lhe a função de apontar instrumentos eficientes para que a finalidade da norma seja alcançada, já que a economia indica instrumentos e caminhos a

¹¹⁹ POSNER, Richard A. *L'economia e il giurista*, In: ALPA, Guido. et. al. **Analisi economica del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998. p. 51.

¹²⁰ Id., 2007, p. 504.

serem seguidos na elaboração normativa e permite prever consequências das regras jurídicas, a fim de assegurar formas eficientes de se alcançarem as finalidades do direito. Na verdade, a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às mudanças na lei, superando o modelo intuitivo, tal como a ciência supera o senso comum.¹²¹

Assim, a relevância dessa teoria reside no estudo de incentivos a serem positivados como forma de se alcançar a máxima eficiência dos comandos legais em todos os ramos do Direito, pondo em destaque o aspecto consequencialista da dinâmica jurídica para que concretize sua função. Esta, por sua vez, não se confunde com elementos econômicos, mas sim com o produto da evolução histórica dos povos contido nos textos constitucionais. Na verdade, como diz Marcelo Neves, é a Constituição que realiza o acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o sistema jurídico, no sentido de que a autonomia operacional desses sistemas exige que a influência recíproca ocorra pelo texto constitucional, que atua como limite sistêmico interno de abertura cognitiva sem comprometer a autodeterminação do direito, pois “a positividade como o fato de o sistema jurídico autodeterminar-se implica a exclusão de qualquer supradeterminação direta (não-mediatizada por critérios intra-sistêmicos) do direito por outros sistemas sociais.”¹²²

3.2 A complexidade da sociedade atual e a autonomia do Direito

De fato, há uma complexidade social que impede a busca por respostas em análises isoladas. Essa complexidade, como diz Pietro Barcellona, significa uma pluralidade de centros de informações e de decisões, convertendo-se em uma “multidimensão do pensamento que corresponde a uma multidimensionalidade dos processos, dos fatos e da mesma individualidade, dos fatos e da própria individualidade empírico-social.”¹²³

Para Reinhold Zippelius, há nas democracias ocidentais uma pluralidade tão forte de poderes sociais que poderia surgir a “impressão angustiante de que o poder do Estado está em vias de dissolução”.¹²⁴ Mesmo assim, percebe que o Estado pluralista não caminha para sua dissolução em um simples feixe de poderes particulares, na medida em que a transformação

¹²¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas: **Law and economics**. California: Addison Wesley Longman, 2000. p. 3.

¹²² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 69.

¹²³ BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Tradução de Sebastião José Roque, São Paulo: Ícone, 1995. p. 19.

¹²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 297.

das aspirações das forças sociais, para se tornarem realidade jurídica, devem ser introduzidas em normas jurídicas produzidas conforme as competências e procedimentos pré-estabelecidos. Assim, diz que “desde que os poderes sociais não tenham força para romper por via revolucionária a ordem jurídica e constitucional vigente, ficam condicionados a fazer valer as suas influências dentro do esquema da ordem jurídica”.¹²⁵

Assim, mesmo destacando a necessidade de consideração da racionalidade econômica, não se pode comprometer a sistematicidade e a autonomia da ordem jurídica frente aos outros subsistemas sociais, o que demonstra a necessidade de se equilibrar essas relações, muito além da simples afirmação de que os mercados devem ser regulados para a remoção de seus equívocos. Como diz Marcelo Neves, a ênfase excessiva na racionalidade jurídica, com o desprezo dos aspectos econômicos e sociais, pode levar a problemas de inadequações sociais do direito, inclusive com a perda de sua legitimidade perante a sociedade. Da mesma forma, um modelo que prioriza a adequação econômica gera uma ausência de valores e interesses compartilhados congruentemente na complexa sociedade atual, o que “tende a levar a subordinação do direito a projetos particulares com pretensão de hegemonia absoluta.”¹²⁶

Diante do reconhecimento da pluralidade axiológica que afeta o instituto contratual, não se pode pretender uma exclusividade de racionalidade, sendo necessário estabelecer um equilíbrio entre os aspectos valorativos e funcionais que o atingem. O Estado social identifica a pluralidade social e reconhece as relevantes funções desempenhadas pelos diferentes grupos sociais entre si e perante o Estado, o que torna aceito por todos que, na elaboração da regulamentação estatal e na atividade jurisdicional devem ser considerados os aspectos da racionalidade econômica do mercado.

Assim, ao contrário do que sustentam Hayek e Timm, isso não afasta a função diretora do direito em definir os limites e fixar objetivos dessa mesma atividade econômica, sendo o texto constitucional que realiza essa confluência entre as racionalidades econômica e jurídica, garantindo o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, condicionando seu exercício à satisfação de finalidades definidas pelo Estado, já que não se concebe encarar os fenômenos econômicos como capazes de evoluírem de modo natural e desregrado. Assim, neste cenário de complexidade diante de expectativas e interesses diferentes e contraditórios,

¹²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 310.

¹²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 65.

percebe Marcelo Neves que o sistema jurídico, para realizar sua função de “congruente generalização de expectativas normativas de comportamentos”¹²⁷, deve institucionalizar constitucionalmente os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os direitos referentes à liberdade civil e à participação política.

É inadequado dizer que o Estado social despreza a racionalidade econômica, tal como sustentado por Timm.

Na verdade, este aspecto é seriamente considerado, sendo que mesmo assim se entende que essa racionalidade é dirigida para os fins estabelecidos na Constituição, afastando a pretensão de absoluta autonomia e supremacia do sistema econômico, bem como sua suposta imunidade a controles externos. Isso significa que não se pode adotar uma postura radical de antagonismo entre os princípios individualistas do mercado e os valores sociais, mas essa compatibilidade deve ser fruto de uma construção orientada pela supremacia dos princípios constitucionais fundamentais.

Por sua vez, Hayek sustenta que deve ser realizada uma proteção da concorrência, mas rejeita que haja a proteção de grupos sociais. Na verdade, a manutenção da concorrência representa a proteção diretamente direcionada às empresas para a realização da livre iniciativa, em razão da existência de um poder privado de dominação sobre outras empresas, e ela também justifica a atuação interventiva do Estado para afastar esse mesmo poder privado que, por vezes, além da concorrência, impede o exercício do direito à liberdade contratual.

Diz Norberto Bobbio¹²⁸ que a igualdade como ideal supremo de uma comunidade ordenada, justa e feliz, de um lado, e como um constante tema das teorias e ideologias políticas, de outro, está habitualmente acoplada ao ideal de liberdade, já que não se há conceber paridade quando incidem restrições que atingem apenas uma das partes.¹²⁹

Porém, reconhece Bobbio¹³⁰ que os conceitos de igualdade e liberdade não são simétricos; enquanto a liberdade é um *status* do indivíduo (*x* é livre), a igualdade indica uma

¹²⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 78.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001. p. 127.

¹²⁹ Acerca disso, já visualizou Pontes de Miranda que a liberdade, reconhecida a todos os indivíduos, igualiza-os nessa condição: ser livre, ver Miranda (1979, p. 410).

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001. p. 131.

relação entre entes. Neste mesmo trilho segue Canotilho¹³¹, ao afirmar que a igualdade é sempre uma igualdade relacional, pois pressupõe uma relação tripolar: “o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características.”

É que, para alcançar a ilação de que determinado sujeito é igual, imperioso se faz conhecer o outro sujeito reputado igual, bem como ter em mente o critério adotado para considerá-los desta maneira.

Toda a doutrina liberal – ainda sob o trauma do Estado absolutista, tão característico pela estratificação da sociedade - pregou uma absoluta igualdade entre os homens, considerando-os como seres plenamente capazes de alcançar seus desideratos mediante uma ação livre; estando todos no mesmo patamar, inexistiria a possibilidade de dominação de alguns em prejuízo de outros.

Essa concepção incidia também na atividade contratual, onde as partes, independentemente das características metajurídicas, eram reputadas identicamente aptas a exercer - na fase negocial – toda a autonomia. Valorizava-se apenas uma igualdade formal, em que o critério utilizado não era suficiente para justificar um tratamento paritário entre as partes.

Saliente-se que não se está aqui pregando a inutilidade da igualdade formal. Essa é uma condição preliminar para a concretização e manutenção da igualdade substancial. Com isso, a igualdade formal não pode ser erigida a destino final, mas sim ao primeiro passo visando a alcançar um tratamento adequado para permitir a proteção da parte contratante que ocupa uma posição de inferioridade em razão do poder privado.

Nossa ordem positiva estabelece que todos são iguais perante o sistema jurídico (art. 5º *caput* da Constituição Federal). Não obstante, pode a legislação estabelecer um tratamento diferenciado a determinado grupo ou coletividade, considerando, para tanto, critérios e valores constitucionalmente estabelecidos. Estar-se-á violando o princípio da igualdade quando, sem tais justificações e em situações idênticas, restar estabelecido um tratamento desigual, ou mesmo quando em circunstância desproporcionais, recebem um tratamento homogêneo.

¹³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 576.

Narra Ana Prata¹³² que a opinião prevalecente na doutrina e jurisprudência da Itália e Alemanha é no sentido de que a igualdade imposta pela Carta Constitucional significa, na verdade, proporcionalidade. E explica que, em razão disso, “reclama do legislador o tratamento desigual de situações desiguais e tratamento homogêneo de situações idênticas. Igualdade é, pois, equivalente a proibição do arbítrio.”

Assim, o ponto central desse tema é avaliar o critério utilizado para considerar a isonomia entre os entes, pois, acaso não exista fundamentação constitucional para tanto, aviltado restará o princípio da igualdade.

Para Ana Prata¹³³, o sistema jurídico vigente no Estado social incorpora uma visão de igualdade diversa daquela noção formal/tradicional. Optando a Carta Política por proteger, de modo especial, determinada categoria de sujeitos, consideram-se não os interesses individuais, “mas tendo em atenção as características comuns de dado tipo de situação, os interesses coletivos correspondentes a esses tipos, e que hão de, tendencialmente, encontrar uma projeção nas situações que nelas se incluem.” Aqui, vê-se bem que o tratamento diferenciado somente pode ser admitido quando amparado em critério relevante e constante na Constituição, fornecendo os instrumentos necessários à superação dessa dessemelhança fática para alcançar uma igualdade no gozo dos direitos subjetivos.

As alterações que atingem a sociedade hodiernamente fazem com que a igualdade signifique, no pluralismo da sociedade moderna e multicultural, o reconhecimento e tutela do grupo, com a consideração de sua específica diferença. Destarte, é a valorização de certas desigualdades que impõe uma tutela diferenciada, visando, sempre, tornar efetivo o mandamento constitucional.

O princípio da igualdade jurídica – na lição de San Tiago Dantas¹³⁴ – não traduz o desconhecimento da desigualdade natural entre os homens. Significa, antes, um esforço para balancear essas dessemelhanças, compensando o jogo das inferioridades e superioridades, no intuito de não desencadear, também, uma desigual proteção jurídica, “pois é certo que os ônus e as recompensas, o bom e o mau êxito acompanharão com maior ou menor regularidade as

¹³² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina. 1982. p. 97.

¹³³ *Ibid.*, p. 119.

¹³⁴ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. A igualdade perante a lei e o *due process of law*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, ano 46, n. 127, p. 366, 1948.

variações naturais, mas não é desejável que fique sob a mesma influência a distribuição da Justiça.”

No âmbito da autonomia contratual, o princípio da igualdade é concretizado mediante uma ação legiferante que atribui especial proteção a determinados grupos ou indivíduos, restringindo a área negocial e estabelecendo direitos intransigíveis. Ainda, o tratamento diferenciado atribuído para determinadas categorias mencionado por Hayek não representa privilégios indevidos, já que a natureza substancial das normas aplicáveis aos contratos – em contraposição à legislação de conteúdo formal do período liberal – exige uma consideração das circunstâncias de cada hipótese posta sob julgamento, implicando necessariamente um tratamento diferenciado entre contratantes que ocupam posições distintas.

Além disso, a atividade jurisdicional alcança elevado relevo na preservação desse princípio, na medida em que, diante do caso concreto e da análise das situações em que uma das partes exerce um poder privado em detrimento da outra, passa a considerar as circunstâncias específicas e atribuir um tratamento adequado, sem que se olvide de ponderar os valores incidentes e a proporcionalidade da limitação do exercício do direito, o que somente pode ocorrer na aplicação da lei aos fatos.

Assim, como diz Luis Prieto Sanchis, é a quebra da convicção igualitária entre as partes contratantes que demonstra a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pois o poder privado exercido por grupos privados não é menos ameaçador do que aquele exercido pelo Estado¹³⁵. Mesmo assim, alerta para a necessidade de se considerar que há um problema de coexistência de direitos das partes envolvidas e também de valores constitucionais, que não pode ser resolvido de forma abstrata, cabendo ao magistrado ponderar os interesses em conflito, sem que se exclua, a priori, a eficácia da liberdade nas relações entre particulares.¹³⁶

3.3 A abertura do sistema jurídico mediante a utilização dos princípios e a segurança jurídica nas relações contratuais

¹³⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**, Madrid: Debate, 1994. p. 209.

¹³⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 215.

Nesta oportunidade, as referências a princípios e cláusulas gerais devem ser entendidas como forma de destacar essa técnica legislativa que consiste na utilização de expressões com significado altamente vago, sem que se adentre na verificação da identidade ou distinção entre eles.

Uma das formas adotadas pela ordem jurídica dos Estados sociais para realizar a limitação da liberdade contratual foi a utilização de textos constitucionais com um alto grau de abertura semântica de modo a permitir que o juiz, diante do caso concreto, encontre a melhor solução considerando as circunstâncias incidentes. Por essa mesma razão, Gustavo Zagrebelsky afirma que a ductibilidade é a palavra que mais se aproxima do caráter essencial do direito no estado constitucional atual, que exige a coexistência de valores e princípios existentes dentro da Constituição como forma de manter sua unidade sem se afastar de sua base material pluralista.¹³⁷

Por outro lado, o intérprete não está livre para empregar qualquer sentido ao texto normativo, ainda que a interpretação seja uma atividade ilimitada na atribuição de significados, pois, como dito por Umberto Eco, em nítida crítica ao pragmatismo, “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz”¹³⁸. Por isso, o texto legislado é origem e limite da atividade interpretativa do juiz, a qual permite a movimentação da dinâmica normativa na aplicação do Direito ao caso concreto.

Franz Wieacker diz que a jurisprudência alemã do início do século XX utilizou as cláusulas gerais do Código Civil, antes aplicada apenas à preservação da moral geral e da lealdade das regras do jogo, também na transformação da moral econômica liberal em uma outra adequada às ideias do estado social e que, somente a partir de 1933, houve uma utilização demagógica e arbitrária desta tendência.¹³⁹ Assim, a jurisprudência alemã do direito civil se aproximou mais das tarefas sociais e se inseriu numa nova concepção social do Estado de direito, mantendo-se em sintonia com os vetores constitucionais da Lei fundamental. Mesmo assim, essa prática sofreu críticas das tradições legalistas, uma vez que as mutações

¹³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 215.

¹³⁸ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução de Mônica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28.

¹³⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 596.

da jurisprudência e a tendência para uma justiça individualizada do caso atingiram a segurança externa do direito, entendida como a previsibilidade da decisão e a igualdade da aplicação do direito.¹⁴⁰

Por vezes, chama-se segurança jurídica a previsibilidade do conteúdo deontico das normas e a clareza das disposições linguísticas utilizadas na construção do direito positivo, como se fosse possível estabelecer um único conteúdo para as expressões linguísticas.

Na verdade, os princípios permitem a abertura do sistema jurídico sem que haja uma indevida interferência heterônoma do sistema econômico, facilitando o ingresso controlado das racionalidades externas ao âmbito jurídico. Por sua vez, o casuismo legislativo “está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica”.¹⁴¹

Todavia, afirma-se que essa técnica legislativa fez com que o intérprete ultrapassasse os limites do conhecimento jurídico e penetrasse também na esfera política e econômica, com a fragilização do argumento jurídico. Esse discurso, chamado por Roberto Mangabeira Unger de argumento jurídico prudencial, significaria “uma acomodação instável entre a afirmação e a abdicação da autonomia do raciocínio jurídico”¹⁴², com o conseqüente enfraquecimento do Estado de Direito ante o declínio da singularidade do raciocínio jurídico, já que a busca pelos juízes de realização de uma justiça substancial compromete a autonomia, ainda que relativa, da própria ordem jurídica. Além disso, também contribuiria para o enfraquecimento do Estado de Direito a instabilidade dos pronunciamentos judiciais, na medida em que a ampla generalidade das normas afasta a estabilidade dos direitos e obrigações individuais.¹⁴³

Não se pode olvidar, por certo, que os contratos, por sua natureza de viabilizador das relações civis e empresariais, são instrumentos utilizados para permitir uma maior segurança e precisão na realização de atos jurídicos, na medida em que se busca delimitar a amplitude das obrigações assumidas reciprocamente entre as partes. Todavia, tais características não são afastadas, mas apenas há uma maior participação externa (do Estado) na definição do

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 615.

¹⁴¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8. de. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233/234.

¹⁴² UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 209.

¹⁴³ UNGER, op. cit., p. 208.

conteúdo da relação contratual, com a introdução de requisitos para o exercício de direitos subjetivos, ao passo que a segurança jurídica é assegurada pela prática jurisprudencial dos Tribunais, já que não é a lei, abstratamente considerada, que assegura a previsibilidade dos contratos, mas o conteúdo que lhe é atribuído pelo Poder Judiciário.¹⁴⁴

Assim, a maleabilidade aplicativa dos princípios permite que o aplicador da norma preencha a vagueza terminológica com as características do caso concreto, permitindo uma constante atualização do direito pelas novas complexidades surgidas na sociedade. Por isso, J. Baptista Machado conclui que mesmo sendo a decisão sempre fundada na lei, “a concreta definição da fisionomia relevante do caso exige uma reconstrução que tenha em conta os dados da realidade de facto.”¹⁴⁵

Assim, sendo os conceitos a forma objetiva de descrever a realidade relevante ao direito, é com esta que se deve buscar seu conteúdo, que não pode ser considerado imutável – já que submetido às circunstâncias espaciais e temporais, a fim de que a norma jurídica seja adequadamente entendida e aplicada, de modo que, antes do caso concreto, é possível identificar algum sentido da norma, mas que precisa ser completado pelas circunstâncias incidentes. Como diz Castanheira Neves, “a interpretação apenas se consuma na decisão concreta (no concreto juízo normativamente decisório)”¹⁴⁶, pois é o conteúdo normativo-jurídico da decisão que se imputa à norma interpretada, a qual é enriquecida nessa mesma medida, considerando inclusive avaliar as consequências que advirão da decisão, de modo a influenciar o conteúdo semântico de conceitos previstos na ordem jurídica, tais como justiça, igualdade, bem comum, entre outros.

Para Pietro Perlingieri, a técnica legislativa por princípios atribui maior relevância para a jurisprudência, o que transforma a Corte de Justiça Europeia (a qual tem um papel central na interpretação do direito comunitário) em um modelo assemelhado a uma corte anglo-saxã, pois prefere normas de conteúdo aberto, que permitem uma pluralidade de níveis de satisfação, em detrimento de regras específicas e de limitada capacidade aplicativa. “Muda,

¹⁴⁴ Para Claus-Wilhelm Canaris, pelo menos sob o ponto de vista fático, apenas a jurisprudência confere às leis pleno conteúdo, criando um *law in action* em contraposição do *law in the books*. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2009. p. 40.

¹⁴⁵ MACHADO, J. Baptista **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 119/120.

¹⁴⁶ NEVES, A. Castanheira **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 125.

portanto, a cultura do jurista que, diante da progressiva dificuldade de resolver os casos concretos recorrendo a uma única norma, deve – ou ao menos deveria – mostrar-se atento à pluralidade de princípios e sensível à sua ponderação.¹⁴⁷

Na verdade, diante da abstração inerente aos princípios, é importante destacar que toda norma jurídica possui a mesma estrutura lógica dos juízos hipotéticos (homogeneidade sintática)¹⁴⁸, sendo composta por uma hipótese e por uma consequência, unidas por um modal deôntico.¹⁴⁹ Ao tratar da estrutura que compõe a norma, diz Marcos Bernardes de Mello que “do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, utilizando-se a linguagem lógica tradicional, pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese é representada pelo suporte fáctico (SF) e a tese pelo preceito (P).”¹⁵⁰ Assim, quando a hipótese da norma – premissa maior – é criada, todo o ordenamento é considerado, e não apenas determinado texto específico.¹⁵¹

Nem todo princípio pode ser considerado uma norma, entendida esta como um juízo hipotético formado por uma hipótese e uma consequência, unidos por um modal deôntico. Cite-se a previsão da função social do contrato no Código Civil, onde se estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Isto não significa que tal princípio careça de normatividade, uma vez que deve ser considerado na elaboração da norma individual e concreta que irá regular a relação jurídica privada. Não é, por certo, mera fonte subsidiária para formar as normas jurídicas, já que passa a desempenhar uma função conformadora e uniformizadora de todo o sistema, não só pela posição hierárquica que ocupa no sistema jurídico (destacando-se a tendência de se atribuir

¹⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 241.

¹⁴⁸ “O direito positivo destaca-se pela intrínseca homogeneidade sintática de seus elementos: toda norma jurídica apresenta idêntica estrutura hipotético condicional, i. e., associa, num nexo de causalidade jurídica (imputação), a descrição de um fato possível de ocorrência no mundo objetivo (hipótese) a uma relação deôntica (consequência). É limite sintático.” SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas**: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 492.

¹⁴⁹ Ao tratar dos juízos hipotéticos, Kant diz que se o antecedente é verdadeiro, então o conseqüente determinado por ele é também verdadeiro. (KANT, Immanuel. **Lógica**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 125).

¹⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁵¹ Kelsen, já no primeiro parágrafo da Teoria Geral do Direito e do Estado, publicada originalmente em 1945, disse que “o Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”, demonstrando que o aspecto dinâmico do ordenamento jurídico indica sua teoria como uma teoria sistemática do Direito, ver KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

assento constitucional), mas também pela capacidade de abertura axiológica e cognitiva que permite uma melhor adequação da decisão ao caso concreto, considerando-se a opção política que resulta da eleição dos valores que devem ser aplicados.

Mesmo em sua análise estrutural do fenômeno jurídico, Herbert Hart¹⁵² já havia tratado da necessidade de se realizar, diante do caso concreto, uma ampla análise de todo o sistema normativo, pois a textura aberta do texto que compõe o direito significa que cabe aos Tribunais estabelecer “o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.”¹⁵³

Ademais, quando se diz que o princípio não estabelece uma conduta a ser adotada, e tendo em vista que a decisão do caso concreto exige que se estabeleça uma hipótese que descreva essa conduta, torna-se forçoso concluir no sentido de que o princípio, por si só, não é suficiente para regular o caso concreto, sendo imprescindível a existência de uma regra que o materialize, sem que com isso se esteja a sustentar qualquer carência de normatividade dos princípios.¹⁵⁴

Reconhecendo a influência orientadora que o dado axiológico exerce no sistema jurídico, principalmente na definição dos princípios fundamentais, Marcos Bernardes de Mello diz que os microssistemas do universo jurídico – cita o Direito Civil como um deles – têm sua estrutura fundada em princípios gerais que, com extrema generalidade, definem a valoração dos fatos pela comunidade, e a legislação torna específico, em preceitos, aquilo que se encontra ínsito nos princípios. Ainda, o intérprete, na solução dos casos, fundamentado nos princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai a norma que torna específico aquele

¹⁵² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 148.

¹⁵³ É importante perceber que Herbert Hart já havia tratado de situações fácticas complexas nas quais surgiria dúvida sobre a norma a ser aplicada, diante do limite inerente à natureza da linguagem. Para ele, “situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.” Ibid., p. 139.

¹⁵⁴ Para Neil MacCormick, “os princípios interagem com as normas, fornecem sustentação, protegem seu território, delimitam sua aplicação, justificam a enunciação de novas deliberações à medida que sejam testadas por argumentos consequentialistas e assim por diante.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319).

princípio, de modo que “as normas são como uma tradução pormenorizada desses princípios.”¹⁵⁵

Ronald Dworkin reconhece isso quando afirma que os princípios implicam uma nova interpretação da lei (enunciado), de modo a permitir a solução do caso concreto – especialmente nos *hard cases*. Diz ele que “somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva.”¹⁵⁶

Disto, observa-se que Dworkin atribui aos princípios uma função de interferir na aplicação das regras, na medida em que reconhece a possibilidade de não serem aplicadas, mesmo que concretizada sua hipótese de incidência, quando houver um princípio de importância reconhecida que afaste sua incidência.

Assim, quando não se enquadram em uma estrutura de norma jurídica (hipótese e consequência ligados por um modal deôntico), princípios são textos normativos que influenciam a atividade interpretativa e somente podem regular os casos concretos após serem transformados em normas jurídicas na forma de um juízo hipotético. Nessa construção da norma, é o texto o ponto de partida e o limite do intérprete, que considera todo o direito posto e as características do caso concreto para produzir a norma a ser aplicada.

Na verdade, explica Marcelo Neves que o caráter autopoiético do direito implica sua auto-determinação, afastando qualquer ingresso que não seja mediado por critérios do próprio sistema jurídico, o que ocorre com a positividade de seus termos. Com isso, impede-se a arbitrária manipulação política ou econômica do Direito, em que os princípios constitucionais exercem a função mediadora na abertura cognitiva do sistema jurídico, permitindo o ingresso da moral e determinando “como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 25.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 57.

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 71.

Isso demonstra a plena possibilidade de conexão entre o positivismo e a abertura axiológica, sem qualquer comprometimento dogmático ou apelo jusnaturalístico, sendo precisa a crítica de Neil MacCormick, quando afirma que “o direito não é hermeticamente isolado da moral e da política e devemos acolher calorosamente a vigorosa afirmação de Dworkin dessa verdade, sem necessariamente admitir que o 'positivismo' nos levaria a uma suposição diferente.”¹⁵⁸

Portanto, nesse cenário de ampla abertura semântica, o fechamento do sistema é mantido pela decisão judicial, que exerce uma função orientadora no sistema jurídico. Assim, essa ampliação da capacidade atualizadora da atividade jurisdicional não torna mais incerto o exercício da atividade econômica, uma vez que a jurisprudência passa a permitir uma previsibilidade dos conteúdos das cláusulas gerais, sem que se instaure uma insegurança incompatível com as características da sociedade moderna.

Além disso, é imprescindível que o juiz explicita, de forma clara, as razões de sua decisão para afastar a aplicação de uma regra invocando a existência de princípios, satisfazendo o ônus argumentativo necessário para a legitimidade de sua atuação.

Por sua vez, a complexidade social impede que se entenda a segurança jurídica como um rígido imobilismo decisório, devendo ser enxergada sob uma óptica dinâmica, adequada às transformações da atualidade, tendo-se em mente que “o conteúdo da segurança do direito e bem assim o da justiça devem adaptar-se um ao outro: não podem ferir-se mutuamente, desmentir-se, anular-se.”¹⁵⁹. Assim, como diz Gustavo Zagrebelsky¹⁶⁰, o contexto político e cultural homogêneo do Estado liberal permitia que a atividade interpretativa fosse direcionada a buscar o significado pretendido pelo legislador. Porém, o atual pluralismo da sociedade demonstra que a falta de certeza nos procedimentos de aplicação do direito, tal como havia anteriormente, não deriva de uma má atuação dos juristas ou legisladores, mas da inexistência de um quadro de princípios e valores compartilhados uniformemente por todos.

¹⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 308.

¹⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 4, p. 193.

¹⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 145-146.

Assim, a segurança jurídica passa a ser entendida sem se olvidar dos princípios jurídicos (especialmente aqueles com assento Constitucional), sendo até mesmo necessária a presença de uma certa capacidade atualizadora pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma característica marcante do Estado Social, que se torna um Estado de Direito eminentemente jurisdicional. Além disso, a defesa incondicionada de uma maior estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais deve ser afastada em razão da primazia hierárquica das normas constitucionais que incidem diretamente nas relações particulares.

Flávio Tartuce entende que a prática está demonstrando que o sistema de cláusulas gerais contribui para a construção de um novo direito civil, mais concreto e eficaz, de modo que “a segurança jurídica perde espaço para a busca de um direito mais humano, centrado na proteção da pessoa humana e em valores existenciais.”¹⁶¹ Assim, diz que o desafio do civilista do novo século é equilibrar os conceitos novos e emergentes com um mínimo de segurança que se espera do ordenamento jurídico.¹⁶²

Para Joaquin Arce y Florez-Valdéz¹⁶³, a segurança jurídica não é a única meta do direito, nem sequer a mais importante, já que acima dela há a justiça. E ainda que segurança e justiça não sejam contrapostas, deve-se perceber que quando se garante uma segurança jurídica absoluta pode-se relegar a justiça, já que esta exige, para sua plenitude, não só uma regulamentação geral justa, mas sim que ocorra na aplicação ao caso concreto. Por isso, diz que a segurança jurídica, mesmo sendo algo necessário para o direito, não deve ser buscada a todo custo, de modo que a utilização dos princípios não supõe o regresso ao direito livre ou ao decisionismo judicial, mas apenas proporciona ao juiz a orientação na busca da solução adequada ao caso concreto¹⁶⁴.

Ainda, comprovando o sucesso dessa tendência principiológica, esta não se restringiu ao direito interno dos países ocidentais, especialmente em razão da necessidade de uma regulamentação internacional das regras contratuais, tal como recomenda a Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law), aprovada pela Resolução n.º 51/162 da Assembleia Geral da ONU, em 1996. Essa legislação, conforme diz Paulo Lôbo, estabelece

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 53.

¹⁶² Ibid., p. 67.

¹⁶³ FLOREZ-VALDÉZ. Joaquin Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. p. 87.

¹⁶⁴ Ibid., p. 90.

cinco princípios básicos que devem ser respeitados nas relações contratuais, quais sejam: a) equivalência funcional entre os atos jurídicos tradicionais e os praticados por meio eletrônico, b) neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico, c) inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos, em busca de uma maior segurança jurídica, d) boa fé e e) a autonomia privada (liberdade de contratar).¹⁶⁵

Além disso, Atiyah e Smith¹⁶⁶ cita que na Inglaterra, mesmo com o movimento desenvolvido no final da década de 1980, não houve uma lei nacional que versasse com profundidade sobre os contratos nas relações de consumo.¹⁶⁷ Somente em 1999 é que foi editado um diploma legal chamado UNFAIR TERMS IN CONSUMERS CONTRACTS REGULATIONS, que incorporou ao direito interno o UNFAIR CONSUMER CONTRACT TERMS DIRECTIVE produzido pela Comunidade Europeia em 1993, e que versava sobre os contratos nas relações de consumo, conferindo aos tribunais amplos poderes para derrubar termos abusivos nas avenças e incorporando, ao direito inglês, certas noções do direito civil, sobretudo o princípio de que as partes contratantes devem agir de boa fé. Tratava-se, por certo, de texto repleto de normas vagas, sendo exemplo o item n.º 5-1, que considera abusiva a cláusula contratual que, não tendo sido objeto de negociação individual, dê origem a um desequilíbrio significativo a uma das partes, em razão do princípio da boa-fé.

Importante destacar também que a União Européia designou uma Comissão sob a presidência do Prof. Ole Lando, para a elaboração dos chamados *Principles of European Contract Law*, que teve início em dezembro de 1980, em Bruxelas. O objetivo desse trabalho foi elaborar regras aplicáveis uniformemente para os países que integram aquele bloco, tornando-se a base de um futuro Código Europeu dos Contratos.¹⁶⁸ Como fez constar a própria Comissão, esses princípios são um conjunto de regras gerais projetadas para fornecer o máximo de flexibilidade possível e, com isso, acomodar futuros desenvolvimentos no pensamento jurídico referente às leis contratuais.¹⁶⁹

3.4 A intervenção estatal por meio de regulamentos administrativos

¹⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

¹⁶⁶ ATIYAH, P. S.; SMITH, Stephen A. **Atiyah's introduction to the law of contract**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 20.

¹⁶⁷ Em 1977, foi produzido pelo Parlamento do Reino Unido o *Unfair Contract Terms Act* e regulava quase todas as formas de contratos, especialmente as hipóteses de exclusão de responsabilidade de um dos contratantes.

¹⁶⁸ LANDO, Ole.; Beale, Hugh (Ed.). **Principles of European contract law**: parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. Dordrecht: M. Nijhoff, 2000, p. xxiii.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. xxvii.

Nota-se uma crescente limitação à autonomia contratual em razão do avanço do chamado Estado Regulador, o qual atua nas relações privadas mediante a produção de regulamentos administrativos que passam a integrar os contratos celebrados entre particulares. Tal movimento foi marcado pela edição da Lei n.º 8.031/90, que criou o Plano Nacional de Desestatização para reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (art. 1º, I) e permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que foram transferidas à iniciativa privada (art. 1º, III).¹⁷⁰

Há, na verdade, um fenômeno que, mesmo parecendo paradoxal, é complementar e segue a tendência de transferência (total ou parcial) de serviços públicos para a iniciativa privada, diante da incapacidade, por vezes, do Estado em atuar com uma dinâmica social e tecnológica complexa mais assimilável pelo setor privado, reservando a si a posição de garantidor da qualidade da prestação desses serviços, tal como ocorre com os serviços de telecomunicações, transportes e de saúde suplementar.

À saída do Estado sobrevém um aumento da regulamentação dessa atividade, realizada pelas agências reguladoras (autarquias em regime especial) mediante regras administrativas, mantendo-se o caráter intervencionista do Estado social, inclusive com a limitação dos preços dos serviços estabelecidos pela iniciativa privada. Todavia, isso não afasta a possibilidade de controle de legalidade e de constitucionalidade dessas regras, sendo imprescindível considerar a posição hierárquica de cada espécie normativa.

Cite-se, como exemplo, a Resolução Normativa n.º 262, de 1º de agosto de 2011, expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que, em razão de autorização existente na Lei Federal n.º 9.656/98, define e atualiza o rol de procedimentos médicos que devem, necessariamente, ser prestados pelas empresas de plano de saúde, bem como a Resolução Normativa n.º 44, de 24 de julho de 2003, que veda, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço. Da mesma forma, o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional produziram a

¹⁷⁰ Tais dispositivos foram expressamente revogados pela Lei n.º 9.491/97, a qual, todavia, repetiu os termos acima mencionados, ver BRASIL, 1997.

Resolução n.º 3.518/2007, que disciplina a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras, estabelecendo inclusive serviços que não podem ser tarifados.

Essa forma de intervenção contribui para elevar a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, uma vez que o conteúdo desses regulamentos são muito mais específicos e precisos do que os princípios positivados pelo legislador constitucional. Isso não significa, por certo, que há uma incompatibilidade entre eles; ambos são instrumentos complementares relevantes para a realização do comando constitucional, estabelecendo um equilíbrio na atividade interventiva estatal.

Por outro lado, uma vez que a direção das agências é exercida por indicação do chefe do Poder Executivo, desenvolveu-se crítica a essa maneira de atuação estatal, em razão de uma carência de legitimidade desses novos agentes normativos, os quais seriam “desprovidos da responsabilidade política tradicionalmente conferida aos representantes políticos pelo processo eleitoral”¹⁷¹.

Ocorre que a gestão das agências reguladoras, especialmente pela ausência de subordinação hierárquica com órgãos políticos, é desenhada para lhes garantir uma autonomia administrativa, financeira e gerencial, como forma de imunizá-las de interferências políticas que poderiam comprometer a estabilidade necessária para a realização de operações comerciais, permitindo que haja uma maior segurança aos agentes econômicos. As decisões são adotadas mediante critérios técnicos compatíveis com os ditames constitucionais, sem olvidar que o principal objetivo “é o de zelar pelo interesse público, aqui representado pela busca incessante do equilíbrio entre os interesses dos usuários e os interesses dos agentes econômicos”¹⁷², o que ultrapassa a simples busca pela preservação da concorrência entre as empresas.

Por isso, no aspecto de produção legislativa nas relações contratuais, não se pode falar em crise do Estado Social, pois o controle estatal da atividade econômica vem assegurando a proteção jurídica contra os poderes de dominação econômica. As falhas do Estado provedor

¹⁷¹ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

¹⁷² MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 123.

estão relacionadas à “dimensão da ordem social insatisfeita”¹⁷³, o que não impede o êxito do aspecto jurídico do Estado social.

Tal fato é reforçado pelos efeitos da crise econômica ocorrida em 2008, a qual demonstrou que os países onde havia uma maior regulamentação da atividade financeira os impactos foram menores, ao passo que, nos países desprovidos de uma regulação eficiente as consequências foram mais drásticas, tal como ocorrido nos Estados Unidos da América (crise das hipotecas no sistema imobiliário) e na Inglaterra (crise financeira).

Como solução desse cenário internacional, Boaventura de Sousa Santos observa que o Estado não é mais visto como problema, mas sim como solução, de modo que cada país deve fazer prevalecer aquilo que entende ser o interesse nacional contra as ofensivas da globalização, pois “o mercado não é, por si, racional e eficiente, mas apenas sabe racionalizar a sua irracionalidade e ineficiência enquanto estas não atingem o nível de auto-destruição.”¹⁷⁴

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

¹⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. O impensável aconteceu. **Revista Carta Maior**, 24 set. 2008.

4 A FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTONOMIA CONTRATUAL E SUA LIMITAÇÃO POR NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 Considerações conceituais

Impõe-se expor, neste momento, o motivo que conduziu à opção pela expressão “autonomia contratual”, uma vez que nossa ciência jurídica apresenta diversas nomenclaturas para o tema aqui tratado.

Em sua “Fundamentação da metafísica dos costumes”, Kant trata da formulação subjetiva de uma legislação, na qual o homem deveria agir de modo a tornar sua ação um comando universal; a conduta humana deve ser regida por esse imperativo categórico, reconhecendo-lhe o dever de respeito em virtude da própria natureza deste, e não pelas eventuais circunstâncias prejudiciais que poderão advir da uma conduta diversa.¹⁷⁵

Nesse contexto, a autonomia significa a busca pela lei universal do agente e pelo agente, de modo a determinar sua vontade livremente; somente as escolhas do próprio querer é que podem figurar com leis universais. Existiria, portanto, a ampla liberdade do agente em determinar o conteúdo dessa norma. Para Kant, com nítida influência liberal, “o princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal.”¹⁷⁶

Assim, e adaptando essa colocação ao tema aqui versado, especialmente tendo em vista esse novo momento do Estado, entende-se a autonomia como sendo a capacidade de definir, de forma livre, as ações a serem realizadas pelo indivíduo, bem como o conteúdo dos mandamentos que serão tidos como vetores dessas mesmas condutas, sempre considerando o homem como ser racional, apto a formular suas máximas de condutas.¹⁷⁷

Além disso, é de se utilizar a expressão “contratual”, porquanto a autonomia contratual é uma especificação da autonomia privada, a qual se espalha em todos os setores que se

¹⁷⁵ Para Kant , “ser verdadeiro por dever sê-lo é coisa totalmente diferente de sê-lo por temor das circunstâncias prejudiciais; enquanto no primeiro caso o conceito de ação em si mesmo contém já uma lei para mim, no segundo tenho antes de olhar à minha volta para descobrir que efeitos poderão, para mim, derivar da ação.” Somente a primeira situação é que corresponde ao imperativo categórico. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 30).

¹⁷⁶ KANT, op. cit., p. 70.

¹⁷⁷ Esclarece Pontes de Miranda: “Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não poderia falar de personalidade.”(MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p. 38).

relacionam com a atividade humana e são relevantes para o direito; é privada no sentido de atingir a esfera jurídica subjetiva, individual, constando em seu interior um espaço reservado aos aspectos da atividade contratual.

Nesta oportunidade, somente a esfera contratual da autonomia privada é que será abordada, justificando, por isso, a opção pela sobredita nomenclatura. Assim, útil será visualizar um conceito de autonomia contratual amplo, considerando-o apenas como ponto de partida para a análise que será desenvolvida a seguir, recorrendo-se assim à lição de Ana Prata¹⁷⁸, para quem consiste “no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.”

Ademais, nesta oportunidade, adota-se a diferenciação identificada por Pontes de Miranda, entre a limitação e a restrição, pois “a limitação deriva da regra jurídica; é ela que configura o direito e o dever; a restrição deriva da vontade, ainda tácita ou presumida, de quem é titular do direito, ou de quem se vai obrigar.”¹⁷⁹

Assim, por meio da autonomia contratual, os particulares celebram negócios jurídicos, mediante a juridicização da manifestação da vontade, escolhendo livremente a pessoa com quem contratar e com as condições que se reputarem convenientes, modulando-se os efeitos de alguns atos jurídicos, desde que respeitados os limites estabelecidos pela legislação, especialmente constitucional.

Isso torna evidente que a autonomia contratual é um fenômeno jurídico que atribui um poder ao indivíduo, e não uma condição meramente natural ou psíquica. Mas esse poder, para existir, deve ser previsto em uma norma jurídica, já que como diz Pontes de Miranda, “a vontade só tem efeitos porque é elemento do suporte fático que se torna fato jurídico e é êsse que irradia eficácia.”¹⁸⁰

Ferri afirma que a autonomia privada não é um poder originário ou soberano, sendo concedido aos indivíduos por uma norma jurídica superior que regula sua atuação,

¹⁷⁸ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982. p. 11.

¹⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5, p. 227.

¹⁸⁰ Id., 1954, p. 46.

estabelecendo atribuições (*cargas*) e limitações¹⁸¹. Nesse mesmo sentido diz Hans Kelsen, já que a vontade individual, por si só, não cria direito, o que só ocorre quando e na medida em que a ordem jurídica, ou seja, as normas gerais, estipulam.¹⁸²

4.2 A função social da autonomia contratual e seus reflexos no direito subjetivo

Como consequência da influência constitucional na interpretação dos institutos civis, impõe-se analisar a autonomia contratual, de forma a não obstar o exercício dos princípios e diretivas abraçados pela Lei Fundamental, seguindo a opção traçada pelo sistema normativo vigente, que eleva a ação legislativa, administrativa e jurisdicional como limitadora da autonomia contratual.

Cite-se a introdução no ordenamento jurídico nacional da expressa referência à função social do contrato, constando no art. 421 do Código Civil brasileiro que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Por sua vez, noticia Giselda Hironaka¹⁸³ que, durante o período de tramitação perante as casas legislativas (Projeto n.º 634-A/75), este dispositivo sofreu crítica do Deputado Tancredo Neves, que entendeu ser uma disposição da maior inconveniência, já que significaria a impossibilidade de ser exercida a liberdade contratual fora dos limites da função social do contrato, além de que o conceito desses limites seria impreciso.¹⁸⁴

Refletindo sobre o dispositivo sobredito, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁸⁵ extrai que a função social não é um simples limite negativo, que prescreve condutas proibidas pelo ordenamento, mas também configura um limite positivo, determinando valores a serem alcançados mediante

¹⁸¹ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 43.

¹⁸² KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. Tradução de Eduardo García Maynez, México: Colofon, 1994. p. 58.

¹⁸³ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Moraes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Águas e Empresarial**. São Paulo, ano 12, n. 45, p. 149, jul. 1988.

¹⁸⁴ Após a aprovação do projeto de lei que hoje é o Código Civil, Flávio Tartuce noticia que Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo apresentaram ao Deputado Federal Ricardo Fiuza uma proposta de alteração do texto do art. 421, já que o mesmo apresentaria “dois equívocos sérios e graves”. É que a expressão “liberdade de contratar”, porquanto relacionada com a liberdade de celebrar contratos, seria inadequada, propondo-se a utilização da expressão “liberdade contratual”, que teria relação com o próprio conteúdo negocial e com as cláusulas contratuais. Além disso, foi proposto retirar a expressão “em razão de”, pois a função social não seria a razão do contrato, mas seu limite. Todavia, tais sugestões foram rejeitadas pelo Deputado Relator, estando pendente de julgamento pelo Plenário. (TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 241).

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 191, 2002.

a prática contratual. Assim, o contrato sempre possui uma dupla função, em que “a tradicional função individual do contrato permanece, mas é conformada à função social”¹⁸⁶, de modo que não deixa de ter uma função econômica. Por isso, conclui que a função social do contrato é um princípio que estabelece um dever geral de conduta e significa a especialização, nas relações negociais, do princípio constitucional da justiça social, e se caracteriza por ser uma justiça promocional, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, busca promover a redução das desigualdades e condiciona todo o exercício de atividade econômica a sua satisfação, sob pena de nulidade¹⁸⁷.

Assim, esta funcionalização da autonomia contratual nada mais é do que reflexo da constitucionalização do direito privado¹⁸⁸, que representa uma maior proximidade entre alguns institutos civis e a natureza cogente e diretiva das normas de direito público, o que reduz o âmbito de exercício da autonomia contratual.¹⁸⁹

Na verdade, a função social é um princípio que permite uma abertura para a análise dos efeitos de determinado tipo de relação contratual, tanto entre as partes como também dentro da sociedade, confrontando-o à função que o ordenamento jurídico lhe estabeleceu. Para tanto, limita-se o poder regulatório das partes para que as consequências da relação contratual não obstem os objetivos constitucionalmente traçados. É que o adjetivo “social” significa que a função do contrato extrapola o âmbito individual dos contratantes, devendo também assegurar a concretização dos mandamentos constitucionais relacionados com a justiça social e a solidariedade.

Dogmaticamente, a função social entra na estrutura da norma com o condicionamento de validade dos significados que se atribui ao texto normativo à satisfação desses objetivos, tal como ocorre com o consequencialismo, que condiciona a adequação jurídica de uma

¹⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 69.

¹⁸⁸ Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a relevância da função social do contrato está “na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso, a colocar a discussão fora de qualquer contexto que não seja jurídico, que seja puramente ideológico e, por isso, necessariamente parcial.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 116).

¹⁸⁹ Para Francisco Amaral, essa funcionalização aproxima também o Direito com as demais ciências sociais, na medida em que exigiria do jurista uma postura relacionada a enxergar a realidade social de seu tempo, interessando-se com a eficácia social das normas e com a organização e direção da sociedade. AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 366.

decisão ao exame da compatibilidade de seus efeitos perante a função que lhe é atribuída, sem que com isso se afaste a necessidade de justificação racional da decisão.

Como ensina Castanheira Neves¹⁹⁰, não se trata de condicionar a validade do juízo decisório, numa metodologia finalístico-consequencial, aos efeitos sociais definidos exteriormente ao sistema jurídico vinculante, sem qualquer relevância da especificidade e da autonomia da normatividade jurídica. Mesmo prezando por uma metodologia de racionalidade de fundamentação normativa, a decisão do caso concreto não deve ser alheia à intencionalidade normativo-material e à justeza problemático concreta, pois há efeitos que são correlatos à teleologia das normas, tais como os efeitos que “o *tatbestand* dos critérios normativos aplicáveis (v.g o *tatbestand* das normas legais) prevê e pretende juridicamente realizar no cumprimento da sua teleologia, efeitos estes, portanto, juridicamente assimilados ou interiorizados.”¹⁹¹

Na verdade, a autonomia contratual – e o próprio contrato – jamais possuiu um valor em si mesmo; agiu sempre de modo a realizar preceitos que condicionam seu conteúdo. No Estado liberal, foi o instrumento utilizado para robustecer e disseminar o modelo econômico da época, bem como para enraizar o valor da liberdade ausente no *ancien regime*, enquanto no Estado social se encontra condicionada à observância das regras e dos princípios estruturais estabelecidos pelo texto constitucional. Assim, Flávio Tartuce diz que “a função social dos contratos representa a perspectiva funcional da autonomia privada, sendo a tendência de funcionalização dos institutos um caminho sem volta do direito civil contemporâneo.”¹⁹²

Por isso, a autonomia contratual é um instrumento posto a concretizar a perspectiva prevista na ordem normativa, sendo reconhecida por Franz Wieacker, como “um princípio funcional em relação ao conjunto da ordenação social”¹⁹³, e as limitações que sofre derivam, precisamente, dessa função que lhe é atribuída.

Por outro lado, é inequívoco o crescimento das normas cogentes de direito privado que definem e condicionam os interesses individuais aos valores e interesses sociais. Além disso,

¹⁹⁰ NEVES, A. Castanheira . **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 197.

¹⁹¹ Ibid., p. 198.

¹⁹² TARTUCE, Flávio . **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 182.

¹⁹³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 633.

não se pode mais distinguir o direito público do direito privado pela posição das partes na relação jurídica, pois há situações no direito privado em que não se pode falar de paridade entre as partes, uma vez que presentes profundas desigualdades fácticas que implicam a existência de poder privado, capaz de caracterizar uma situação de subordinação de um dos sujeitos.

Assim, e tendo em vista que o exercício da autonomia contratual significa o exercício de um direito subjetivo, é preciso perceber que seu conteúdo passa a ser amplamente influenciado pelo interesse social.

Com efeito, lembra Jean Dabin¹⁹⁴ que, ainda na metade do século passado, o modo de utilização do direito não era juridicamente irrelevante, e o legislador podia assegurar um direito mas estabelecia como condição um modo para sua utilização. Em casos como esse, não há uma simples limitação da forma de exercício do direito, mas a limitação do próprio direito, atingindo sua extensão, e sua extrapolação representa uma carência de direito. Isso significa também a superação de uma concepção do direito subjetivo como um poder vinculado, em regra, apenas à vontade individual de seu titular, uma vez que a limitação do exercício da autonomia contratual deixa de ser uma exceção, cabendo ao intérprete conceituar os institutos jurídicos de modo a cultivar a diretiva normativamente prescrita, forçando-o, inclusive, a visualizar novos componentes em sua estrutura.

Dessa forma, não há mais cabimento para as colocações de Ferri, no sentido de que a autonomia privada é um poder arbitrário, e não discricionário, já que este seria restrito às hipóteses nas quais um órgão público busca alcançar fins públicos, ao passo que na autonomia privada o elemento moral é irrelevante, pois o poder de criar direito que a lei atribui aos particulares não é um poder dominado pela moral¹⁹⁵.

Para ele, a racionalidade e a sistematicidade inerente ao complexo sistema normativo devem ser observadas pelos órgãos públicos na elaboração legislativa, sendo-lhes exigida uma coerência lógica de justiça, ao passo que a autonomia privada, poder normativo dos particulares, não está vinculada a essa exigência, tanto que seriam autônomas diante do

¹⁹⁴ DABIN, Jean. El derecho subjetivo. Tradução de Francisco Javier Osset. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1955. p. 296.

¹⁹⁵ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 304.

complexo normativo de formação pública.¹⁹⁶ Por isso, diz que a existência de uma racionalidade na normas privadas e nos complexos normativos privados é apenas eventual ou acidental, não imposta como diretiva nem inerente como dever jurídico da normatividade dos particulares, ou seja, da autonomia privada.¹⁹⁷

Da mesma forma, não se pode adotar o entendimento extremamente oposto, tal como a conclusão de Leon Duguit, para quem não haveria direitos individuais ou direitos da coletividade, mas sim cada indivíduo possuiria uma função a desempenhar, uma tarefa para executar, a qual não poderia deixar de ser cumprida, pois a abstenção causaria uma desordem ou, no mínimo, um prejuízo social¹⁹⁸, e que por isso, propõe uma concepção de liberdade, a qual não é mais um direito subjetivo, mas uma consequência da obrigação que se impõe a todo homem de desenvolver sua individualidade, ou seja, sua atividade física, intelectual e moral, de modo a cooperar, da melhor forma possível, com a solidariedade social.¹⁹⁹

Na verdade, o conceito de direito subjetivo está vinculado à noção de interesse público, uma vez que seu conteúdo é definido pelo direito objetivo e o exercício do poder de vontade pelo sujeito só existe na medida estabelecida pelo direito objetivo, que é, como diz Ana Prata, um “elemento interno e estrutural do poder jurídico de vontade (direito subjectivo) e é, simultaneamente, seu limite externo, ou seja, obstáculo externo intransponível à manifestação da vontade fora dos quadros definidos pelo ordenamento.”²⁰⁰

A norma jurídica é o instrumento utilizado pelo direito para descrever o fato social que, por ter sido considerado socialmente relevante, produz efeitos jurídicos quando concretizado. Somente a norma é capaz de qualificar o fato como jurídico, com o surgimento

¹⁹⁶ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001 p. 306-307.

¹⁹⁷ Para Luigi Ferri, a autonomia contratual não é um direito subjetivo, pois o direito subjetivo é uma faculdade de se comportar segundo o direito objetivo, e seu resultado é a licitude (FERRI, op. cit., p. 259). Já o conteúdo do poder é a força de criar direito objetivo e seu resultado é a criação de normas válidas. Assim, a licitude está para o direito subjetivo como a validade está para a autonomia privada. O poder de disposição significa o mesmo que autonomia privada, por isso considera que a autonomia privada é um poder. Quando se diz que não se pode exercer o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos, na verdade o que se está é excluindo tais relações e direitos do âmbito em que opera a autonomia privada (Ibid., p. 250). Assim o poder de disposição é a quantidade de autonomia privada que se pode exercer dentro de determinadas circunstâncias. Por isso o poder de disposição faz parte da autonomia privada, que lhe é mais ampla.

¹⁹⁸ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho publico y privado**, Buenos Aires: Heliasta S.R.L. 1975. p.181.

¹⁹⁹ Ibid., p. 186.

²⁰⁰ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982. p. 18.

da eficácia que lhe é inerente, e é por meio da incidência da norma que se juridiciza o fato social, trazendo-o para o mundo jurídico.

Por isso Pontes de Miranda afirma que “a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado dêsse alguém, que é titular dêle.”²⁰¹ Assim, é equivocado iniciar tratando dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções antes de se falar na regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica, já que estes são *prius*, enquanto aqueles são *posterius*.²⁰²

Assim, não há direito subjetivo que possa ser submetido exclusivamente ao interesse privado, uma vez que o direito objetivo obedece à finalidade de interesse público, que inclui também sua proteção em favor de seu titular. Na verdade, essa limitação não é externa ao direito subjetivo, mas faz parte da sua própria estrutura, já que produto da atividade normativa do Estado, realizada dentro de um planejamento para a concretização de objetivos estabelecidos constitucionalmente em favor da sociedade.

Assim, como diz Gustavo Zagrebelsky²⁰³, a constitucionalização dos princípios de justiça representa a intenção de moderar o potencial agressivo, desagregador e destrutivo do exercício dos direitos orientados exclusivamente pela vontade individual, tal como ocorrido no período liberal, passando-se a enxergar que as ações públicas e privadas devem se mover dentro das condições que garantam a realização da justiça e que não se confundem com a soma dos interesses individuais, e que com eles podem, inclusive, ser contrapostos. Por isso diz que a vida coletiva, desde o ponto de vista do direito constitucional atual, não é apenas o conjunto de direitos individuais e de atos que constituem seu exercício, mas é também uma ordem objetiva que corresponde a ideias de justiça que impõem deveres, ao passo que o perigo do surgimento de um estado portador de uma ética seria afastado, por meio da legitimação de uma tensão e um livre enfrentamento entre as diversas concepções de justiça (a

²⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5, p. 225.

²⁰² MIRANDA, op. cit., p. 226.

²⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 97.

qual não seria necessariamente eliminada), dentro do pluralismo hoje já sedimentado nos textos constitucionais.²⁰⁴

No âmbito jurisprudencial, já é possível encontrar manifestações aplicando essa nova forma de enxergar a autonomia contratual relacionada com a função social do contrato. No REsp 972.436²⁰⁵, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade.

Por sua vez, a interdependência social supera a concepção individualista e faz crescer a importância de um vínculo racionalmente guiado que estabeleça deveres de cooperação entre as pessoas. Diz Paulo Luiz Netto Lôbo que “para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social”²⁰⁶. Assim, o direito civil se torna palco do conflito entre “a marca funcional do direito na solidariedade e a busca do sujeito de realizar seus próprios interesses com liberdade.”²⁰⁷

Portanto, a autonomia contratual sofre uma redução de importância, já que seu exercício é condicionado pelo princípio da solidariedade e pela função social que deve realizar, de modo que a valorização recebida no passado – sendo considerada um dogma irrevogável da teoria clássica dos contratos - não mais se coaduna com a realidade existente

²⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. p. 95.

²⁰⁵ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR QUE MANTÉM, POR PRAZO INDETERMINADO, A VIGÊNCIA DE CONTRATO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. - O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 972.436/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 12 jun. 2009)

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 92.

no Estado social; sua presença permanece na Teoria dos Contratos, sendo que seu conceito é alcançado de forma limitada e direcionada para a realização de sua função social.²⁰⁸

4.3 A fonte constitucional da autonomia contratual

Robert Alexy, na perspectiva do direito alemão, destaca que tanto a autonomia privada como sua restrição são objetos de garantias constitucionais, demonstrando a íntima relação entre esses aspectos de um mesmo direito, já que a restrição representa a própria valorização da autonomia, e “a forma pela qual se estabelecem as restrições às competências de direito privado é uma questão substancial e, no fim das contas, uma questão de sopesamento.”²⁰⁹

Assim, não se pode esquecer que a realização desse sopesamento significa considerar que entre os particulares envolvidos há uma relação recíproca de titularidade de direitos, mesmo que haja a presença de um poder privado que afaste a situação de igualdade entre as partes e obste o exercício regular da autonomia contratual. Por isso, somente com a satisfação de um ônus argumentativo que fundamente a decisão do caso concreto é que se pode realizar esse sopesamento, que se torna mais robusto quando há, além das normas constitucionais, outras normas de direito privado, regulamentos administrativos e até mesmo precedentes jurisprudenciais sobre a matéria. Mesmo assim, é indevido falar em insuficiência do texto constitucional para incidir nas relações privadas, mas apenas aponta para um modelo que facilita a produção e previsibilidade das decisões judiciais.

Alessandro Somma diz que a literatura alemã aponta um “*rilievo superprimario del principio di autonomia contrattuale*”²¹⁰, sendo utilizada como instrumento de realização da solidariedade e de tutela dos mais fracos. Por sua vez, o *Conseil constitutionnel* francês não encontra um valor constitucional da autonomia contratual, mas reconhece seu implícito valor superior²¹¹.

²⁰⁸ Enunciado n. 23 da 1. Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 540.

²¹⁰ SOMMA, Alessandro. **Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale**: aspetti storico-comparative di una vicenda oncettuale. Milão: Giuffrè, 2000. p. 429.

²¹¹ SOMMA, op. cit., p. 430.

Paulo Lôbo não reconhece *status* constitucional ao princípio da liberdade contratual, seja de forma direta ou mesmo indireta, já que sua previsão nesse nível seria incompatível com sua natureza necessariamente limitada ou limitável.²¹² Cita inclusive que, durante o predomínio do liberalismo nos Estados Unidos, a Corte Suprema americana constitucionalizou a autonomia privada como forma de invalidar as leis que intervinham nas relações privadas de caráter econômico, e que tal entendimento somente foi alterado em 1934, quando produzida a legislação intervencionista do *New Deal*.²¹³

De fato, o texto constitucional brasileiro não traz expressamente qualquer referência à autonomia contratual, o que torna necessário verificar se indiretamente tal princípio foi elevado ao topo hierárquico da ordem jurídica. Para Paulo Nalin, “a autonomia privada é princípio fundamental de todo e qualquer sistema jurídico que se baseia na lógica da relevância da vontade humana ou no poder de autodeterminação da pessoa.”²¹⁴ Para ele, é do princípio constitucional da livre iniciativa que se extrai a natureza constitucional do princípio da autonomia contratual,²¹⁵ entendimento também sustentado por Miguel Reale, porquanto é a liberdade de contratar que permite o exercício prático da livre iniciativa, momento em que se estabelecem os “campos distintos mas complementares de participação econômica”.²¹⁶

Ocorre que o exercício da autonomia contratual ultrapassa os limites da livre iniciativa e da própria atividade econômica, ainda que dela faça parte, já que há a utilização dos contratos entre particulares e que não podem ser enquadrados dentro do conceito de livre iniciativa, que se caracteriza pela organização produtiva profissional movimentada para a celebração de negócios jurídicos, pois, como diz Ana Prata²¹⁷, “se a actividade jurídica negocial é instrumental da actividade económica, ela não a esgota nem se confunde com ela”.

Na verdade, é do próprio princípio geral da liberdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, inspirado na capacidade de autodeterminação para o desenvolvimento das pessoas, que se pode extrair o princípio da autonomia contratual, como sendo uma expressão específica concernente ao exercício de direitos civis negociais. Nesse sentido é

²¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

²¹³ *Ibid.*, p. 49.

²¹⁴ NALIN, Paulo (Coord). **A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 23.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 37.

²¹⁶ REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7.

²¹⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedinal, 1982. p. 199.

também o entendimento de Paulo Mota Pinto,²¹⁸ quando conclui que a liberdade contratual é uma derivação do princípio da autonomia privada, que, por sua vez, é um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade em geral, tudo isso correspondendo a uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade.

E, por mais que haja uma limitação dessa liberdade contratual, deve permanecer necessariamente um espaço de exercício de alguma autodisciplina dos interesses privados do indivíduo, onde poderá exercer os atos da vida civil de acordo com sua própria avaliação de oportunidade e conveniência, ainda que isso consista simplesmente na aceitação daquilo proposto pelo outro contratante. Isso ocorre quando o Estado, mesmo intervindo nas relações contratuais, define que determinado aspecto da relação jurídica permanece sob a disposição das partes, ou mesmo quando a opção reside em apenas um dos aspectos da autonomia contratual (decisão sobre a realização do contrato, escolha do outro contratante ou escolha da forma contratual).

Isso não impede, por certo, que haja outros dispositivos constitucionais que versem, também indiretamente, sobre esse aspecto da autonomia privada, sempre dentro dos limites estabelecidos pela função social que lhe é atribuída, que se faz presente no próprio conceito, na valorização e na proteção do conteúdo essencial da autonomia contratual.

4.4 A autonomia contratual e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor

Tratando da ordem econômica, Eros Roberto Grau²¹⁹ inicia sua lição recorrendo a Max Weber, que criaria uma oposição entre essa ordem e a ordem jurídica; esta seria a esfera ideal do dever ser, enquanto a ordem econômica seria a esfera dos acontecimentos reais.

Disso já se observa a anfibia que reveste o termo “ordem econômica”, ora sendo considerado o conjunto de normas jurídicas que tratam da atividade econômica, e, noutro instante, sendo entendido como as próprias relações econômicas.

²¹⁸ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 379.

²¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 49.

Com isso, tendo em vista que o objeto a ser aqui analisado é o ambiente constitucional – normativo/prescritivo –, utilizar-se-á a sobredita expressão no sentido atribuído por Grau, como sendo “o conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado.”²²⁰

Com efeito, o texto constitucional, em seu art. 170, estabelece que a ordem econômica – acontecimentos reais – atua como um instrumento estatal para alcançar os fins ali elencados, cabendo ao sistema normativo – dever ser – conduzir de modo a assegurar o compromisso constitucional assumido. Utiliza-se a atividade econômica para concretizar o objetivo traçado na Carta Política, por meio da a fixação de condições de validade para os atos realizados no interior daquela ordem fática.

O contrato passa a desempenhar uma função essencial ao funcionamento da dinâmica econômica, tanto que Felipe Sánches Román,²²¹ já no séc. XIX, destacava que o contrato, economicamente considerado, é a grande alavanca da ordem econômica.

Em verdade, é o contrato que movimenta a economia, possibilitando a formação das relações intersubjetivas. Consequentemente, a autonomia contratual também adquire especial importância, sendo tocada pelos condicionamentos já referidos, pois não é mais observada unicamente como uma manifestação de autodeterminação dos contratantes, sendo um verdadeiro instrumento normativo para a concretização do projeto constitucional..

Por sua vez, a livre iniciativa, entendida como o âmbito de liberdade concedida pelo Estado aos particulares de, livremente, organizarem e participarem da atividade econômica, respeitados os objetivos traçados pelo direito positivo, também é reconhecida como um direito constitucional a ser exercido nos limites de sua função social, que se torna uma condição de sua validade. Assim, seu exercício possui limites positivos e negativos: estes para que não se realizem atos contrários às prescrições constitucionais, e aqueles quando impõem alcançar os objetivos traçados pela Constituição Econômica²²².

²²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**: interpretação e crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 59.

²²¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. **Derecho civil español**: comum y foral: parte especial. 2. ed. Madrid: Est. Tipográfico, “Sucesores de Revandeneira”, 1899. t. 4, p. 153.

²²² Utilizou-se aqui, propositadamente, a expressão empregada por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que se adequa de maneira precisa à presente situação. Constituição Econômica significa o “conjunto de normas e

A Constituição italiana de 1947, em seu art. 41 prescreve que a iniciativa econômica privada é livre, não podendo ser utilizada em contraste com a utilidade social ou que acarrete dano à segurança, à liberdade ou à dignidade humana, de modo que a lei determina o programa e o controle mediante o qual a atividade econômica pública e privada possam ser dirigidas e coordenadas ao fim social. Comentando esse dispositivo, Natalino Irti²²³ entende que no primeiro momento, nada de novo restou positivado, já que a tradição constitucional européia, desde o séc. XVIII, reconhecia o direito à iniciativa econômica privada. Já no 2º *comma*, enxerga um limite negativo – *gli obblighi di non fare* – com uma vigorosa tutela da pessoa humana, observando ainda que o legislador constitucional tratou a economia como uma totalidade, unindo o público e o privado, devendo ambos concretizarem o fim social.

Para Luciano Timm²²⁴, a livre iniciativa é inclusive um direito fundamental, já que está umbilicalmente unida ao direito de liberdade *lato sensu*, além de essencial a uma economia de mercado. Assim, mesmo reconhecendo que a Constituição de 1988 adotou um modelo social e programático, pugna por uma releitura liberal desse princípio, de modo a garantir a eficiência e solidez do funcionamento natural do mercado, o que acarretaria uma maior eficácia social do princípio. Timm chega inclusive a dizer que, independentemente do modelo de constituição econômica adotado pelo constituinte, “enquanto não rompido o sistema econômico de mercado (ou capitalista se se quiser), o valor preponderante inescapavelmente deve ser a liberdade economia ou livre iniciativa”²²⁵, além de que não haveria superioridade da questão social sobre a questão econômica.

Ora, de fato, não há como fugir das colocações de Timm, quando afirma a relevância do “sub-sistema econômico” na geração de riquezas. Todavia, isso não implica a perda de superioridade da questão social, mesmo que se reconhecesse ser a livre iniciativa um direito fundamental, uma vez que é o próprio texto constitucional – e esse aspecto não é enfrentado por Timm- que estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

princípios constitucionais relativos à economia – isto é, à ordem constitucional da economia. (...) Trata-se do conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 151).

²²³ IRTI, Natalino. **L’ordine giuridico del mercato**. 13. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 94.

²²⁴ TIMM, Luciano Bennetti. **O novo direito civil: ensaios sobre mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97.

²²⁵ *Ibid.*, p. 101.

humano e na livre iniciativa, tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

Cite-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 319²²⁶, de 04 de dezembro de 1992, em que se questionava a constitucionalidade da lei federal que regulava os critérios de reajuste das mensalidades escolares. O Min. Relator Moreira Alves reconheceu que os valores sociais da livre iniciativa são um princípio fundamental, e não a livre iniciativa isoladamente considerada, o que justificou a atuação legislativa na limitação dos valores exigidos dos alunos.

De natureza relativa, a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, possuindo, em razão disso, uma função social que condiciona sua validade, utilizando-se a atividade econômica para concretizar o objetivo traçado na Carta Política, mediante a fixação de condições de validade para os atos realizados no interior daquela ordem fática.

Esse tratamento já ocorria no início do século passado, restando prescrito, inclusive na Constituição de Weimar, em seu art. 151, que a organização da vida econômica deveria realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana.

Assim, ao optar por exercer a livre iniciativa, o sujeito de direito se verga às condições que lhe são impostas pelo sistema normativo, já que não é ela, isoladamente, um direito fundamental, mas somente adquire essa qualificação quando condicionada à realização dos valores sociais. Esse condicionamento da livre iniciativa à concretização do planejamento

²²⁶ Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2., ao parágrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036)

traçado na Carta Política também afeta infalivelmente a autonomia contratual, reduzindo o espaço outorgado aos contratantes para realizarem seus negócios jurídicos. A fim de alcançar a atividade econômica, indispensável se faz recorrer à autonomia contratual, e, conseqüentemente, ao contrato, de modo que o instrumento é atingido pelas condições e limitações incidentes na realização da livre iniciativa.

Ademais, nossa Constituição estabelece, entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXII), que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Com isso, o consumidor alcançou o *status* de titular de um direito fundamental, cabendo ao ente público efetivar tal mandamento; pela primeira vez, o constituinte nacional tratou expressamente do consumidor, reconhecendo suas peculiaridades e atribuindo-lhe uma tutela diferenciada.

Não bastasse isso, o legislador constitucional originário incluiu a defesa do consumidor entre os princípios da ordem econômica, visando alcançar a justiça social.

Desse modo, a intervenção do Estado nas relações privadas que envolvem consumidores encontra dupla fundamentação constitucional, tanto em decorrência do contratante vulnerável – titular de direito fundamental - como também para concretizar os vetores traçados pela Lei Fundamental em relação à ordem econômica.

Na óptica de Rui de Alarcão,²²⁷ a proteção do consumidor constituiria uma exigência sócio-política e jurídica da contemporaneidade, “que convoca o direito privado e o direito público, numa perspectiva inter e pluridisciplinar, e até com assento ou cobertura constitucional.”

Com efeito, apesar de toda a evolução incidente na Teoria contratual, somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor é que se dispensou uma tutela especial a um grupo determinado em razão de sua natureza jurídica – destinatário final. Diante disso, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “a lesão a um consumidor não é a um indivíduo determinado, mas a toda uma coletividade: por isso tais interesses são denominados difusos.”²²⁸

²²⁷ ALARCÃO, Rui de. Contrato, democracia e direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 3-12, 2001, p. 6.

²²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

Todavia, Norbert Reich²²⁹ narra que, no pensamento jurídico alemão, haveria surgido crítica a essa filosofia de proteção ao consumidor; seria a crítica dos chamados *Sonderprivatrechte* (Direitos Privados Especiais).

O fundamento dessa censura é que o Código Civil deveria ser visto não só como um conglomerado de regras jurídicas unidas de forma sistemática, mas também como o *Strukturmodell* (modelo básico) dos negócios jurídicos civis sob as regras da liberdade contratual e da igualdade formal de sujeitos de direito, em que o contratante deveria ser submetido às mesmas regras, a não ser que certas noções de comércio justificassem determinadas exceções, como forma de facilitar transações comerciais. Assim, a busca por extrair do Direito Civil ordens jurídicas distintas como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e o Direito de Locação teria sido criticada, porquanto entendida como sobrecarga para a unidade do sistema jurídico.

Para Reich, “temia-se que os princípios norteadores do Direito Civil, como a liberdade contratual, igualdade dos sujeitos de direito e responsabilidade por culpa não seriam admitidos por muito tempo em ordens jurídicas distintas.”²³⁰

Ocorre que essa legislação protetora, constitucionalmente prevista, tem como consequência necessária a criação de um campo de aplicação legal distinto do tradicional, já que versa sobre situações especiais definidas por meio de critério também constitucional.

É que, com o surgimento da chamada “sociedade de consumo” – a qual, por sua vez, decorre da massificação e urbanização social -, esse grupo adquiriu importância antes inimaginável, pois sua influência na atividade econômica do Estado reflete sobremaneira nas relações sociais, necessitando uma tutela diferenciada, já que, no mais das vezes, encontrar-se-ão em polos opostos um sujeito economicamente robusto e um indivíduo faticamente vulnerável.

Entre as características dessa sociedade, pode-se mencionar a uniformidade de tratamento, mediante uma igualização dos consumidores/contratantes, o que acarreta uma

²²⁹ REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. Tradução de Débora Gozzo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, n. 728, p. 11-36, 1996, p. 18.

²³⁰ *Ibid.*, p. 18.

despersonalização das relações negociais; é, para Luis Diez-Picazo²³¹, o anonimato do indivíduo imerso na sociedade massificada, pois quem se relaciona com eles não tem nome, rosto, ou real possibilidade de identificação.

Como consequência, utiliza-se de instrumentos contratuais cujo conteúdo é predisposto pela parte mais forte, restando ao consumidor aderir ao negócio jurídico proposto e suprir sua necessidade. Entre eles, podem-se citar as Condições Gerais dos Contratos, que posteriormente serão convertidas em Contrato de Adesão, não restando espaços para a negociação.

Prescinde-se, portanto, de um efetivo conhecimento das partes contratantes, ou mesmo de uma atividade negocial pré-contratual para a fixação do conteúdo da avença; os efeitos jurídicos surgem com a simples aceitação. Nesses negócios jurídicos, há quase que uma ruptura por completo da ideia tradicional do contrato, como causa de expressão da vontade ou da autonomia da vontade e como causa de autoregulamentação dos interesses de duas partes equiparáveis.

Diante disso, as normas consumeristas são desenvolvidas para resolver problemas econômicos e sociais que não cabem nas noções tradicionais de direito privado, exigindo também uma adaptação da ordem normativa e da própria ciência jurídica; do contrário, as soluções alcançadas seriam verdadeiros óbices ao desenvolvimento econômico e social.

²³¹ DIEZ-PICAZO, Luiz. **Derecho y masificación social**: tecnologia y derecho privado. 2. ed. Madrid: Civitas, 1987. p. 24.

5 O PODER PRIVADO E A EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Surgida na Alemanha na metade do séc. XX, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em que o Presidente do clube de imprensa de Hamburgo (chamado Erich Luth), em 1950, solicitou aos proprietários e frequentadores de salas de cinema que boicotassem um novo filme realizado pelo diretor Veit Harlam, que era anti-semita durante o período nacional-socialista. Este, por sua vez, ingressou em juízo alegando que aquela solicitação era ilegal. No julgamento, o Tribunal reconheceu que a Lei Fundamental estabeleceu uma ordem objetiva de valores, os quais também influenciavam o direito civil, de modo que reconheceu o direito à liberdade de opinião de Luth.

Na verdade, o texto da Constituição alemã diz que os direitos fundamentais vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que só poderia ser dirigida ao Estado. Por isso, surgiu grande debate sobre o tema, gerando entendimentos diversos, desde a impossibilidade de estender a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, passando pela restrição da eficácia, que seria sempre mediata e indireta (tese que prevaleceu na Alemanha).

No Brasil, em razão do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, prevalece o entendimento de que a eficácia é direta e imediata, sem a necessidade de interposição do Estado, o mesmo ocorrendo com a Constituição Portuguesa de 1976, o qual em seu art. 18, 1, prescreve que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Com efeito, a divergência entre as conclusões alcançadas na Alemanha, em Portugal e no Brasil é, em grande medida, apenas aparente, em razão do próprio texto constitucional de cada país, que impede uma recepção acrítica das teses reciprocamente desenvolvidas.

Na verdade, Claus-Wilhelm Canaris reconhece que, mesmo sendo o Estado o único destinatário dos direitos fundamentais, a ele incumbe o dever de proteção nesta seara, inclusive quando as lesões são praticadas entre particulares²³².

De fato, os termos das Constituições Brasileira e Portuguesa, bem diferentes daquilo previsto pela Constituição Alemã, poderiam sugerir que a solução fosse simples, sem a necessidade de um maior debate sobre o tema. Porém, forçoso se faz perceber que o tema é complexo, e exige uma reflexão cuidadosa, já que há relações contratuais em que, efetivamente, existe uma igualdade entre as partes que permita uma autolimitação de direitos. Mesmo reconhecendo a normatividade do texto português, Joaquim de Souza Ribeiro afirma que “se fica claro que o conteúdo dessas disposições vincula os sujeitos de direito privado, permanece a dúvida sobre os precisos termos em que tal vinculação se dá. De modo que, também entre nós, a questão não dispensa uma reflexão doutrinal alargada.”²³³

5.1 Critérios para mensurar a intervenção estatal nas relações contratuais

Teresa Negreiros desenvolve a ideia de um paradigma da essencialidade, como forma de realizar uma classificação dos contratos e definir o regime jurídico aplicável, devendo-se distinguir os contratos onde há interesses extrapatrimoniais daqueles que envolvem apenas interesses patrimoniais, já que a tutela da dignidade da pessoa humana estabelecida pelo texto constitucional impõe “o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais.”²³⁴ Ainda, essa essencialidade do bem seria decisiva para caracterizar a vulnerabilidade da parte, nos casos onde não for presumida juridicamente. Assim, caberia ao juiz, diante do exame do caso concreto, analisar a natureza, a destinação e o grau de utilidade do bem contratado, para definir o regime jurídico aplicável.²³⁵

Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens tidos como essenciais, prossegue afirmando, estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável, ao passo que os contratos os quais tenham por

²³² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. (SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 240.

²³³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos**: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 20.

²³⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 450.

²³⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 459.

objeto bens supérfluos regem-se pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando a regra da mínima intervenção heterônoma.²³⁶

Assim, o grau de intervenção na relação contratual seria definido de acordo com o grau de utilidade existencial do bem contratado, mediante aquilo que Piero Perlingieri chamou de “uma tutela qualitativamente diversa”²³⁷, que permitiria o funcionamento de um sistema econômico misto, conciliando o livre desenvolvimento da pessoa com o pluralismo econômico.

Já Daniel Sarmiento afirma que a autonomia privada deve ser mais preservada quando o negócio jurídico envolver bens de caráter supérfluo para a personalidade humana, ao passo que o dirigismo estatal deve ser mais intenso quando envolver bens essenciais para a vida humana. “Isso porque, embora os bens essenciais também circulem no tráfico jurídico através de negócios patrimoniais, eles se ligam a valores existenciais, na medida em que se afiguram indispensáveis para o atendimento de necessidades básicas.”²³⁸

Ocorre que a própria autora reconhece a dificuldade de se estabelecerem critérios científicos para identificar o que é supérfluo, útil ou essencial, ou mesmo estabelecer abstratamente uma ordem hierárquica das necessidades humanas.²³⁹ Na verdade, isso exigiria que houvesse um amplo conhecimento entre as partes contratantes, como forma de saber se aquele bem objeto da avença é essencial, útil ou supérfluo para o outro contratante, o que não se mostra possível, já que a velocidade das relações contratuais dispensam esse conhecimento inter-subjetivo. Imagine-se que dois contratos de compra e venda de veículos, celebrados pela mesma concessionária, teriam regimes jurídicos diversos, quando os outros contratantes fossem um taxista e um cidadão comum.

Para H. C. Nipperdey, alguns direitos fundamentais são tão fortemente uma expressão geral de princípios que devem existir em uma sociedade que pretende ser bem, justa, liberal e socialmente ordenada, de modo que seus efeitos não devem ser limitados à relação entre Estado e cidadão, sendo imprescindível também incidir nas relações entre os “consortes

²³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 453.

²³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 34.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180.

²³⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 455.

jurídicos.”²⁴⁰ Por isso, Nipperdey diz que é diversa a intensidade do efeito dos direitos fundamentais na relação do particular com o Estado, quando comparada à relação entre sujeitos privados, pois nesta cada um deles é titular de direitos fundamentais, de modo que “os titulares de direitos fundamentais, que estão face a face, têm a liberdade de delimitar sua posição jurídica um do outro, isto é, de compatibilizar eficazmente certas limitações de sua posição jurídico-fundamental”²⁴¹, desde que não atingido o núcleo essencial do direito fundamental particular, o que só pode ser analisado diante do caso concreto.

Porém, isso somente pode ocorrer quando há uma situação de igualdade real e jurídica, onde a influência sobre sua própria esfera jurídico-fundamental seja efetivamente livre, tornando possível exercer a autonomia privada e a liberdade de contratar, desenvolvendo-se seu efeito de norma de liberdade em “sentido autêntico”, especialmente na capacidade de se “contrair eficazmente limitações da esfera de liberdade própria”²⁴², sendo defesa quando há a presença do poder privado de uma das partes, assemelhando-se à natureza de superioridade existente na relação entre Estado e cidadão, o que só pode ser verificado com a análise do caso concreto. Por isso, diz que a existência de poderes sociais é “o ponto de início e de partida da doutrina do efeito absoluto dos direitos fundamentais”.²⁴³

Assim, deve ser respeitado o juízo avaliativo dos particulares quando celebram negócios jurídicos e assumem obrigações que mantêm o conteúdo essencial de seus direitos, afastando-se uma intervenção judicial que sobreponha uma ponderação objetivamente realizada em sede legislativa. Porém, tais colocações somente valem quando estão reunidas, em ambos os contratantes, condições que permitam o exercício dessa autotutela.

Entretanto, se no campo do direito público não há dificuldade para identificar quem deve ser considerado forte e fraco na relação jurídica, no direito privado, um reconhecimento *a priori* de tais posições pode comprometer o equilíbrio entre algumas relações onde há uma autonomia real para exercer a liberdade contratual. Por isso, o elemento que irá mensurar a intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais é a existência de um poder privado de uma das partes, que comprometa o exercício de direitos fundamentais da outra.

²⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: SAFE, 2011. p. 62.

²⁴¹ Ibid., p. 63.

²⁴² Ibid., p. 86.

²⁴³ Ibid., p. 85.

Todavia, Joaquim de Souza Ribeiro questiona a ideia de que o cenário de disparidade de poder privado, por si só, impossibilita que a parte mais fraca exerça a defesa de seus interesses na relação contratual, o que justificaria um regime especial de tutela pelo Estado. É que o conceito de poder privado (*bargaining power*) teria um alto grau de indeterminação, especialmente quando tal conceito envolve todos os fatores suscetíveis de gerar a capacidade de impor indevidamente os interesses próprios na contratação²⁴⁴. Mesmo assim, reconhece que a medida do grau da limitação à liberdade contratual pela verificação da intensidade do poder privado será sempre um fator de insegurança, “mas esse é, à luz da ponderação global dos valores e princípios contrapostos que estruturam o ordenamento, um preço a pagar, para a garantia de soluções adequadas e justas.”²⁴⁵

Entretanto, isso não impede que se busque, por razões de certeza jurídica, um critério mais preciso para identificar a medida da intervenção, razão pela qual afasta, de imediato, a viabilidade de se considerar apenas a disparidade de poder privado como critério abstrato de definição da intensidade da tutela estatal, especialmente porque seria utópico exigir uma paridade absoluta entre os contratantes, além de não definir os aspectos do poder privado que devem ser analisados.

Assim, verificando que, mesmo quando não há uma relação de poder que seja desfavorável a uma das partes, pode haver uma situação de debilidade negocial quando o modo de contratar impossibilita o exercício de qualquer influência nos termos contratuais, a fonte primária da desigualdade entre as partes reside na forma de contratar, de modo que o critério vem da própria relação, e não de fora dela, na medida em que o eixo de valoração deixa de ser a disparidade de poder entre as partes e passa a ser o regime de contratação, realizado mediante cláusulas provenientes de uma vontade privada com incidência normativa, sem a possibilidade de decisão de ambos.

Para Joaquim de Souza Ribeiro, há hipóteses em que a autodeterminação é comprometida por circunstâncias alheias à esfera do contratante superior, tal como o

²⁴⁴ Para Boaventura de Souza Santos, há uma pluralidade de formas de poder dentro da sociedade, e seu exercício decorre sempre da combinação destas formas, o que dificulta medir o grau de desigualdade entre as partes e analisar a intensidade que elas afetam as atividades das pessoas ou grupos envolvidos. (SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 267).

²⁴⁵ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 155-156.

contratante inferior, por meio de uma ponderação racional de seus interesses, torna-se fiador e assume compromissos superiores a sua condição por um laço de afeto do devedor. Assim, afirma que a fragilidade da posição de um dos contratantes “não surge em função da supremacia do seu parceiro contratual, mas de perturbações no processo formativo da sua vontade, causadas pela interferência de factores emocionais, do seu foro próprio, ainda que advindos de uma relação familiar com um interessado no negócio.”²⁴⁶

Com efeito, é importante destacar que não se está a restringir a incidência dos novos princípios contratuais às hipóteses onde há uma situação de poder privado, uma vez que tal restrição não consta no texto constitucional ou na legislação ordinária. Apenas tal critério é utilizado para mensurar o grau de intervenção estatal necessário para assegurar a proteção dos contratantes.

Imaginem-se dois contratos de compra e venda de veículo, em que um deles é celebrado entre dois amigos que, após tratativas prévias, elaboram o conteúdo do contrato, e outro celebrado entre um consumidor e uma concessionária mediante contrato de adesão. Por certo, ainda que ambos estejam submetidos ao princípio da função social, o grau de disponibilidade, ou seja, de autonomia contratual, assegurado aos contratantes é bem diverso, tanto pela existência do poder privado como pela forma contratual utilizada.

No direito tedesco, Claus-Wihelm Canaris²⁴⁷ menciona o caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1993, que alterou a conclusão alcançada pelo Superior Tribunal Federal em hipótese que versava sobre a celebração de fiança por pessoa que praticamente não possuía património suficiente para pagar mais do que os juros da dívida. O Superior Tribunal Federal considerou válido o negócio jurídico, fundamentando-se na legitimidade do exercício da liberdade contratual, o que permitiria inclusive a celebração de fiança dessa magnitude.

Ao apreciar tal decisão em grau revisional, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que o exercício da autonomia contratual deve respeitar os direitos fundamentais, o

²⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 161.

²⁴⁷ CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 230.

que, naquele caso, não teria ocorrido, uma vez que lesado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Todavia, mostra-se em descompasso com essas características a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 407.688²⁴⁸, em que se entendeu ser válida a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação, não obstante ser vedada para o próprio locatário. Naquele caso, colocou-se a existência de um embate entre o direito à moradia e a autonomia contratual, ambos com assento constitucional, o que tornaria necessário realizar um juízo de ponderação.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o exercício da autonomia contratual, por sua natureza constitucional extraída do direito à liberdade, pode afastar da esfera individual o direito fundamental social à moradia, permitindo-se a penhora de bem de família do fiador. Tal conclusão, longe de valorizar a autonomia contratual, expõe a forma velada como vem sendo realizada uma sobreposição do aspecto econômico em detrimento do jurídico-constitucional.

Trata-se, por certo, de situação semelhante ao caso alemão. Porém, naquela hipótese, reputou-se que, para exercer a autonomia contratual e assumir a fiança, era necessária a presença de um patrimônio relevante que garantisse o direito sem comprometer direitos fundamentais. Para Joaquim de Souza Ribeiro, a decisão alemã é mais representativa da tendência de um maior atendimento aos valores existenciais da pessoa do que a valores patrimoniais, pois a desoneração do encargo econômico decorreu da restrição que representava para as opções de vida do devedor, de modo que “a visão do patrimônio como suporte da personalidade, como condição material mínima de uma existência com sentido, sobreleva aqui nitidamente a sua função de garantia de créditos.”²⁴⁹

²⁴⁸ Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

²⁴⁹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos**: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 29.

Alcançando conclusão semelhante, mesmo sem recorrer a uma ética comportamental e utilizando o critério da proporcionalidade, o Código do Consumidor francês, em seu art. L. 313-10 estabelece que a instituição de crédito não pode celebrar um contrato de garantia de uma operação de crédito [do consumidor ou de hipoteca], com um indivíduo cuja obrigação era, na sua conclusão, claramente desproporcional aos seus bens e rendimentos.

Isso decorre da tendência de se colocar a pessoa no centro do direito civil, em detrimento do aspecto meramente patrimonial, criando uma área comum entre o direito público e o direito privado e que sofre a interferência de normas de ambos os lados. Na verdade, reconhecer a pessoa humana como centro do direito civil significa realizar uma releitura dos institutos jurídicos do direito privado, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais, sem que isso implique o afastamento total do aspecto patrimonial.

Assim, questionando-se sobre quem é essa pessoa humana que passa a ocupar o ápice axiológico do direito civil, Judith Martins-Costa reconhece que já não se trata do sujeito de direito sempre igual titular de capacidade para fazer movimentar a ordem jurídica. Agora, o que se buscam são as pessoas concretas, fundamentalmente desiguais em suas possibilidades e em suas personalidades. “Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, 'fazendo a ponte entre o público e o privado.' E um novo princípio passa a habitar, implícita ou explicitamente, o universo constitucional: o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.”²⁵⁰

Na verdade, o princípio da autonomia da vontade não pode mais inspirar o direito contratual atual, tal como ocorrido no início do século XIX, já que sua limitação é um fato inquestionável na sociedade moderna, seja em decorrência da ação do outro contratante, seja em virtude da ação estatal, a qual, mediante legislação específica, inclui nas relações contratuais obrigações que não nascem da vontade das partes, e sim da estipulação do direito objetivo vigente.

²⁵⁰Os direitos humanos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71-72.

6 CONCLUSÃO

Sendo a ciência do direito uma ciência social, não há como deixar de reconhecer a influência que sofre tanto das alterações políticas como econômicas; cabe ao jurista incluir, em seu estudo normativo, todos esses aspectos da sociedade, considerando a interação existente entre eles.

A evolução do Estado moderno demonstrou a alternância dos valores vigentes em um dado período, inicialmente com o poder absoluto do soberano, para, em seguida, acolher uma ampla liberdade formal dos indivíduos, com um afastamento da figura estatal nas relações subjetivas privadas; não por acaso são valores opostos. Por sua vez, vive-se hoje em um Estado que supera o individualismo pregado pela doutrina do liberalismo, passando a interferir nas relações privadas como forma de, concretamente, garantir o exercício dos mandamentos constitucionais. Mesmo assim, não se afasta totalmente da estrutura montada pelo período liberal, porquanto permanece a centralização do Poder estatal e a técnica legislativa de produção do direito. Além disso, alguns valores são mantidos, tais como a liberdade e a segurança jurídica, sendo todavia redefinidos considerando uma dimensão econômica e social que não havia no período anterior.

Há, inegavelmente, uma renovação da teoria contratual, que passa a apresentar uma argumentação mais aberta e contextualizada com as demais ciências sociais, uma vez que as consequências passam a condicionar a própria validade do conteúdo dos contratos.

A existência de um poder privado compromete o próprio exercício da liberdade, de modo que esta não mais pode ser considerada como o princípio supremo dos contratos, ganhando importância a situação social e econômica dos contratantes, pois esses elementos comprometem o exercício de outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento, sendo inadequado analisar o contrato apenas em seu aspecto consensual.

A complexidade da sociedade atual exige que as respostas sejam encontradas mediante um diálogo entre as racionalidades sociais, rejeitando-se análises isoladas. Porém, os limites e os objetivos da atividade econômica permanecem sendo atribuições do sistema jurídico, e é o texto constitucional que realiza essa confluência, garantindo o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, condicionando seu exercício à satisfação de finalidades definidas pelo Estado.

De fato, é inadequado manter um total antagonismo entre os princípios individualistas do mercado e os valores sociais, mas a compatibilidade entre eles deve ser fruto de uma construção orientada pela supremacia dos princípios constitucionais fundamentais. Os vetores constitucionais impedem que a pressão exercida pela pretensão de superioridade da racionalidade econômica, pretendendo transformar o âmbito normativo em seu instrumento de proteção das chamadas leis do mercado, obtenha êxito.

O respeito às leis não está submetido a uma mera produção de vantagens para qualquer das partes, pois a observância ao direito posto deve ser fundamentado no consenso que legitima sua produção e que produz uma obrigação jurídica, sobrepondo-se a cálculos individualistas de custos e benefícios.

Não há que se falar em privilégios indevidos decorrentes de um tratamento diferenciado outorgado a determinadas categorias, porquanto valoriza as circunstâncias do caso concreto, de modo a garantir a remoção da desigualdade material e permitir a realização de uma ponderação dos direitos em conflito.

Para tanto, o estado estabelece uma regulação da relação contratual por normas cogentes orientadas pelos valores constitucionais e que reduz o âmbito de decisão dos particulares, promovendo uma aproximação entre o direito público e o direito privado, que além de manterem uma recíproca abertura cognitiva passam a possuir uma unidade valorativa constitucionalmente estabelecida que vincula todo o sistema jurídico e todas as relações subjetivas.

Ademais, a maleabilidade dos princípios permite uma abertura do sistema jurídico sem que haja uma indevida interferência heterônoma do sistema econômico ou político, facilitando o ingresso controlado das racionalidades externas ao âmbito jurídico, cabendo ao Poder Judiciário preencher a vagueza terminológica com as características do caso concreto e atualizar o sistema pelas novas complexidades sociais, ao passo em que o fechamento do sistema é mantido pela decisão judicial, que tem elevada sua função orientadora.

Além disso, há o crescimento do chamado Estado Regulador, que passa a atuar nas relações privadas com a produção de regulamentos administrativos, cuja precisão do conteúdo reduz o âmbito de criatividade do Poder Judiciário e permite uma maior previsibilidade das decisões.

Na verdade, a constitucionalização do direito privado que promove a funcionalização da autonomia contratual, uma vez que aproxima alguns institutos civis da natureza cogente e diretiva das normas de direito público, o que reduz o âmbito de exercício da liberdade na esfera contratual. Em razão disso, o direito subjetivo não pode ser visto como um poder vinculado apenas à vontade individual de seu titular.

A função social dos contratos é um princípio que permite a abertura para a análise dos efeitos de determinado tipo de relação contratual, tanto entre as partes como também dentro da sociedade, comparando-o à função que o ordenamento jurídico lhe estabeleceu. Para tanto, limita-se o poder regulatório das partes para que as consequências da relação contratual não obstem os objetivos constitucionalmente traçados.

Por sua vez, o texto constitucional brasileiro não traz expressamente qualquer referência à autonomia contratual, mas ela pode ser extraída do próprio princípio geral da liberdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, inspirado na capacidade de autodeterminação para o desenvolvimento das pessoas, como sendo uma expressão específica concernente ao exercício de direitos civis negociais, o que não impede haver outros dispositivos constitucionais que tratem sobre este aspecto da autonomia privada.

A livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, possuindo, em razão disso, uma função social que condiciona a validade de seu exercício. Portanto, não é ela, isoladamente, um direito fundamental, mas somente adquire essa qualificação quando realiza os valores sociais estabelecidos na Constituição. Isso também afeta infalivelmente a autonomia contratual, reduzindo o espaço outorgado aos contratantes para realizarem seus negócios jurídicos, uma vez que é o contrato que movimenta a economia, possibilitando a formação das relações intersubjetivas.

A intensidade da intervenção estatal na relação contratual é definida pelo grau de poder privado exercido por um dos contratantes, o que pode ser verificado pela forma de contratar utilizada pelas partes.

De tais colocações, é possível notar a propensão de pôr a pessoa no centro do direito civil, promovendo-se uma releitura dos institutos jurídicos do direito privado, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais, sem que isso implique o afastamento total do aspecto patrimonial.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Tradução Castelhana de Gabriela L. Alonso, Barcelona: Gedisa, 1999.
- ALARCÃO, Rui de. Contrato, democracia e direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 3-12, 2001.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTAVILA, Jayme de. **A origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Melhoramentos, 1964.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Paulo (Org.). **Pós-neoliberalismo**: políticas sociais e o estado democrático. Tradução de Emir Sader e Luis Fernandes. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. I
- ARISTÓTELES (384-322 a.C). **.Política**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ATIYAH, P. S.; SMITH, Stephen A. **Atiyah's introduction to the law of contract**. 6th ed. Oxford:Oxford University Press , 2006. (Clarendon Law Series).
- BARBERA, Augusto. **Le basi filosofiche del costituzionalismo**. Roma, Laterza, 1997.
- BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.
- _____.**O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- BESSONE, Mario. **Istituzioni di diritto privato**. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati, Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política, 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- _____.**Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, Df, 10 set. 1997, p. 19941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm. Acesso em: 12 dez. 2012.
- BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument Acesso em: 22 set. 2011
- BRAVO, Federico de Castro y. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas. 1989.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato de. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código Civil versus Constituição? In: SILVA, Artur Stanford da. **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2001.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas: **Law and economics**. California: Addison Wesley Longman, 2000.
- DABIN, Jean. El derecho subjetivo. Tradução de Francisco Javier Osset. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1955.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 49, n. 139, p. 5-13, jan./fev. 1952.
- _____. A igualdade perante a lei e o *due process of law*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 46, n. 127, abr. 1948.
- DIAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1992.
- DIEZ-PICAZO, Luiz. **Derecho y masificación social: tecnologia y derecho privado**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1987.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho publico y privado**. Buenos Aires: Heliasta S.R.L,1975.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução de Mônica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FLOREZ-VALDÉZ. Joaquin Arce Y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**, São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Código civil: projeto Orlando Gomes**, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: Interpretação e crítica**, 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do estado**. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

HABERMAS, Jurgen. O Espaço Público, 30 anos depois. Tradução de Vera Ligia C Westin. **Caderno de Filosofia e Ciências Humanas**, ano 7, n. 12, abr. 1999.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAYEK, Frederick. **O Caminho da servidão**. 5. ed. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

_____. **The road to serfdom: text and documents, the definitiv edition**, Hayek, edited by Bruce Caldwell, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Moraes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Águas e Empresarial**. São Paulo, ano 12, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 13. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Lógica**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. Tradução de Eduardo García Maynez, México: Colofon, 1994.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LANDO, Ole.; Beale, Hugh (Ed.). **Principles of European contract law**: parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. Dordrecht: M. Nijhoff, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Do contrato no estado social**. Maceió: Edufal. 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, 2002.

_____. Transformações Gerais do Contrato. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas**, Maceió, ano 1, n. 1, p. 243-253, jul./dez. 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existencia. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Limitada, 1990. t. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cohen Editor, 1947. v. 1.

_____. **Democracia, igualdade, liberdade: os três caminhos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 4.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38.

NALIN, Paulo (Coord.). **A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Do contrato: conceito pós moderno**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

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

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2009.

NIPPERDEY, H. C. **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: SAFE, 2011.

ORTEGA y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Tradução de Herrera Filho. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959.

PENNA, Lincoln de Abreu (Org.). **Manifestos políticos do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: E-pappers, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

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

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 379.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno: uma introdução sociológica.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

POMBO, Eugenio Llamas. **Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil.** 2. ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

PORRUA PEREZ, Francisco. **Teoria del estado.** 5. ed. Mexico, Porrúa, 1969.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **A economia da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. L'economia e il giurista, In: ALPA, Guido et. al. **Analisi economica del diritto privato.** Milano: Giuffrè, 1998.

_____. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Lisboa: Almedina, 1982.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales.** Madrid: Debate, 1994.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução de L. Cabral de Moncada, 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **Introdução à ciência do direito.** Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 1997.

REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. Tradução de Débora Gozzo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 728, p. 11-36, 1996.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direitos dos contratos: estudos.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

_____. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 2003.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** 2. ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

.SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea.** Recife: Imprensa Universitária, 1964.

SOMMA, Alessandro. **Autonomia privada e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-comparative di una vicenda oncettuale.** Milão: Giuffrè, 2000.

SANCHES AGESTA, Luiz . **Curso de derecho constitucional comparado.** Madrid: Nacional, 1965.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. **Derecho civil español: comum y foral. Parte Especial.** 2. ed. Madrid: Est. Tipográfico, "Sucesores de Revandeneira", 1899. t. 4.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. O impensável aconteceu. **Revista Carta Maior**, 24 set. 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TENÓRIO, Oscar. Napoleão e o Código Civil. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, ano, 16, n. 112, jan/mar. 1971.

TIMM, Luciano Bennetti. **Uma nova teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O novo direito civil: ensaios sobre mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Bennetti. **Novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 9788530924089.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da Teoria Social**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VALVERDE y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español: parte general**, 3. ed. Valladolid: Talleres Tipográficos, 1925. t. 1.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 74, n. 261, p. 27-35, mar. 1978.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón, Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.