

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

**A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS E SUA
FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM OLHAR
SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA E A
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL
ATIENZA**

NADYA REGINA GUSELLA TONIAL

Itajaí-SC novembro de 2021

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

**A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS E SUA
FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM OLHAR
SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA E A
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL
ATIENZA**

NADYA REGINA GUSELLA TONIAL

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coorientadora: Professora Doutora Cleide Calgaro

Itajaí-SC, novembro de 2021

AGRADECIMENTOS

“A gratidão é a memória do coração.”
(Antístenes)

É preciso agradecer:

Primeiramente, a Deus pela vida, pela saúde e força de seguir a cada dia.

Aos meus amores Liana e Liandro, por estarem sempre ao meu lado. Obrigada Liana pelo carinho, apoio e compreensão! Obrigada Liandro pela parceria, paciência, carinho e motivação!

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, na pessoa do Professor Dr. Paulo Márcio Cruz e à Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UPF, na pessoa do Professor Dr. Liton Pilau Sobrinho, pela oportunidade na realização deste trabalho.

Ao orientador, Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho pela atenção, apoio, empréstimo de materiais, orientação segura e amizade.

À coorientadora, Professora Dra. Cleide Calgaro pela orientação, carinho e disponibilidade.

A todos os Professores do PPCJ-UNIVALI, por compartilharem seu conhecimento.

Aos funcionários do PPCJ-UNIVALI pela atenção e auxílio prestados

À mãe Teresinha por ser nosso exemplo de dedicação e persistência. Você e o pai Lido sempre serão nossa base segura.

Aos meus queridos, irmãos André (Cristina) e Patrícia (Marco) e aos amados sobrinhos Felipe, Manuela, Antônio e João por formarem nossa família e pelo suporte de carinho e de apoio.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao amado pai Lidovino, que nos deixou, fisicamente, durante a caminhada do doutorado. Pai, você é o exemplo do portar-se de modo leal e correto e do valorizar a confiança! Você estará sempre em nossos corações!

À Liana e ao Liandro, por existirem e viverem na minha vida! Amo vocês!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, novembro de 2021.



Nadya Regina Gusella Tonial
Doutoranda

P Á G I N A D E A P R O V A Ç ã O
DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 06/12/2021, às 14 horas, a doutoranda NADYA REGINA GUSELLA TONIAL fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título “A BOA FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS E SUA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM OLHAR SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutora Cleide Calgaro (UCS) como coorientadora, Doutor Ricardo Hasson Sayeg (PUC/SP e UNINOVE) como membro, Doutora Juliana Oliveira Domingues (USP/SP) como membro, Doutor Rogério da Silva (UPF) como membro, Doutor Paulo Márcio da Cruz (UNIVALI) como membro, Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI) como membro suplente e Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente

Itajaí (SC), 06 de dezembro de 2021.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

ROL DE CATEGORIAS

Argumentação Jurídica: função que se mostra ligada à substituição “do paradigma cientificista pela ideia de uma ciência do Direito mais abrangente”. Em outras palavras, que defende “uma ciência do Direito que passa a pretender encontrar instrumentos não só para *explicar* como se forma uma decisão jurídica, mas para *justificá-la*: em suma, o teórico do Direito passa a perguntar menos *como(?)* e mais *por quê(?)*.”¹

Boa-fé objetiva: é uma norma que determina que cada parte deve ajustar sua conduta para agir com lealdade, correção, honestidade, e considerando “as expectativas legitimamente geradas, [...] nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional”.²

Capitalismo neoliberal: modelo que representa a economia de atuação global que relativizou “os fundamentos do Estado e da economia nacional”. Esse modelo econômico apresenta-se sem fronteiras pelas empresas transnacionais, que atuam no âmbito mundial e possuem o poder de mudar seus investimentos para os Estados que lhes proporcionem melhores condições de lucro, com mais incentivos financeiros, menores tributos e mão de obra com menor custo.³

Cláusulas gerais: normas abertas que, ou seja, “um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o ‘*corpus juris*’ vigente com princípios”. Logo, o “juiz é, também, um legislador para o caso concreto”. A codificação civil brasileira assumiu “progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito”.⁴

Constitucionalismo: representa “*un ordenamiento jurídico constitucionalizado [...]*

¹BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 65. Grifo dos autores.

²MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 411-412.

³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 15.

⁴COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 25 Número 97 jan./mar. 1988. p. 180.

*se caracteriza por poseer una Constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales”.*⁵

Constitucionalização do direito: *“genera la irradiación de los valores contenidos en los principios y reglas presentes en la Constitución por todo el ordenamiento jurídico”.* É potencializada por características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo, dentre elas a centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema e teoria da argumentação.⁶

Constituição: é a *“norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponha inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos”.* Logo, a Constituição é a juridicização da democracia.⁷

Contrato: é o acordo de vontades que cria, modifica ou extingue direitos, limitado pela função social e à luz da boa-fé objetiva.

Dignidade da Pessoa Humana: é a “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁸

⁵ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. ***El canon neoconstitucional***. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 265. Tradução livre: um ordenamento jurídico constitucionalizado [...] caracteriza-se por ter uma Constituição densamente povoada de direitos e capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos ou as relações sociais”.

⁶BARROSO, Luís Roberto. ***El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho***. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 67. Tradução livre: “irradia os valores contidos em princípios e regras presentes na Constituição por todo o ordenamento jurídico.”

⁷REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In: CARBONELL, Miguel. ***Teoría del neoconstitucionalismo***. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 32. Tradução livre: “norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicável, que garante a limitação do poder para que este, na medida em que provém do povo, não se imponha inexorablemente à livre condição dos próprios cidadãos.”

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito

Diretriz da eticidade: com base na dignidade da pessoa humana, implementa a tutela da confiança e provoca uma verdadeira transformação nos contratos, que eticiza as relações, coloca o ser humano no centro no ordenamento, com o objetivo de realizar “suas necessidades fundamentais, pessoais e coletivas.”⁹

Estado Democrático de Direito: Tal modelo estatal visa “conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, [...] mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”, com o intuito de realizar a “*transformação do status quo*”.¹⁰

Estado Liberal de Direito: é aquele que surgiu “aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* [...], a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.”¹¹

Estado Social de Direito: Esse modelo caracterizou-se por intervir em setores da vida privada, contudo, não abandonou as garantias jurídicas do Estado de Direito, assumindo “*compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social*.”¹²

Giro argumentativo: caracterizou a filosofia do direito, nas últimas décadas, fazendo com que o direito pudesse ser compreendido, como o “*conjunto de los fenómenos jurídicos, desde el punto de vista argumentativo, de la persuasión racional*.”¹³ Mostra que “a importância e o interesse atual pela argumentação guardam relação com a democracia, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”.¹⁴

Globalização: o conceito de globalização é algo “inconstante” e que “buscar para

constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 231.

¹⁰ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 92.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 89. Grifo dos autores.

¹² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 226. Tradução livre: “compromisso entre a defesa das liberdades individuais tradicionais e as demandas da justiça social”.

¹³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 1.ed. 5ª Reimpressão. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 11. Tradução livre: “conjunto de fenômenos jurídicos, do ponto de vista argumentativo, de persuasão racional”.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 363. Tradução livre no texto.

ele uma definição mais parece uma tentativa de pregar um pudim na parede”.¹⁵ Todavia, a globalização pode ser conceituada como “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”¹⁶

Hermenêutica Clássica: Caracteriza-se por ser dedutivista, subsuntiva e lógica. O intérprete, após estabelecer o sentido, o alcance e as consequências jurídicas da norma, parte de um movimento vertical, isto é, da premissa maior sobre a premissa menor, resultando na incidência, qual seja, a subsunção; logo, o fato fica subsumido na norma. Ainda, apresenta-se com cunho reprodutivo, sustentando que a verdadeira interpretação acontece quando se adiciona “a subjetividade do autor [...] com a objetividade da coisa”, ou seja, quando se pretende desvendar o que “o autor quis dizer sobre algo.”¹⁷

Hermenêutica Filosófica: representa a expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete, que deriva de uma relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que ele tem no mundo. Heidegger desenvolve a hermenêutica trabalhando “com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão” e que “a linguagem é a casa do ser.” Sustenta que a compreensão antecipa o sentido, sendo previamente adquirida pelo intérprete. Por sua vez, Gadamer (seguidor de Heidegger) defende que “ser que pode ser compreendido é a linguagem.”¹⁸ Constata-se que a hermenêutica filosófica vai além da hermenêutica jurídica, projetando o que é o ser humano, ou seja, trazendo a noção de pessoa e de sua dignidade por meio de uma concepção existencial fenomenológica.

Neoconstitucionalismo: é entendido como um fenômeno recente dentro do Estado Constitucional contemporâneo, que “*pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX.*” Essas Constituições não se

¹⁵ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 30.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 111.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 178.

limitam em estabelecer a separação dos poderes e sua competência, mas também são dotadas de “altos níveis de normas materiais ou substantivas” que condicionam a atuação do Estado por meio da realização de certos fins e objetivos.¹⁹

Repersonalização: é um fenômeno que permite a releitura de categorias e institutos do direito civil, retirando a primazia do patrimônio e recolocando a pessoa, como ser coletivo, no centro dos interesses.²⁰

Senso Comum Teórico: definido como “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” No sentido geral, representa uma “paralinguagem”, isto é, uma crença universal que se localiza além dos significados, fixando de “forma velada a realidade jurídica dominante” e produzindo “uma linguagem eletrificada e invisível,” que se apresenta no direito positivo para servir o poder.²¹

Sustentabilidade: por meio de um conceito ampliado e integrador, pode ser entendida como “toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.”²²

Sustentabilidade Humanista: *“a new way of thinking on a globalized and individualistic society may be possible through humanization, by the interest in the realization of a dignified condition for the human being.”*²³ Decorre de um modo de

¹⁹ CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-10. Tradução livre: “visa explicar um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir após a Segunda Guerra Mundial e, principalmente, a partir da década de setenta do século XX.”

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 216.

²¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 15.

²² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 116.

²³ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Challenges of globalization and the environmental crisis: for a humanistic sustainability*. In: GARCIA, Heloise Siqueira; BODNAR, Zenildo; VIEIRA Ricardo Stanzola. **Environmental and sustainable challenges and perspectives in the 21st century**. Disponível em https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/e-book_ingles_-ambiental_e_sustentabilidade_-_perugia_-30-11-2020.pdf. Acesso em 02.dez.2020. p. 59. Tradução livre: “Uma nova forma de pensar em uma sociedade globalizada e individualista pode ser possível através da humanização, pelo interesse na realização de uma condição digna para o ser humano.”

ser e viver que valorize a pessoa humana e promova o respeito a sua dignidade na totalidade das dimensões.

Teoria da Argumentação Jurídica: deve ser compreendida sob três dimensões: *“considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. [...] se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, como lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifesta o latente, cumple.”*²⁴ A argumentação jurídica pode ser compreendida por três concepções apresentadas por Atienza, sem que elas sejam incompatíveis. Cada um dos enfoques, seja o formal, o material e o pragmático encontram-se “conectados com algum valor básico dos sistemas jurídicos”, ou seja, a certeza na concepção formal; a verdade e a justiça na material; e a aceitabilidade e o consenso na pragmática. Logo, *“el ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.”*²⁵

Transnacionalidade: é o “fenômeno reflexivo da globalização”, que se caracteriza “pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com [...] internacionalidade”. A transnacionalidade “se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.”²⁶

²⁴ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 204. Tradução livre: “considerando qual é o objeto, método e função da mesma [...] seria uma questão de ver o que a teoria em questão explica, como explica e para que, isto é, que finalidade instrumental ou não, manifesta ou latente, cumpre”.

²⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 113-114. Tradução livre: “O ideal de motivação judicial poderia, portanto, ser expresso dizendo que se trata de colocar boas razões no caminho certo para que a persuasão seja possível.”

²⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

SUMÁRIO

RESUMO	16
ABSTRACT	17
RESUMEN	18
 INTRODUÇÃO	 19
 CAPÍTULO 1	 28
OS CONTRATOS E SUA EVOLUÇÃO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO.....	28
1.1 Constitucionalismo, neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito	29
1.2 A relação entre o constitucionalismo e o direito contratual nos Estados Liberal e Social de Direito	42
1.2.1 O direito contratual e a Constituição no Estado Liberal de Direito	50
1.2.2 O direito contratual e a Constituição no Estado Social de Direito	64
1.3 O neoconstitucionalismo e a repersonalização dos contratos	73
 CAPÍTULO 2	 88
A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS: A ETICIZAÇÃO PELA TUTELA DA CONFIANÇA	88
2.1 Contratos: noção contemporânea e principiologia	89
2.2 A boa-fé objetiva e a proteção da confiança contratual	109
2.2.1 Breve lineamento histórico	110
2.2.2 Noção da boa-fé objetiva na codificação civil brasileira	121
2.3 A cláusula da boa-fé objetiva e suas funções	128
2.3.1 A boa-fé objetiva como cláusula geral	129
2.3.2 As funções da boa-fé objetiva	133
 CAPÍTULO 3	 150
A PROJEÇÃO DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE NOS CONTRATOS	150
3.1 O capitalismo neoliberal e seus reflexos jurídicos e sociais	152
3.2 Globalização: realidade de existência e dimensões	166

3.3 A transnacionalidade e o cenário da globalização econômica	181
 CAPÍTULO 4	 200
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA	200
4.1 A Argumentação Jurídica por Manuel Atienza.....	202
4.1.1 A importância da argumentação na aplicação do direito	203
4.1.2 As teorias da argumentação jurídica	216
4.2 A Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza	223
4.2.1 Argumentação jurídica: como analisar, como avaliar e como argumentar. ...	226
4.2.2 Suporte teórico da argumentação jurídica de Manuel Atienza	235
4.3 As decisões judiciais e a hermenêutica jurídica	243
4.3.1 O modelo hermenêutico clássico: crise e viragem	245
4.3.2 Modelo hermenêutico-filosófico	254
 CAPÍTULO 5	 269
A FUNDAMENTAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS E A SUSTENTABILIDADE HUMANISTA NOS CONTRATOS	269
5.1 A fundamentação das decisões no processo civil constitucionalizado ...	270
5.1.1 A constitucionalização do processo civil e o devido processo legal	271
5.1.2 A motivação das sentenças no processo civil	278
5.2 A sustentabilidade e os contratos: um viés humanista	291
5.2.1 A sustentabilidade como paradigma do direito	292
5.2.2 Os contratos e a sustentabilidade humanista	300
 CAPÍTULO 6	 312
A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA: UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA	312
6.1 A boa-fé objetiva e a sustentabilidade humanista	313
6.2 A fundamentação da boa-fé objetiva e a importância da argumentação jurídica pelo pensamento de Manuel Atienza	324
 CONCLUSÕES	 337
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	356

RESUMO

A presente Tese está inserida na Linha de Pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, dentro da área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. O estudo constitui-se na análise da boa-fé objetiva nos contratos, com base na sustentabilidade humanista, bem como do suporte teórico da argumentação jurídica para sua fundamentação nas decisões judiciais. Justifica-se a temática pois os contratos representam a dinamicidade da vida negocial, fomentada pelo capitalismo neoliberal e pela massificação das relações econômicas que decorrem da globalização. Para tanto, objetiva-se analisar a noção da boa-fé objetiva no direito contratual, que decorre da constitucionalização do direito civil, no contexto da sustentabilidade humanista. A partir disso, compreender a fixação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva na fundamentação das decisões judiciais à luz da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza. Desse modo, observa-se que o constitucionalismo promoveu alterações na noção de contrato, em especial, elevou a pessoa humana ao centro do sistema jurídico. Logo, ao lado da autonomia privada, passaram a incidir as diretrizes da socialidade e da eticidade, por meio, respectivamente, dos princípios da função social e da boa-fé objetiva. Com essa repersonalização, o pacto passou a conter utilidade social e a representar um meio de promoção da tutela da confiança, resguardando as legítimas expectativas das partes. Contudo, parcela dos aplicadores do direito continua vinculada a um modelo liberal-individualista que concebe os contratantes de modo abstrato, desconsiderando a pessoa humana e sua proteção, o que causa injustiça e reproduz a desigualdade social. Assim, por uma perspectiva constitucional e com a utilização do método indutivo no relatório dos resultados, constata-se que, a boa-fé objetiva revela-se um instrumento de concretização da sustentabilidade humanista, por meio do respeito à dignidade da pessoa humana e da promoção da justiça social. Pela boa-fé objetiva os contratantes devem agir com eticidade, para pautar suas condutas na lealdade e na correção, respeitando o outro. Ainda, verifica-se que o suporte teórico da argumentação jurídica de Manuel Atienza permite a leitura da boa-fé objetiva nos contratos, partindo da pessoa humana como um ser inserido em uma realidade social, econômica e ambiental, em que sua compreensão deve estar presente na fundamentação da decisão. Essa tutela decorre da dignidade da pessoa humana, vista de modo real, no caso concreto e singular, que possibilita a efetivação da sustentabilidade humanista nos contratos e, com isso, contribui para a construção de uma sociedade justa e solidária.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Atienza. Boa-fé objetiva nos contratos. Dignidade da pessoa humana. Sustentabilidade humanista.

ABSTRACT

This Thesis is part of the Line of Research “State, Transnationality and Sustainability” and the area of concentration “Constitutionalism, Transnationality and Production of Law”. It analyzes objective good faith in contracts, based on humanist sustainability, and the theoretical support of legal arguments for its foundation in court decisions. The theme is justified by the dynamic role of contracts in the business life, fostered by neoliberal capitalism and the massification of economic relations resulting from globalization. The objective, therefore, is to analyze the notion of objective good faith in contract law, which arises from the constitutionalization of civil law, in the context of humanist sustainability. Based on this analysis, it seeks to understand the establishment of the content of the general clause of objective good faith in the grounds of judicial decisions in light of Manuel Atienza's theory of legal argumentation. It is observed that constitutionalism promoted changes in the notion of contract, in particular, elevating the human person to the center of the legal system. Therefore, alongside private autonomy, the guidelines of sociality and ethics began to come into play, through the principles of social function and objective good faith. With this repersonalization, the pact embraced social utility and came to represent a means of promoting the protection of trust, safeguarding the legitimate expectations of the parties. However, some law enforcers remain linked to a liberal-individualist model that conceives the contracting of the parties in an abstract way, failing to consider the human person and his protection, which causes injustice and reproduces social inequality. Thus, from a constitutional perspective, and using the inductive method in the reporting of results, it appears that objective good faith is an instrument for the realization of humanistic sustainability, through respect for the dignity of the human person and the promotion of social justice. In objective good faith, the contracting parties must act ethically, basing their conduct on loyalty and correctness, and respecting each other. It also appears that the theoretical support of Manuel Atienza's legal argumentation allows for the reading of objective good faith in contracts, starting from the human person as a being, inserted in a social, economic and environmental reality, in which their understanding must be present in the statement of reasons for the decision. This protection stems from the dignity of the human person, seen in a real way, in the concrete and singular case, which enables the realization of humanistic sustainability in contracts, contributing to the construction of a fair and solidary society.

Keywords: Legal argumentation. Atienza. Objective good faith in contracts. Dignity of the human person. Humanist sustainability.

RESUMEN

Esta Tesis se inserta en la Línea de Investigación Estado, Transnacionalidad y Sostenibilidad, dentro del área de concentración Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción de Derecho. El estudio consiste en el análisis de la buena fe objetiva en los contratos, con base en la sostenibilidad humanista, así como el sustento teórico de los argumentos legales para su fundamento en las decisiones judiciales. El tema se justifica porque los contratos representan el dinamismo de la vida negocial fomentado por el capitalismo neoliberal y la masificación de las relaciones económicas que resultan de la globalización. Por tanto, el objetivo es analizar la noción de buena fe objetiva en el derecho contractual, que surge de la constitucionalización del derecho civil, en el contexto de la sostenibilidad humanista. A partir de esto, se comprende la fijación del contenido de la cláusula general de buena fe objetiva en la fundamentación de las decisiones judiciales a la luz de la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza. Así, se observa que el constitucionalismo promovió cambios en la noción de contrato, en particular, elevó a la persona humana al centro del ordenamiento jurídico. Por tanto, junto a la autonomía privada, empezaron a entrar en juego las pautas de socialidad y ética, a través, respectivamente, de los principios de función social y buena fe objetiva. Con esta repersonalización, el pacto pasó a contener utilidad social y a representar un medio para promover la protección de la confianza, salvaguardando las legítimas expectativas de las partes. Sin embargo, una parte de los encargados de hacer cumplir la ley permanece vinculada a un modelo liberal-individualista que concibe a las partes contratantes de manera abstracta, desconociendo a la persona humana y su protección, lo que provoca injusticias y reproduce la desigualdad social. Así, desde una perspectiva constitucional y con el uso del método inductivo en el reporte de resultados, parece que la buena fe objetiva se revela como un instrumento para la realización de la sostenibilidad humanística, a través del respeto a la dignidad de la persona humana y la promoción de justicia social. Por la buena fe objetiva, las partes contratantes deben actuar éticamente, basando su conducta en la lealtad y corrección, respetándose mutuamente. Además, parece que el sustento teórico de la argumentación jurídica de Manuel Atienza permite la lectura de la buena fe objetiva en los contratos, partiendo de la persona humana como un ser inserto en una realidad social, económica y ambiental, en la que su comprensión debe estar presente en la exposición de los motivos de la decisión. Esta protección parte de la dignidad de la persona humana, vista de forma real, en el caso concreto y singular, que posibilita la concreción de la sostenibilidad humanística en los contratos y, por tanto, contribuye a la construcción de una sociedad justa y solidaria.

Palabras clave: Argumentación jurídica. Atienza. Buena fe objetiva en los contratos. Dignidad de la persona humana. Sostenibilidad humanista.

INTRODUÇÃO

A temática da pesquisa abrange o estudo da cláusula geral da boa-fé objetiva no direito contratual, sob a perspectiva da eticidade, como elemento de respeito à pessoa humana e como possibilidade de concretização da sustentabilidade humanista e, também, a análise da sua fundamentação nas sentenças, como pressuposto de efetivação dos valores constitucionais, sob a ótica da Teoria da Argumentação Jurídica, em especial no pensamento de Manuel Atienza.

Este tema é desenvolvido na linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, dentro da área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito.

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutora em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali. O objetivo geral da pesquisa é analisar a noção da boa-fé objetiva nos contratos, que decorre da constitucionalização do direito civil, no contexto da sustentabilidade humanista. A partir disso compreender a fixação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva na fundamentação das decisões judiciais à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

Para tanto, são arrolados os seguintes objetivos específicos: a) verificar a relação entre o constitucionalismo e o direito contratual, bem como a regulamentação dos contratos nos Estados Liberal de Direito e Social de Direito; b) explicar a noção contemporânea e a principiologia norteadora dos contratos, com fulcro na repersonalização decorrente da constitucionalização do direito civil no Estado Democrático de Direito; c) estudar o conteúdo e as funções da boa-fé objetiva, como parte integrante do conceito de contrato, diante das diretrizes da eticidade e da socialidade, oriundas da repersonalização do direito contratual; d) analisar a realidade de existência do capitalismo neoliberal e, a partir disso, investigar a globalização, com seus reflexos, bem como entender o fenômeno da transnacionalidade e sua relação com os contratos, frente ao cenário da globalização econômica; e) examinar a importância da argumentação jurídica na

aplicação do direito, em especial, compreender a teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza; f) explicar sobre o processo civil constitucionalizado e a motivação das decisões judiciais; g) investigar a sustentabilidade, sua noção e dimensões, em especial, a sustentabilidade humanista para explicitar a importância da dignidade humana; h) averiguar a relação da boa-fé objetiva e da sustentabilidade humanista nos contratos e discorrer sobre a fundamentação das decisões judiciais na aplicação da boa-fé objetiva, com base na Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

Justifica-se a escolha do tema, visto que o meio social encontra-se em constante evolução. Essas transformações acontecem em ritmo acelerado, rompem fronteiras, criam intenso intercâmbio entre as pessoas e complexidade nas relações sociais, em decorrência do fenômeno da globalização.

Nesse contexto, as obrigações contratuais representam o modo jurídico de concretizar a circulação de bens e riquezas, ou seja, materializam as operações econômicas. Logo, a noção de contrato não pertence apenas ao mundo do direito, revestindo-se, ao mesmo tempo, de um conceito jurídico e de um conceito econômico, ambos inseridos em um mundo globalizado.

A par disso, os dogmas jurídicos sobre os quais o contrato se estruturou, por longos anos no sistema liberal, foram se relativizando e abrindo espaço para um ordenamento jurídico que se encaixe à nova realidade. O direito deve se adaptar às necessidades sociais, de modo que a relação obrigacional seja compreendida como um processo e a autonomia privada seja vinculada à utilidade contratual e à tutela da confiança. Nesse sentido, significantes alterações no direito contratual elevaram a pessoa ao núcleo do ordenamento jurídico, norteadas pela ideia de que acima dos interesses patrimoniais encontra-se a dignidade da pessoa humana e a, conseqüente, sustentabilidade humanista.

Tal fenômeno decorre da força normativa da Constituição que propiciou que todas as áreas do direito fossem alcançadas pelos valores constitucionais, inclusive o direito civil. Passou a existir uma nova perspectiva, denominada de civil-constitucional, com a efetiva proteção da pessoa humana. Essa visão promoveu a

repersonalização do direito contratual, ou seja, elevou a dignidade da pessoa humana à condição de valor nuclear do sistema jurídico.

Destaca-se a atualidade da pesquisa, visto que o mundo atual é marcado pelo alto contato social e pela facilidade de contratar. Assim, na ordem prática, os contratos representam a dinamicidade da vida negocial, fomentada pelo capitalismo neoliberal, e também, retratam a massificação das relações econômicas e dos avanços tecnológicos, que decorrem da globalização. Por sua vez, na ordem teórica, a relevância do estudo apresenta-se pela noção da boa-fé objetiva, como marco paradigmático nas relações contratuais, que surge pelo valor da confiança, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Ainda, ressalta-se a importância de estudar a boa-fé objetiva nas relações contratuais, visto que o conteúdo dessa cláusula geral estabelece um dever de conduta que exige lealdade e correção entre os contratantes. Assim, a compreensão do tema e a solução do problema proposto em muito contribuem para a teoria contratual e para a aplicação do direito, mormente pela importância da ética e do respeito à pessoa humana, que se revelam negligenciados nas recorrentes crises do capitalismo financeiro.

Nessa linha, projeta-se a problemática da pesquisa, partindo do pressuposto que os contratos realizam a circulação de bens e riquezas, envolvem operações econômicas sob um viés jurídico e se apresentam inseridos no contexto do capitalismo neoliberal e da globalização. Ao mesmo tempo, também, se encontram repersonalizados e precisam cumprir os valores constitucionais.

No Brasil, sua noção é composta pela autonomia privada, que vem limitada pela função social e com fundamento na boa-fé objetiva, que estabelece norma de conduta, a qual os contratantes devem se portar de modo leal e correto durante todas as fases contratuais. Assim, a boa-fé objetiva constitui um princípio que protege a confiança, decorre da constitucionalização do direito privado e mostra-se indispensável à manutenção da eticidade nos pactos, para que as partes alcancem as legítimas expectativas.

Com base nessas colocações, indaga-se:

a) Em face da realidade político-jurídica do constitucionalismo, que promoveu alterações na noção de contrato, e da perspectiva econômica advinda do capitalismo neoliberal e da globalização, a boa-fé objetiva nos contratos revela-se um instrumento capaz de concretizar a sustentabilidade, no seu viés humanista?

b) A partir disso, qual a importância do suporte teórico da argumentação jurídica na fundamentação da decisão jurídica, para preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos, com intuito de viabilizar a sustentabilidade humanista? Uma resposta relevante pode ser obtida sob o olhar da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza?

Foram levantadas as seguintes hipóteses, que se complementam, para consignar possíveis respostas às problemáticas jurídicas apresentadas:

a) O Estado Democrático de Direito promoveu a constitucionalização do direito contratual, momento que a boa-fé objetiva passou a compor o conceito de contrato, revelando a tutela da confiança e o respeito à pessoa humana. Pela repersonalização a noção de pessoa humana superou aquela ideia de indivíduo, típica do modelo liberal e passou a ser vista como membro de um conjunto, de uma comunidade, que o ultrapassa. Desse modo, a sua existência integra a noção de sustentabilidade.

b) Mesmo com a globalização econômica, os contratos precisam ser compreendidos à luz da sustentabilidade, em todas as suas dimensões, visto que existe um grande sistema que as pessoas habitam, que é a biosfera, que contém o subsistema social dos seres humanos e um desses elementos do mencionado subsistema é o sistema econômico. Nesse sentido, o respeito à dignidade da pessoa humana traduzida pela boa-fé objetiva nos contratos efetiva a sustentabilidade humanista.

c) Na aplicação do direito verifica-se que a boa-fé objetiva, na condição de cláusula geral, terá seu conteúdo fixado ante o caso concreto. Nesse contexto, os artigos 93, inciso IX da Constituição Federal e 489 do Código de Processo Civil determinam o dever de fundamentação das decisões e não a mera explicação do

decisum, como corolário do devido processo legal. Logo, qualquer interpretação ou decisão que venha a preencher o conteúdo dessa cláusula geral precisa partir do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, ou seja, da sustentabilidade humanista.

d) Pela Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza há possibilidade de compreender o giro argumentativo e estabelecer parâmetros sobre a atividade argumentativa, em especial na construção das decisões judiciais. O direito, também, deve ser compreendido como uma técnica de solução de problemas práticos, e cabe ao aplicador no Estado Constitucional conseguir um ajuste entre a dimensão autoritária do direito e os valores expressos pelos princípios. Assim, haverá uma motivação ideal na decisão judicial, quando forem apresentadas boas razões, de forma adequada e que a persuasão seja possível.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Tese, de forma sintetizada, como segue.

Inicia-se, no Capítulo 1, com o estudo dos contratos e sua evolução à luz do constitucionalismo. Para tanto, no primeiro momento analisam-se as figuras do Constitucionalismo, do Neoconstitucionalismo e da Constitucionalização do direito, indispensáveis para compreender a noção atual de contrato. Com base nesses conceitos, passa-se a abordar a relação entre o constitucionalismo e o direito contratual, bem como a intervenção e a regulamentação dos contratos pelo Estado de Direito: inicialmente na versão liberal, momento em que surgiu a noção clássica de contrato; e após no modelo Social de Direito, com a presença de um Estado interventor, que limitava a autonomia privada, por meio do dirigismo contratual.

Para completar essa perspectiva explana-se sobre o direito contratual no Estado Democrático de Direito, em especial, os reflexos decorrentes do Neoconstitucionalismo, em que a Constituição provida de valores irradiou seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. No direito civil, tal situação, provocou a repersonalização, por meio da elevação da pessoa ao centro do ordenamento. Nos contratos, essa repersonalização se apresenta pelas diretrizes da socialidade e da eticidade.

O segundo capítulo trata da boa-fé objetiva nos contratos, que promove a eticização nas obrigações contratuais pela tutela da confiança. Inicialmente, expõem-se a noção contemporânea de contrato e seus princípios norteadores, sejam clássicos, envolvendo autonomia privada, força obrigatória, supremacia da ordem pública e relatividade dos efeitos; sejam contemporâneos, decorrentes da repersonalização, englobando a função social, o equilíbrio das prestações e a boa-fé objetiva.

Diante desse enfoque atual dos contratos estuda-se a boa-fé objetiva, trazendo a sua evolução histórica ao longo do tempo, para, posteriormente, fixar seu conceito e a normatização na codificação civil brasileira. Após, passa-se a expor sobre a cláusula geral da boa-fé objetiva, para ressaltar a importância das cláusulas gerais, na condição de normas abertas, que oxigenam o sistema jurídico.

Na sequência, explicam-se as três funções da boa-fé objetiva nos contratos, quais sejam: a hermenêutica, que guarda relação com a complementação de lacunas e com a interpretação das cláusulas contratuais; a integradora, que promove a criação de deveres anexos; e a corretora, que propicia a limitação de direitos subjetivos pelas figuras da *supressio*, da *surrectio*, do *venire contra factum proprium*, o *tu quoque* e a teoria do adimplemento substancial. Desse modo, apresenta-se a noção e fundamento delas, com base na repersonalização.

O Capítulo 3 dedica-se a abordar a projeção da globalização e da transnacionalidade nos contratos, para salientar o contexto econômico e social, em que eles são celebrados e devem ser cumpridos. Nessa senda, analisa-se a realidade de existência do capitalismo neoliberal e suas principais características. Ainda, os reflexos que esse sistema econômico traz ao direito e à sociedade.

Ainda, investiga-se a globalização, para apontar sua noção e explicar suas dimensões, mormente, a econômica, a política, a social, a ambiental e a cultural. No que tange à globalização econômica, observa-se a relação que possui com os contratos, em especial aqueles decorrentes de relações massificadas e dos avanços tecnológicos. Também, investigam-se os paradoxos globais provocados pela globalização.

Para completar o capítulo 3, estuda-se o fenômeno da transnacionalidade e suas características, bem como a consequente necessidade de criação de normas e estratégias de governança para as situações que escapam da ação mediadora dos Estados, e sua relação com os contratos, frente ao cenário da globalização econômica.

No Capítulo 4 examina-se o papel da argumentação jurídica nas razões das decisões judiciais. Inicialmente, relata-se sobre a hermenêutica jurídica, no viés clássico, expondo sua crise e viragem linguística. Ainda, escrutina-se o modelo filosófico hermenêutico, como meio de interpretação dos textos legais e, também, como forma de estabelecer a ideia de pessoa humana, com base na fenomenologia.

Na sequência, no capítulo IV, pesquisa-se sobre a argumentação jurídica, para desvelar sua importância na aplicação do direito, bem como para proceder em breve análise da evolução dessa noção, em especial, das contribuições dos autores considerados precursores e outros vistos como representantes da teoria padrão da argumentação jurídica.

Em um último momento, investiga-se a Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza para entender como avaliar, como analisar e como argumentar, e com isso apresentar o suporte teórico da argumentação jurídica, que pode ser aplicado na atividade judicial. E com base nisso, passa-se a abordar as três concepções que formam uma boa argumentação, quais sejam: a formal, a material e a pragmática.

No Capítulo 5 expõe-se a relação entre a fundamentação da boa-fé objetiva nas decisões judiciais e a sustentabilidade humanista nos contratos. Em um primeiro momento analisa-se a constitucionalização do processo civil, para depois compreender o dever de motivação das sentenças, como corolário do devido processo legal, e as disposições legais que o regulamentam no processo civil brasileiro.

Após, investiga-se a sustentabilidade como novo paradigma do direito, destacando que ultrapassa a noção de direito nacional e de território, diz respeito a

presente e às futuras gerações e se fundamenta na solidariedade. Assim, abordam-se suas diferentes dimensões, que formam o tripé – ambiental, social e econômico - e seus reflexos. Em especial, estuda-se a sustentabilidade humanista, que tem por fundamento normativo o respeito à dignidade da pessoa humana.

No Capítulo 6, de modo derradeiro, objetivando responder as duas problemáticas que fundamentam a pesquisa, investiga-se a boa-fé objetiva nos contratos, cujo fundamento constitucional é a dignidade humana, como meio de efetivação da sustentabilidade humanista. Ainda, perquire-se a fundamentação da boa-fé nas decisões judiciais decorrentes das relações contratuais à luz das garantias constitucionais do processo e com fulcro na Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a cláusula geral da boa-fé objetiva no direito contratual, com fundamento na dignidade da pessoa humana, como possibilidade de concretização da sustentabilidade humanista, e sua aplicação na fundamentação das sentenças, como pressuposto de efetivação dos valores constitucionais, sob a ótica da Teoria da Argumentação Jurídica, em especial no pensamento de Manuel Atienza.

No que tange à metodologia empregada, verifica-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório da pesquisa, consignado na presente tese, recorre-se ao método indutivo.

Por sua vez, as técnicas de investigação acionadas são do referente²⁷, da categoria²⁸, do conceito operacional²⁹, do fichamento e da pesquisa bibliográfica³⁰,

²⁷ O Referente é “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14.ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 61-70.

²⁸ A categoria refere-se a “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 31-42.

levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.³¹ Nesta Tese as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no Rol de Categorias constante no início deste estudo.

²⁹ Conceito operacional é “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 43-60.

³⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 31-70.

³¹ Sobre Métodos e Técnicas de Pesquisa vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14.ed. Florianópolis: EMais, 2018. p.89-115.

CAPÍTULO 1

OS CONTRATOS E SUA EVOLUÇÃO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO

O mundo atual é caracterizado pelas transformações, pelo alto contato social e pela facilidade da celebração de contratos. A sociedade denominada de consumo, fomenta a aquisição e o descarte de bens, amplia a importância das relações contratuais e transforma o contrato no núcleo da vida dos negócios.

Desse modo, na ordem prática, os contratos representam a dinamicidade da vida negocial, por meio da circulação de bens e riquezas e, ainda, retratam a complexidade, no âmbito mundial, oriunda da massificação das relações, do avanço tecnológico e da universalização da comunicação. Já, na ordem teórica, os contratos são regulados pelo ordenamento jurídico de cada Estado.

A normatização e a noção dos contratos variam conforme o contexto histórico em que estão inseridos, sendo moldados pela situação política, social e econômica de uma determinada sociedade. Nesse cenário, incumbe ao direito adaptar a configuração jurídica do contrato à realidade social e econômica em que ele gera seus efeitos. Em especial, o direito privado “não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”.³²

A par disso, importante refletir que o direito contratual, ao longo de sua história, sofreu profundas transformações, bem como rompeu com antigos padrões que serviam de fundamento à autonomia da vontade. Mormente, no Estado Constitucional, à luz da constitucionalização do direito, superou a concepção de indivíduo em prol da pessoa, o que promoveu a repersonalização dos pactos, com base no respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, para compreender e demonstrar essas alterações e

³² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1.

questionamentos ocorridos no direito contratual, necessário que se faça um cotejo no contexto jurídico e político trazido pelo constitucionalismo. Busca-se apresentar a noção de Constituição, a partir do Estado de Direito, seja o liberal, seja o social e após o democrático de direito, e sua relação com a evolução do direito contratual. Contudo, antes disso, relevante que se analisem os fenômenos do constitucionalismo, do Neoconstitucionalismo e da consequente constitucionalização do direito, posto que indispensáveis para o estudo e compreensão da atual noção de contratos.

1.1 Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito

O “embrião do direito constitucional” revela-se pelas primeiras normas de conteúdo constitucional, que apareceram na Carta Magna do Rei João Sem Terra, na Inglaterra, em 1215³³, após nos documentos da Revolução Inglesa³⁴ (*Petition of Rights* em 1628 e *Bill of Rights* em 1689).³⁵

Na sequência, surgiram com maior relevância na Independência Norte-Americana³⁶ e na Revolução Francesa.³⁷ Essas normas de direito constitucional³⁸

³³ A Grande Carta das Liberdades representa uma espécie de contrato, assinado pelo rei, senhores feudais e clero. Mostra-se um antecedente das Constituições, fixa direitos e limita os poderes do rei. Dispõe o artigo 39: “*No free man is to be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land*”. HOLT, James Clarke. **Magna Carta**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 389. Tradução livre: “Nenhum homem livre deve ser capturado, preso, exilado, proscrito, exilado ou de qualquer forma arruinado, nem iremos ou enviaremos contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país”.

³⁴ À luz das normas contidas no *Bill of Rights* houve “*una consistente reducción de los poderes del rey, al que se negaba de manera explícita un poder autónomo de normación, así como el poder de imponer tributos y de llamar a las armas, o de organizar y mantener el ejército en tempo de paz, sin el consentimiento del parlamento*”. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 90. Tradução livre: “uma redução consistente dos poderes do rei, a quem foi explicitamente negado um poder autônomo de regulação, bem como o poder de cobrar impostos e convocar às armas, ou de organizar e manter o exército em paz, sem o consentimento do parlamento”.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 24-25.

³⁶ Para Fioravanti, a Revolução americana iniciou “*para limitar el ámbito de la ley, en concreto la del Parlamento inglés que se consideraba que había rebasado los límites de su competencia*”, enquanto a Revolução francesa buscava derrubar o antigo regime mediante a força da lei. Desse modo, a diferença entre elas pode ser, assim, resumida: “*la Revolución francesa nasce para consolidar un*

nasceram em situações históricas específicas e com a finalidade de impor limites ao poder dos monarcas, acabar com o absolutismo e dar origem a um regime político com bases jurídicas que estabelecessem os poderes do ente público e do cidadão.

Assim, o constitucionalismo denominado “moderno” somente se manifestou nas Revoluções do Século XVIII³⁹ e se caracterizou por representar “a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis deste mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado”.⁴⁰ Logo, surgiu como “uma doutrina de limitação do poder estatal”, ou seja, como expressão da ideologia liberal.⁴¹

Já, no pensamento de Zagrebelsky, o direito constitucional atual tem características gerais, que se desenvolveram no Século XX e guardam relação com

*nuevo poder, la americana para limitar un poder ya existente.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014 p. 39. Tradução livre: “limitar o âmbito da lei, especificamente o do Parlamento Inglês, que foi considerado ter ultrapassado os limites da sua competência”. Tradução livre: “a Revolução Francesa nasce para consolidar uma nova potência, a americana para limitar uma potência existente”.*

³⁷Explica Zagrebelski que a Revolução Francesa podia ser vista por dois conceitos: o de poder constituinte, no viés revolucionário; e o de Constituição, que se origina do primeiro. Por serem antagônicos, ou sobrevivia a revolução ou a Constituição. Para ilustrar esse surgimento da Constituição, Zagrebelsky cita texto do francês Boissy d’Anglas, escrito em 1792, em que afirma: “*sin duda se ha consumado esta sublime Revolución, que concede al hombre todos sus derechos, a la Nación todos sus poderes, al Pueblo toda su libertad; para siempre han desaparecido de la faz de la tierra las cadenas opresivas que aprisionaban este Imperio inmenso. Se acabará esta Constitución admirable (...), se acabará para subsistir para siempre, como la base de nuestra felicidad pública y privada. [Todas las heridas de la Revolución serán cerradas (...)] Sólo la Constitución permanecerá.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 39. Tradução livre: “Esta sublime Revolução foi sem dúvida consumada, que concede ao homem todos os seus direitos, à nação todos os seus poderes, ao povo toda a sua liberdade; As correntes opressivas que aprisionaram este imenso Império desapareceram para sempre da face da terra. Esta admirável Constituição acabará (...), acabará por subsistir para sempre, como base da nossa felicidade pública e privada. [Todas as feridas da Revolução serão fechadas (...)] Só ficará a Constituição.”

³⁸Assevera Cruz que o termo “direito constitucional” foi “registrado pela primeira vez no norte da Itália, região envolvida com invasões francesas, no fim do século XVIII, mais exatamente em 1797”. Já, “no Brasil, a expressão se fixou definitivamente por volta de 1940, através do desdobramento da disciplina de Direito Público em duas: Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional.” CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p.25.

³⁹Aduz Guastini que o originário conceito liberal de Constituição foi proclamado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que preceituava: “*Uma sociedade en la que no este assegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución*”. GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.15-27. p. 16. Tradução livre: “Uma sociedade em que a garantia de direitos não seja assegurada ou a divisão de poderes não seja reconhecida, não tem Constituição”.

⁴⁰CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 25.

⁴¹BARROSO, Luís Roberto. **El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 147.

o surgimento do Estado constitucional, quais sejam: a transformação da noção de soberania ocorrida a partir do Estado constitucional, relativizando sua noção; a soberania da Constituição, não só no sentido de que ela seja o centro de que emana todo o poder e assegure a unidade estatal, mas sim que representa o núcleo em que tudo deve convergir; a ductilidade constitucional, isto é, a flexibilidade ou possibilidade de moldar, que se revela pela coexistência de valores e princípios sobre os quais a Constituição se fundamenta; e, ainda, uma dogmática fluída, que consegue agrupar elementos heterogêneos que derivam da política constitucional, em um documento rígido. Por fim, explica o autor que o único conteúdo “sólido” que deveria ser defendido na Constituição é da “pluralidade de valores e princípios”.⁴²

Nesse contexto, conforme Guastini, o termo “Constituição” é utilizado tanto na linguagem jurídica, quanto na política, estando impregnado por uma pluralidade de significados, dos quais o autor destaca quatro acepções, quais sejam: a Constituição representa um ordenamento político “liberal”; é dotada de normas jurídicas fundamentais; possui força normativa; e é composta por texto normativo com características de um regime político.⁴³

No primeiro sentido a Constituição não significa uma “organização política qualquer”, mas sim uma “organização política liberal e garantista. A Constituição é concebida aqui como limite ao poder político.” Consigna normas em que a liberdade dos cidadãos em suas relações com o Estado encontra-se protegida, em especial, pela divisão do poder político. Por esse conceito somente os Estados liberais são Estados constitucionais, em contraposição aos despóticos.⁴⁴

No segundo aspecto a Constituição revela-se um conjunto de normas fundamentais, que disciplinam a organização do Estado, o exercício do poder estatal, as relações entre o Estado e os cidadãos. Ainda, normas que conferem poderes normativos de criação do direito, bem como expressam os valores que alicerçam o ordenamento jurídico. Tal noção diz respeito a teoria do direito e é característica do positivismo jurídico, visto que o vocábulo “Constituição é

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 10-17.

⁴³ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. p.15-16.

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. p. 16.

geralmente usado para designar o conjunto de normas ‘fundamentais’ que identificam ou caracterizam qualquer ordenamento jurídico”.⁴⁵

Com relação à terceira acepção, explica o autor que a Constituição se refere tão somente a um “documento normativo” que possui essa denominação ou outra equivalente, como por exemplo “Carta constitucional”, “Lei fundamental” e outros, que reúne a maior parte das normas materialmente constitucionais⁴⁶ do ordenamento de um Estado. Ou seja, a Constituição é uma espécie de “código” que compila essas normas materialmente constitucionais.⁴⁷

E pela última concepção, a Constituição refere-se a uma fonte do direito. Contudo, representa um texto normativo que possui certas características “formais” que a tornam diferente dos demais documentos normativos, ou seja: a formação é diferente da elaboração de outras leis; segundo ela se encontra em um patamar superior, possuem um “regime jurídico especial”, em que não podem ser revogadas ou modificadas por outras leis.⁴⁸

Por sua vez, Comanducci aduz que Constituição é um vocábulo que pode ser compreendido por uma pluralidade de significados ou de conceitos, que, por sua vez, podem ser agrupados em quatro modelos. Essas noções retratam o pensamento mais difundido na doutrina e correspondem a diferentes formas de interpretação constitucional. Dessa maneira, a Constituição é definida como ordem nos modelos axiológico e descritivo; e como norma, também, nos modelos axiológico e descritivo.⁴⁹

A Constituição concebida como ordem, no viés axiológico designa “*un conjunto de fenómenos sociales [...] que, en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados de máximo valor intrínseco o se presentan como*

⁴⁵GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de Constitución**. p. 17-18.

⁴⁶ Explica Guastini que se denominam materialmente constitucionais as “*normas ‘fundamentales’ – en uno u outro sentido- de todo ordenamento jurídico.*” Enquanto a matéria constitucional é “*el conjunto de objetos que son disciplinados por tales normas.*” GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de Constitución**. p. 18. Tradução livre: “normas ‘fundamentais’ - em um sentido ou outro - de todos os sistemas jurídicos.” Tradução livre: “o conjunto de objetos disciplinados por tais normas.”

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de Constitución**. p. 19.

⁴⁸GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de Constitución**. p. 21.

⁴⁹ COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la Constitución*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 41-67. p. 43.

generadores de normas."⁵⁰ É uma ordem, que em face do valor fundamental que possui, gera normas fundamentais. Já, a Constituição como ordem, no modelo descritivo, designa *"una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas; equivale a la estructura fundamental de la sociedad y/o del Estado."*⁵¹

Já, a concepção de Constituição entendida como norma, em seu modelo descritivo, é compreendida como um *"conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales"*⁵², elas representam o fundamento do ordenamento jurídico ou são superiores às demais normas. Na mesma linha, a Constituição vista como norma, no modelo axiológico, também, designa o conjunto de regras jurídicas fundamentais, idêntico ao viés descritivo, contudo, acrescenta-se a esse conceito *"la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico"*.⁵³

Ainda, sobre a compreensão do termo Constituição, Reyes, assevera que atualmente a única discussão que existe sobre esse conceito, é sustentada de um lado, por aqueles que entendem a Constituição como norma aberta, que se fundamenta na hermenêutica clássica e no pensamento kelsiano. E de outro lado, os que compreendem a Constituição como um sistema material de valores, cuja interpretação se assenta em métodos modernos e se fundamenta na jurisprudência de valores.⁵⁴

Desse modo, percebe-se que existe um certo consenso, na doutrina, sobre o significado e o valor jurídico da Constituição, que nas palavras de Reyes, pode ser entendida como a *"norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable,*

⁵⁰ Tradução livre: "conjunto de fenômenos sociais [...] que, em seu conjunto e no âmbito jurídico-político, aparecem dotados de máximo valor intrínseco ou aparecem como geradores de normas."

⁵¹ COMANDUCCI, Paolo. **Modelos e interpretación de la Constitución**. p. 43-44. Tradução livre: "uma situação estável para um determinado tempo de poder, relações sociais e políticas; equivale à estrutura fundamental da sociedade e / ou do Estado."

⁵² Tradução livre: "conjunto de normas jurídicas positivas, consuetudinárias ou expressas em documento que, no que diz respeito às demais normas jurídicas, são fundamentais".

⁵³ COMANDUCCI, Paolo. **Modelos e interpretación de la Constitución**. p. 44. Tradução livre: "a condição de que tenham determinado conteúdo ao qual um valor específico é atribuído".

⁵⁴ REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 29-40. p. 31-32.

que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponha inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos".⁵⁵ Logo, a Constituição é a juridicização da democracia.⁵⁶

Assim, desde a sua origem até a atualidade, a ideia de Constituição realizou um longo percurso e sofreu alterações conforme o modelo de Estado vigente. Todavia, a noção de Constituição só pode ser entendida no Estado Constitucional e, por sua vez, o significado do constitucionalismo na condição de fenômeno jurídico, representa *"la teoría y la práctica jurídicas del Estado autenticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho."*⁵⁷

Partindo desse pensamento, observa-se que o constitucionalismo liberal fundamentou-se nos "aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade". Já, o constitucionalismo social dá ênfase e positiva os direitos vinculados a efetivação da igualdade material e com isso aumenta as "tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social".⁵⁸

Nesse contexto a história do constitucionalismo coincide com o caminho de lutas para a conquista dos direitos fundamentais, uma história não teórica, mas sim social e política. Inicialmente, os direitos de liberdade nas primeiras declarações e constituições do século XVIII; após os direitos sociais, nas constituições do século XX; e por fim, os "novos direitos"⁵⁹ hoje reivindicados, como o direito ao meio

⁵⁵ Tradução livre: "norma jurídica suprema, jurisdicionalmente aplicável, que garante a limitação do poder para que este, na medida em que provém do povo, não se imponha inexorablemente à livre condição dos próprios cidadãos".

⁵⁶ REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p. 32.

⁵⁷ REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p. 36. Tradução livre: "a teoria e prática jurídica do Estado autenticamente constitucional, ou seja, do Estado efetivamente limitado pela lei".

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 147.

⁵⁹ Conforme Sarlet, os "direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.

ambiente, à paz e à informação.⁶⁰

Por sua vez, a expressão “constitucionalismo” é ambígua, visto que se refere tanto ao fenômeno e a maneira de conceituá-lo, quanto a um processo de mudança que aconteceu no direito, no âmbito do pensamento jurídico. Com relação ao fenômeno, o “constitucionalismo” não supõe somente a existência de sistemas jurídicos com uma Constituição, mas pode ser compreendido em sentido amplo ou restrito. No sentido amplo “a Constituição representa a estrutura de um organismo político”, ou seja, de um Estado. No âmbito estrito a Constituição comporta dois requisitos: uma declaração de direitos e uma organização inspirada no princípio da separação dos poderes (e isso só acontece nos Estados de direito).⁶¹

Explica Reyes, que o constitucionalismo tem duas consequências, que também são suas condições, quais sejam: a existência de instrumentos jurídicos que venham a garantir a aplicação da própria Constituição (aqueles próprios do controle judicial); bem como uma cultura constitucional que leva a perpetuação da Constituição, visto que na condição de democrática, se fundamenta nas garantias políticas, jurídicas, mas sobretudo nas sociais, que se revelam pela aceitação popular daquele texto constitucional. Ressalta que sem garantias jurídicas não existe Constituição duradoura⁶²

O constitucionalismo ou o Estado Constitucional representa “*un ordenamiento jurídico constitucionalizado [...] se caracteriza por poseer una Constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales*”.⁶³

57.

⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.71-89. p. 73.

⁶¹ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 264-281. p. 264-265.

⁶²REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p. 36.

⁶³ATIENZA, Manuel. **Constitucionalismo, globalización y derecho**. p. 265. Tradução livre: “um ordenamento jurídico constitucionalizado [...] caracteriza-se por ter uma Constituição densamente povoada de direitos e capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos ou as relações sociais”.

Defende parte da doutrina que o constitucionalismo foi sucedido pelo Neoconstitucionalismo, também denominado de “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos”, para designar o novo modelo jurídico trazido pelo Estado Constitucional ou Democrático de Direito, que se implementou em alguns países, como por exemplo a Itália, Espanha e Alemanha.⁶⁴

O Neoconstitucionalismo é entendido como um fenômeno recente dentro do Estado Constitucional contemporâneo e, conforme Carbonell, “*pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX.*”⁶⁵ Essas Constituições não se limitaram em estabelecer a separação dos poderes e sua competência, mas também são dotadas de “altos níveis de normas materiais ou substantivas” que condicionam a atuação do Estado por meio da realização de certos fins e objetivos. Apresenta como exemplos a Constituição espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.⁶⁶

Menciona Comanducci que o Neoconstitucionalismo pode ser compreendido como uma ideologia, como uma teoria do direito e como uma metodologia. Inicialmente ressalta que o constitucionalismo “*es fundamentalmente una ideología*”⁶⁷, que objetiva a limitação do poder e a proteção das liberdades, ou seja, dos direitos fundamentais. Que essa noção de constitucionalismo não se mostra relevante à teoria do direito, visto que a escola dominante no século XIX e na primeira metade do século XX foi a do positivismo.⁶⁸

Por outro lado, o Neoconstitucionalismo não se apresenta somente como uma ideologia, acompanhado de uma metodologia, mas, também, como uma importante teoria do direito, que concorre com o positivismo. Assim, o

⁶⁴ ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 239.

⁶⁵ Tradução livre: “visa explicar um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir após a segunda guerra mundial e, principalmente, a partir da década de setenta do século XX”.

⁶⁶ CARBONELL, Miguel. *El Neoconstitucionalismo em su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-10.

⁶⁷ Tradução livre: “é fundamentalmente uma ideologia”.

⁶⁸ COMANDUCCI, Paulo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 82.

Neoconstitucionalismo emerge como um modelo de sistema jurídico que se caracteriza por possuir uma Constituição “invasora”, pela positivação de um rol de direitos fundamentais, pela presença de princípios e regras na Constituição e por algumas especificidades de interpretação e aplicação das normas constitucionais.⁶⁹

Essas constituições trouxeram duas grandes transformações: a primeira introduzindo os direitos fundamentais, que se estabelecem em primeiro lugar. Os direitos não pressupõem o Estado, mas sim este os pressupõe, pois estão fundamentados na Constituição. Antes, os direitos resultavam da existência do Estado, agora, o Estado deriva da existência da Constituição; a segunda transformação refere-se ao texto aberto das constituições, que formularam princípios de modo direto, mas também de forma implícita, que são retirados em outras fontes de viés supranacional.⁷⁰

Logo, o Neoconstitucionalismo como teoria do direito representa um processo de modificação dos sistemas jurídicos, ou seja, *“una alternativa respecto a la teoria iuspositiva tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos.”*⁷¹ Nessa senda a Constituição positiva direitos fundamentais, apresenta disposições por meio de princípios e regras, traz peculiaridades para a aplicação e interpretação das suas normas.

Como ideologia, o Neoconstitucionalismo se diferencia da ideologia do constitucionalismo, visto que coloca em segundo plano a limitação do poder estatal e em primeiro a tarefa de garantir os direitos fundamentais. Observa-se que no atual modelo de Estado constitucional e democrático de direito, adotado por grande parte dos países, o poder estatal não é mais visto com temor, e o grande desafio é efetivar os direitos fundamentais. Com isso, o Neoconstitucionalismo ideológico não se restringe em descrever as realizações do processo de constitucionalização, mas sim

⁶⁹ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. p. 83.

⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales**. p. 147-148.

⁷¹ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. p. 85. Tradução livre: “uma alternativa no que diz respeito à teoria do direito tradicional: as transformações sofridas pelo objeto de pesquisa fazem com que ele não reflita mais a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos”.

de valorizá-las positivamente e buscar a sua defesa e ampliação.⁷²

Ainda, Comanducci explica a classificação do Neoconstitucionalismo como metodológico, sustentando que *“al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre Derecho y moral”*⁷³, ou seja, uma tese identificativa ou justificativa entre direito e moral.⁷⁴

O Neoconstitucionalismo reúne dois elementos: um forte conteúdo normativo e as garantias constitucionais. O primeiro envolve a ideia de garantia jurisdicional e de desconfiança do legislador. Defende Sanchís que a noção de poder constituinte do Neoconstitucionalismo é mais liberal do que democrática, visto que apresenta limites às decisões da maioria, para que se mantenha sempre aberto o exercício da soberania popular através do legislador. O segundo elemento se traduz por um programa normativo que estabelece as “regras do jogo”. Logo, *“el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”*.⁷⁵

Com isso, o Neoconstitucionalismo pode ser concebido, conforme Ferrajoli, como

un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo

⁷² COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. p. 85.

⁷³ Tradução livre: “pelo menos no que diz respeito às situações de direito constitucionalizado, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre o direito e a moralidade”.

⁷⁴ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. p. 87.

⁷⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES Joaquín Herrera; CARVALHO Salo de. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 403-404. Tradução livre: “O resultado pode ser resumido da seguinte forma: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de forma importante as decisões da maioria, mas cujo papel fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes”.

*modelo de derecho y de democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma.*⁷⁶ (Grifo do autor)

O Neoconstitucionalismo requer uma nova teoria das fontes, isto é, uma nova teoria da norma que propicie a entrada dos princípios e *“una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica”*.⁷⁷

Como consequência observa-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, que pode ser definida como *“un proceso de transformación de un ordenamiento al término de cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales.”*⁷⁸ A propósito, um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza *“por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”*.⁷⁹

Assim, há necessidade de “constitucionalizar” o direito, para entender a Constituição rígida “como direito”. Ao mesmo tempo constitucionalizar o direito para

⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.71-89. p. 71. Tradução livre: “um sistema de vínculos substanciais, isto é, de proibições e obrigações impostas pelas cartas constitucionais, e precisamente pelos princípios e direitos fundamentais nelas consagrados, a todos os poderes públicos, inclusive o legislativo. A garantia jurídica da eficácia deste sistema de vínculos reside na rigidez das constituições, assegurada por sua vez, nas cartas constitucionais do segundo pós-guerra, por um lado pela previsão de procedimentos especiais para a sua reforma, e por outro pela criação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado é um novo modelo de direito e democracia, o estado constitucional de direito, fruto de uma verdadeira mudança de paradigma.”

⁷⁷SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. p. 434-435. Tradução livre: “uma teoria reforçada da interpretação, nem puramente mecanicista nem puramente discricionária, onde os riscos que a interpretação constitucional acarreta podem ser evitados por um esquema plausível de argumentação jurídica”.

⁷⁸GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-73. p. 49. Tradução livre: “um processo de transformação de um ordenamento ao final do qual o ordenamento em questão está totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionais”.

⁷⁹GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell, María Bono, Perfecto Andrés, José María Lujambio e Andrea Greppi. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 153. Tradução livre: por uma Constituição extremamente invasiva e intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos e as relações sociais.”

a Constituição alcançar todos os setores do ordenamento jurídico, bem como o “saber”, a própria ciência do direito. Logo, para o Estado constitucional manter-se, inevitável que exista uma *“cultura jurídica constitucional que deberá presidir la elaboración y aplicación del derecho y la teorización y la transmisión de los conocimientos jurídicos.”*⁸⁰

Observa Guastini que para um ordenamento jurídico ser considerado constitucionalizado, ou seja, “impregnado” pelas normas constitucionais precisam estar presentes, concomitantemente, sete condições, que ele denomina de “condições da constitucionalização”. São elas: uma Constituição rígida, que possua mecanismos que dificultem sua alteração; uma garantia jurisdicional da Constituição, com a existência de um sistema de controle da constitucionalidade das normas; a força vinculante da Constituição, em que as normas constitucionais sejam dotadas de coercibilidade e obriguem a todos, isto é, elas não possuem apenas conteúdo programático.⁸¹

Ainda, apresentam-se como “condições de constitucionalização” do direito, a *“sobreinterpretación”* da Constituição em que a invocação dos princípios constitucionais ampliam e intensificam a presença da dela no ordenamento jurídico. Com isso, toda a controvérsia pode ter respostas em um sistema constitucionalizado, em face dessa “superinterpretação”; a interpretação das leis conforme a Constituição, pois o controle de constitucionalidade não se limita apenas a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sendo que existe, também, uma possibilidade intermediária; a aplicação direta da Constituição, visto que ela serve para regular todas as relações sociais e não somente com o poder público ou entre ele e os particulares; e por fim, a influência da Constituição sobre as relações políticas, destacando que os princípios constitucionais com sua carga moral e política intervêm na argumentação política. Assim, a argumentação jurídica tende a ser transformada em argumentação política e moral.⁸²

⁸⁰ REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p 37. Tradução livre: “cultura jurídica constitucional que deve presidir à elaboração e aplicação da lei e à teorização e transmissão do conhecimento jurídico”.

⁸¹ GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**. p.50-53.

⁸² GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**. p.53-58.

Explica Atienza que a constitucionalização do ordenamento jurídico não representa “uma questão de tudo ou nada”, mas sim um fenômeno que pode ser graduado, pois os traços que o definem podem acontecer com intensidade variável.⁸³

Para Barroso a constitucionalização do direito é “potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo” dentre elas a “centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação”, fato que “tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante.”⁸⁴

Nesse contexto, relevante destacar a constitucionalização de temas do direito privado. Tal fenômeno, explica Cruz, não importa que o Estado venha a participar dessas relações jurídicas, mas sim que “determinados assuntos, antes tratados nas normas infraconstitucionais, atualmente ganharam status constitucional”. Define como “movimentos de terceirização e constitucionalização” que visam disciplinar assuntos de direito privado na Constituição, visto que a dicotomia⁸⁵ direito público e direito privado, ainda existe,⁸⁶ assim, provocam a publicização do mesmo.

Por fim, com relação à força normativa da Constituição, observa-se que após a Segunda Guerra Mundial, no constitucionalismo europeu e na maior parte do mundo, foi superada a ideia de que a Constituição era apenas uma Carta Política, que continha diretivas políticas de organização do Estado. Passou a vigorar o pensamento de que, a Constituição é composta por normas jurídicas, que comportam “tutela judicial” quando descumpridas, ou seja, houve a atribuição de

⁸³ ATIENZA, Manuel. **Constitucionalismo, globalización y derecho**. p. 265.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 148.

⁸⁵ Defende Cruz que, as noções de público e privado sofreram alteração, em especial, pela intervenção do ente estatal na vida social e econômica. Desse modo, “a vida do cidadão” passou a “ter uma íntima ligação com o Poder Público, enquanto governante e garantidor do interesse comum”, provocando a publicização do direito privado. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 22-23.

⁸⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 21-22.

força normativa⁸⁷ à Constituição.⁸⁸

No Brasil a força normativa da Constituição, bem como a preocupação com a concretização das normas constitucionais ocorreu com a redemocratização do país e com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988. A partir daí, a Constituição⁸⁹ passou a ser o centro do sistema jurídico, visto que fundamenta e faz parte do próprio conteúdo do Estado. Ela disciplina a estrutura estatal, estabelece direitos fundamentais e ao mesmo tempo é permeada por valores tidos como importantes no meio social, que devem ser respeitados, quer na relação entre o poder público e privados, quer na relação entre privados.

Desse modo, a par da realidade do Estado Constitucional ou do fenômeno do Neoconstitucionalismo, relevante compreender como a evolução das normas constitucionais nas diferentes formas do Estado Moderno, em suas versões liberal, social e democrático de direito, contribuiu para o desenvolvimento do direito contratual e para a formação da noção contemporânea de contrato.

1.2 A relação entre o constitucionalismo e o direito contratual nos Estados Liberal e Social de Direito

O constitucionalismo representa um fenômeno do Estado Moderno, enquanto o instituto dos contratos reporta notícias históricas desde o direito romano, embora, sua formatação tenha sido, imensamente, alterada a partir do que, a história do direito denomina de direito privado moderno. Desse modo observa-se que, tanto

⁸⁷ Hesse sustentou que, a Constituição não representa apenas um pedaço de papel, mas “ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’ tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.” Portanto, a Constituição possui “força normativa”. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

⁸⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 20-21.

⁸⁹ Ressalta Streck que a Constituição brasileira é democrática e “seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade.” Desse modo, o direito, como fruto da modernidade, deve ser visto “*como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)*.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15. (Grifo do autor)

o constitucionalismo, quanto os contratos tiveram origem em contextos jurídicos, políticos e sociais distintos, contudo sua trajetória se relacionou e passou a ter conexão a partir do Estado de Direito.

Com isso, para analisar o direito contratual no Estado de Direito⁹⁰, seja o liberal, seja o social, imprescindível que, previamente, se faça um recorte para perpassar por um breve lineamento histórico do direito privado moderno e pontuar os principais momentos evolutivos. A partir disso, então, passa-se a contextualizar o surgimento da versão clássica do contrato, bem como sua conexão com a Constituição.

As primeiras notícias do direito privado moderno têm origem na Europa, no início da alta Idade Média, quando do redescobrimento e estudo do *Corpus Iuris* de Justiniano por meio de comentários e do ensino elementar, que vieram a formar uma compilação. Os juristas desse período e escolas exerciam funções na diplomacia, na administração e na jurisprudência dos territórios e Estados da Europa. Logo, o predomínio na vida pública auxiliou para instituir o caráter jurídico “determinado pela discussão racional da problemática técnico-jurídica – que distinguiu até hoje a sociedade ocidental de outras culturas nossas conhecidas, e sem a qual sociedade, Estado e economia [...] não seriam concebíveis.”⁹¹

Tais estudos do direito romano foram, expressivamente, recepcionados no continente europeu por meio de uma compilação que continha a “análise racional dos textos reproduzidos” em que “os professores elaboraram uma ciência do direito, independente dos numerosos sistemas jurídicos efectivamente em vigor nas diferentes regiões da Europa.”⁹²

Na sequência, ocorreu a decadência da unidade do direito comum europeu, bem como o declínio da autoridade do diploma Justiniano, promovido pelo

⁹⁰ Explica Ferrajoli que o Estado de Direito, também pode ser denominado Estado legislativo de Direito ou Estado legal. Que ele surgiu “com o nascimento do Estado moderno com a produção jurídica” e com a afirmação do princípio da legalidade, como critério exclusivo para identificar o direito válido. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 14.

⁹¹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 11.

⁹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 203.

racionalismo.⁹³ Nesta fase, “o ensino do direito romano, ministrado nas universidades, sofreu uma evolução; várias ‘escolas’ se sucederam, tendo cada uma as suas preocupações e os seus métodos próprios”, o que gerou o seu enfraquecimento.⁹⁴

Salienta-se que, uma das primeiras escolas, “a dos *glosadores*, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas.” Após, foram abandonados alguns textos das compilações de Justiniano e nos séculos XIV e XV, as universidades passaram a ensinar “sob o nome de *usus modernus Pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, especialmente sob a influência das concepções do direito canônico [...]”.⁹⁵

Com relação a noção do contrato, verifica-se que, o direito canônico representou um marco, pois trouxe o desapego à forma e aos atos solenes, provenientes do direito romano, para dar evidência à promessa contida no pacto e para honrar a palavra dada. Destaca-se que, a Igreja católica defendia o respeito à palavra dada, exortando que as promessas deveriam ser cumpridas, sob pena de cometer pecado.⁹⁶

Com isso, o fundamento contratual passou a residir na promessa de obedecer o prometido, visto que a palavra livremente empenhada originava uma obrigação a ser satisfeita. Nos séculos XIII e XIV o respeito pela palavra dada sedimentou-se nos costumes da Europa ocidental, o que pode ser ilustrado pelos dizeres: “todos os acordos devem ser cumpridos” ou “todo o prometido é devido”.⁹⁷ Nesta fase, o instituto contratual fixou-se “como um instrumento abstrato e como

⁹³ Explica Finger que o racionalismo “pregava a ideia de que se deve à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano. Partindo-se disso, chegou-se à construção de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, abrindo caminho para a concepção de direito como um sistema e um método dogmático específico, a partir de conceitos gerais.” FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

⁹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34-35.

⁹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34-35.

⁹⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 735.

⁹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 736.

uma categoria jurídica.”⁹⁸

Ainda, menciona-se o surgimento do humanismo, que auxiliou na evolução do conceito do instituto contratual, visto que defendia o respeito à pessoa, tendo por fundamento sua individualidade, liberdade e voluntariedade. Contudo, esse movimento não logrou romper, definitivamente, com as amarras do direito romano, pois manteve a separação entre as simples promessas (pactos) e as convenções (contratos – *stipulatio*). Observa-se que, a vontade individual até o final da Idade Média esteve subordinada aos interesses familiares, religiosos e econômicos, não existindo “senão nos limites da fé, da moral e do bem comum”. Portanto, a autonomia de vontade⁹⁹ do ser humano somente apareceu com a escola do direito natural.¹⁰⁰

O jusnaturalismo¹⁰¹ serviu de “base teórico-filosófica” e de incentivo ao surgimento da noção clássica de contrato, pois deu ênfase à autonomia da vontade e à liberdade de contratar.¹⁰² Nesse contexto, refere-se as lições de Hugo Grócio, quando defendeu que a eficácia da declaração do contratante derivava de sua vontade soberana, que, por sua vez, gerava a responsabilidade sobre seus próprios atos. Assim, a vontade era exteriorizada por palavras e à luz da teoria da declaração, restavam unificados os princípios da autonomia da vontade e da confiança.¹⁰³

Para Grócio, a força vinculativa da palavra nos contratos tinha como alicerce o direito natural, que se fundamenta no princípio da *pacta sunt servanda*, isto é, que os pactos devem ser cumpridos e a palavra deve ser respeitada.¹⁰⁴ Assim, sustentava que a declaração somente vinculava a parte se fosse aceita pela

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 56.

⁹⁹ Observa-se que “o princípio moderno do consensualismo dos contratos é o resultado de uma longa evolução histórica. O direito romano não o tinha admitido; muito menos o direito germânico. Foi no decurso da Baixa Idade Média que o respeito pela palavra dada se impôs, sobretudo por influência do direito canônico. O consensualismo triunfou rapidamente e tornou-se na base da moderna teoria dos contratos.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 731.

¹⁰⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 737.

¹⁰¹ “Pode-se designar por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (jusnaturalismo), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 279.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 56.

¹⁰³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 330-331.

¹⁰⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 332.

outra, o que deu origem à “teoria da conclusão contratual através da oferta e da aceitação.” Ainda, com relação à justiça contratual, pregava a equivalência das prestações, com base na ética social, bem como na existência de deveres mútuos de respeito e esclarecimento quando da celebração dos contratos.¹⁰⁵

Também no jusnaturalismo¹⁰⁶, salienta-se o pensamento de Pufendorf que adotava “a ideia de que o homem é a origem da autoridade e do direito. Indivíduo autônomo, o homem é o senhor supremo das suas opiniões e dos seus actos, não podendo ser comandado por nenhuma autoridade superior.” Seus estudos foram influenciados pela doutrina de Descartes, assim, “ao ‘penso, logo existo’, os juristas substituirão ‘quero, logo tenho direitos’; ‘quero, logo obrigo-me’.” Com base nisso, assevera que “cada um deve respeitar inviolavelmente a sua palavra, ou seja, aquilo a que se comprometeu por qualquer promessa ou convenção”.¹⁰⁷

Nesse período houve o predomínio da força vinculativa da promessa e da valorização da manifestação de vontade da pessoa, que derivavam da sua condição de ser livre. Essa acepção teve grande relevância para a fixação das normas de direito contratual, em especial para a construção do conceito tradicional deste instituto. Logo, a vontade sem vícios representava “a verdadeira fonte do contrato” o que legitimava “os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.”¹⁰⁸

Tal situação provocou o surgimento de uma nova versão de direito natural não mais fundamentada na teologia, ou na “vontade do criador”, mas sim na “razão” e na “experiência da realidade”, que se denomina jusracionalismo.¹⁰⁹ Como consequência, exaltava “os ‘direitos naturais’ do indivíduo, derivados da própria personalidade de cada pessoa”. Assim, a ideia de direito subjetivo passou, desde

¹⁰⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 334.

¹⁰⁶ “É à Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado. Esta Escola, no séc. XVII, constitui um factor importante de laicização do direito, da sua concepção racional e, ao mesmo tempo, universal. Para os jusnaturalistas, o direito rege a sociedade civil; já não é, portanto, forçosamente cristão, como criam os canonistas dos sécs. XIII e XIV. Já no início do séc. XVII, o teólogo espanhol Suarez (1548-1617) insistia sobre o livre-arbítrio e considerava que a regra *pacta sunt servanda* era o princípio de base de todo o direito natural. Mas foi sobretudo o jurista holandês Grócio que desenvolveu a nova teoria: a vontade é soberana; [...]” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 737.

¹⁰⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 738.

¹⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. p. 56.

¹⁰⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 12.

então, a “dominar o pensamento jurídico”.¹¹⁰

O jusracionalismo¹¹¹ constituiu um “curto capítulo histórico das [...] manifestações do jusnaturalismo.” Logo, uma de suas características assentou-se “tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, [...] teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como [...] que ela levou além disso a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teologia moral.”¹¹²

Neste contexto, vislumbra-se o surgimento do Estado Moderno¹¹³, que sob o modelo absolutista promoveu a dissolução da estrutura medieval, fundamentada na multiplicidade de poderes. Ele pode ser definido como uma “*forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei*”.¹¹⁴ Explica Bobbio que o Estado era “absoluto por que se tornou definitivamente o único poder capaz de produzir o direito,” ou seja, “de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e, portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder.”¹¹⁵

Dessa forma, o jusracionalismo trouxe avanço ao direito privado, que racionalizou e sistematizou o direito comum, lançando “as bases do carácter ideológico ou mesmo utópico da teoria constitucional, da política e dos princípios

¹¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 36.

¹¹¹ O jusracionalismo revelou-se importante para a construção do direito sobre regras e princípios fundados na razão, reconhecendo ao indivíduo “liberdades e direitos subjetivos que seriam inerentes à sua natureza e, ainda, por sua tendência à unificação do direito e ao refundimento completo do conteúdo do direito sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 174.

¹¹² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 279-280.

¹¹³ Para delimitar o surgimento do Estado Moderno, utiliza-se a lição de Moraes, que refere ter acontecido a partir do século XVI. Explica que, “não há que se confundir o Estado com outra experiência que não seja aquela da modernidade, sendo suas apresentações anteriores tidas como *formas estatais pré-modernas*.” BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.16.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 19. Grifo do autor.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. p. 19. Grifo do autor.

fundamentais do direito.”¹¹⁶ Logo, encontra-se na base do Estado Moderno, bem como das suas “manifestações normativas: as Constituições e os Códigos”, o que revela que, “a noção de sistema foi a maior contribuição do racionalismo para o direito”.¹¹⁷

No que tange à elaboração do conceito de contrato, também, aponta-se a relevância do pensamento de Kant, que compreendia o ser humano como um ente dotado de razão e, por isso, de vontade¹¹⁸, constituindo-se um ser livre, senhor de seu agir. Pregava que “a todo ser racional que tem vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a ideia de liberdade, sob a qual ele age.”¹¹⁹ Nesse enfoque, “a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função de valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.”¹²⁰

Além dessas doutrinas éticas e jurídicas, outras de cunho político e econômico, também, tiveram relevância na evolução do contrato. Na ótica política evidenciou-se a “teoria do contrato social”, de Rousseau¹²¹, ou seja, pela vontade livre, os homens se juntam, formam um corpo social e renunciam parte de sua liberdade individual para constituir o Estado. Portanto, o acordo das pessoas em se

¹¹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 12.

¹¹⁷ FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

¹¹⁸ Menciona Kant que “ ‘a vontade é, em todas as ações, uma lei de si mesma’ caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 79-80.

¹¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. p. 81.

¹²⁰ COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26.

¹²¹ Assevera Rousseau ao explicar o “pacto social”, que: “como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve em si mesmo? Esta dificuldade introduzida em meu assunto pode assim enunciar-se: ‘Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes’. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin-Claret, 2005. p. 31.

unirem livremente traduzia a vontade¹²² individual e, por sua vez, alicerçava a autoridade do Estado. Já, o viés econômico apresentou-se pelo liberalismo, em que a ideia de liberdade estava no núcleo nos negócios e a circulação de riquezas deveria acontecer de forma livre, por meio da figura contratual, que representava um instrumento equitativo.¹²³

No decorrer do tempo, o Estado absolutista passou por uma crise, nos âmbitos social e institucional, gerada pela concentração de poderes nas mãos do soberano, pelos privilégios de isenção tributária do clero e nobreza, pelo descontentamento do povo, que reivindicava direitos, e pela insatisfação da burguesia, que, detentora do poder econômico, lutava pelo poder político.¹²⁴

Tais fatos culminaram nas duas revoluções inglesas do século XVII e na Revolução Francesa no século XVIII, conseqüentemente deram origem: à declaração dos direitos do homem, à Constituição e ao Estado de Direito. Com relação às declarações de direitos destacam-se o *Bill of Rights* das constituições americanas de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, em 1789.¹²⁵

Já, no que se refere a figura estatal, surgiu o Estado de Direito que deixou de “*ser entendido, kantianamente, como um Estado por lá razón*” e passou “*a converterse en un Estado limitado por el derecho positivo, [...] um Estado que se autolimita*”¹²⁶, apresentando-se inicialmente em sua versão liberal. Tal fato guarda

¹²² Esclarece Gilissen que “a sociedade é considerada como um conjunto de homens livres e autônomos, que não se ligam entre eles senão pela vontade. O ‘contracto social’ de J.J. Rousseau repousa sobre a autonomia absoluta da vontade dos indivíduos: ‘Cada indivíduo obriga-se como quer, quanto quer, mas apenas enquanto quer’. Está aqui toda a autonomia individual originária que a Revolução Francesa retomará e consagrará nas leis do seu período intermediário.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 738.

¹²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. p. 57-59.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.46-49.

¹²⁵ Destaca Gilissen que, “estes precedentes tiveram influência considerável sobre todas as declarações do séc. XIX e sobre uma grande parte das do séc. XX. [...] Mas, nem a França nem a América inventaram o *Bill of Rights*; Os Estados da América do Norte não fizeram outra coisa senão continuar a tradição da Inglaterra, onde uma série de disposições legais asseguraram progressivamente as garantias de direitos aos súditos do rei: a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 [...], o *Bill of Rights* de 1689 [...]” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 423-424.

¹²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 222.

relação com a Constituição, que nasce no Estado de Direito e vem a provocar um processo de mudança no pensamento jurídico.

Portanto, à luz do esboço histórico retratado vê-se que, o direito é criado, mantido e alterado conforme as condições políticas, econômicas, sociais e ideológicas que vigoram no meio em que ele se destina a regular. Em especial, o instituto dos contratos sofreu profundas modificações em sua estrutura e funções, decorrentes da realidade socioeconômica e política proporcionada pelos diversos tipos de Estado de Direito que se sucederam. Diante dessa realidade cabe analisar o papel da Constituição na evolução e construção das normas de direito contratual, no Estado de Direito, nos modelos liberal e social.

1.2.1 O direito contratual e a Constituição no Estado Liberal de Direito

O Estado de direito apresentou-se, na primeira versão, como liberal. Nele havia a separação de poderes, a defesa do individualismo e o poder emanava do povo, tendo como fonte a lei. Caracterizava-se por ser um ente neutro, com a nítida divisão entre o Estado e a sociedade, que buscava assegurar os interesses da burguesia¹²⁷ e a liberdade do interesse econômico, bem como identificava-se com o princípio da legalidade e com a, conseqüente, submissão da administração à lei.

O sistema jurídico buscava proteger os cidadãos, vistos de forma isolada, contra a própria ação do Estado, utilizando para tanto a lei, que consistia em uma ordem geral, abstrata e dotada de sanção. Nesse contexto surgiu o modelo clássico de contrato, fundamentado no auge da autonomia da vontade.

Verifica-se que, o Estado de direito¹²⁸ nasceu como forma de lutar contra

¹²⁷ O Estado Liberal de Direito é o Estado do *laissez faire, laissez passer* e funciona “*al servicio de la burguesia para lo que dificulta el ejercicio del derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en el social y económico.*” LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 222. Tradução livre: “a serviço da burguesia pelo que impede o exercício do direito de associação, abandona o mercado aos economicamente poderosos e reconhece uma liberdade e igualdade no plano formal, que não têm correspondência no social e econômico.”

¹²⁸ Observa-se que “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto

o absolutismo e a arbitrariedade dos governantes, com a tarefa de unir as “*garantias formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad*”¹²⁹, com as “*garantias materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.*”¹³⁰

Logo, o conceito do Estado Liberal de Direito surgiu “aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* [...], a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais.*”¹³¹

O Estado Liberal teve sua sustentação no declínio do poder real e na ascensão política e econômica da burguesia¹³², representou uma forma de Estado de Direito absenteísta, caracterizada por “uma limitação jurídico-legal negativa”.¹³³ Nessa situação de “limitação do poder estatal ao mínimo necessário que o liberalismo veio a se desenvolver no plano jurídico.” Apresentou-se em duas fases distintas; primeiramente, na luta pela “*conquista da liberdade*” e, na segunda, pela

de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. [...] No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

¹²⁹ Tradução livre: “garantias formais, proclamadas por uma Constituição que consagra a divisão de poderes e o princípio da legalidade”.

¹³⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 220. Tradução livre: “garantias materiais, uma vez que o primado da lei residia no seu caráter de expressão da vontade geral e na sua orientação imediata para a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos.”

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DEMORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 89. Grifo dos autores.

¹³² Conforme Roppo a organização econômica e social guardam estreita ligação, sendo que a última também influi na evolução do contrato. “Desta matéria existe, na história do pensamento jurídico institucional, uma aplicação exemplar, operada por uma doutrina muito famosa: a de Henry Summer Maine, estudioso inglês do século passado, segundo o qual todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do ‘*status*’ ao *contrato*. Com esta fórmula – conhecida simplesmente como ‘lei de Maine’ – quer-se exprimir a ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens [...] eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.26.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 91.

“exploração da liberdade”.¹³⁴

A etapa da conquista da liberdade foi marcada pela Revolução Francesa no final do século XVIII, a qual, à luz do pensamento filosófico da época e dos objetivos da burguesia, que buscava a liberdade, a igualdade e a fraternidade, em contraposição à opressão e à desigualdade promovidas pelo absolutismo. Nesse momento, juristas, filósofos e economistas uniram-se em favor de uma ideologia liberal, pregando a liberdade na ordem econômica e social. Defendiam que, o Estado deveria “deixar ao indivíduo o máximo de liberdade econômica possível”, uma vez que a relação entre a produção e o consumo traria o equilíbrio do mercado. Com isso, a figura estatal limitaria sua função a “garantir ao indivíduo a liberdade necessária para deixá-lo desenvolver sua personalidade.”¹³⁵

Esse pensamento de liberdade para os indivíduos e retração do poder estatal deu origem ao liberalismo, que se constitui numa doutrina econômica, mas, também, moral e política.¹³⁶ Esse movimento pode ser resumido pela expressão: *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*.¹³⁷

Logo, o Estado de Direito nasceu como uma reação para repelir o Estado absoluto, para ser limitado pelo direito positivo, pela legalidade, ou seja, “*un Estado que se autolimita*”.¹³⁸ Esse surgimento “foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe”. Nesse contexto, no pensamento político inglês deu-se “o nome específico de ‘constitucionalismo’ ao conjunto de movimentos que lutam contra o

¹³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983. p.31-32. A divisão no movimento liberal e no Estado Liberal em etapas é de autoria de Burdeau.

¹³⁵ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.25.

¹³⁶ Observa-se que o liberalismo “tinha também fundamentos morais, de fonte religiosa, assentes na ideia cristã de que o homem permanece o valor supremo, dotado de “direitos naturais”, oponíveis contra a ordem estatal, assim, como tinha fundamentos políticos, que ficam claros se nos lembrarmos que nascera da oposição à organização política, hoje geralmente apelidada de *ancien regime*, cujas características eram essencialmente opressivas.” NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.

¹³⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. p. 64. Tradução livre: “deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si mesmo”.

¹³⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 222.

abuso do poder estatal.”¹³⁹

Assim, no que tange à Constituição, nesse período, o vocábulo referia-se a um ato legislativo que trazia, de modo escrito, o regime político e a forma de governo do Estado. As constituições representavam leis que não podiam “ser modificadas senão por um processo especial, relativamente longo e complexo, que implica maiorias especiais na ou nas assembleias constituintes isto para lhes assegurar uma certa estabilidade.”¹⁴⁰

A Constituição no Estado liberal passou a regulamentar o poder estatal e garantir os direitos individuais, porém mostrava-se alheia à sociedade. Assim, por um lado traduzia “a forma de organização do poder político, definindo os limites à actividade do Estado” e, por outro, assegurava “aos cidadãos um conjunto de direitos contra aquele, isto é, constituía o estatuto da defesa da sua esfera de liberdade perante o Estado.”¹⁴¹

Observa-se que nesse período, as Constituições¹⁴² permaneceram “a margem”, pois continham “poucas e concisas disposições” em matéria de direitos e que, seguidamente, atuavam como “mera remissão à lei”, em que os direitos somente eram regulados pela lei. Em outras palavras havia a “reserva da lei”, em que a carta constitucional deixava liberdade para a lei realizar a regulação do direito.¹⁴³

Explica Luño que, o conteúdo Constituições liberais era dividido em duas partes, denominadas de “orgânica” e “dogmática”. A primeira regulamentava a estrutura e o funcionamento do Estado e seus respectivos poderes. Essas

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. p. 24.

¹⁴⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 419.

¹⁴¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 419.

¹⁴² Nesse sentido, Lassalle sustentava a condição de carta política da Constituição de um Estado, argumentava que a “Constituição real e efetiva” era aquela “integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade”. Enquanto, a “Constituição escrita” é uma “folha de papel”. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stöner. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 23. Em sentido contrário, Hesse sustentou que existem pressupostos que permitem à Constituição possuir força normativa, sendo eles: o “conteúdo” e a “práxis”. Com relação ao primeiro quanto mais “lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.” Pela práxis, refere que “de todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade da Constituição.” HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 20-21.

¹⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 132.

constituições se caracterizavam pela “rigidez constitucional”, cujo intento era proteger o próprio conteúdo de eventuais alterações. A interpretação da parte orgânica realiza-se com base na construção de algumas regras decorrentes das ciências, quer históricas, sociais e políticas, dando origem à hermenêutica “juspolicista”.¹⁴⁴

Já, a parte dogmática era formada pelo rol dos direitos naturais positivados no texto constitucional, com o fito de que não sofressem alterações por parte da legislação ordinária ou da administração. Com relação a sua interpretação, realizava-se com base em uma metodologia trazida pelo direito privado, visto que, as premissas do Estado liberal repousavam sobre a liberdade individual, mormente, a econômica e o direito de propriedade.¹⁴⁵

Portanto, a Constituição nesse período não representava “a lei fundamental da ordem jurídica de uma colectividade politicamente organizada, mas sim e apenas o estatuto da organização política da sociedade.”¹⁴⁶ Um dos fundamentos dessas normas constitucionais era a igualdade formal, que atribuía a mesma qualidade a todas as pessoas “desde o seu nascimento: a personalidade jurídica. [...] isto significa que perante a lei todos os homens são iguais e que, [...], ela tem de os tratar a todos uniformemente, não podendo operar discriminações entre eles.”¹⁴⁷

Apresentado o papel da Constituição nesse período, importante verificar o contexto das normas de direito civil, para destacar o direito contratual. Assim, observa-se que, as normas jurídicas de direito privado, à luz da doutrina liberal eram caracterizadas pela neutralidade e por conceber a pessoa de forma abstrata, traduzida pela autonomia da vontade e pela iniciativa privada, sem analisar fatores sociais.

Tais disposições legais foram organizadas em códigos, que representavam um “documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente,

¹⁴⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 251.

¹⁴⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 252.

¹⁴⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 86.

¹⁴⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 86.

segundo uma ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor.”¹⁴⁸ Conforme Tepedino, “com o apogeu das codificações, [...] sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado.”¹⁴⁹

Desse modo, o código correspondia a “um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”¹⁵⁰ que, constituíam a lei mais importante dos Estados, com a pretensão de regular de modo completo a vida da sociedade. Menciona Ferrajoli que, as codificações eram a forma de atuação do princípio da legalidade e que a norma jurídica não era válida por ser justa, mas por ter sido “posta” por uma autoridade que possui competência normativa.¹⁵¹

Os códigos trouxeram em seu conteúdo “o ser humano personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade.”¹⁵² Ressaltam-se como frutos desse período o Código Civil francês de 1804¹⁵³, e o Código Civil italiano de 1865¹⁵⁴. Frisa-se que, as codificações do século XIX representaram uma “regra estatal que dispôs algumas bases axiomáticas fechadas, de maneira que a tarefa do intérprete era unicamente aplicá-las.”¹⁵⁵

¹⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.2.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO GUSTAVO. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-2.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 64.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. p. 16.

¹⁵² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 5.

¹⁵³ O Código Civil francês foi “redigido e discutido no momento em que Bonaparte consolida o seu poder pessoal, o Código reflecte a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade económica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar, etc.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 454.

¹⁵⁴ Aduz Perlingieri que, o Código Civil italiano seguiu o modelo francês e caracterizou-se “especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *causa mortis*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 4.

¹⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 270.

Na Alemanha¹⁵⁶ evidenciaram-se os estudos de Savigny, que fundamentado nas lições kantianas, defendia que o direito natural não representava a filosofia da ciência jurídica, entendendo o direito subjetivo¹⁵⁷ como “espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros; o negócio jurídico e a vontade negocial como espaço de ação da personalidade autónoma.”¹⁵⁸

Na sequência, surgiram outras importantes codificações no direito privado, que podem ser denominadas de “produto tardio do liberalismo”¹⁵⁹, em especial, o Código Civil alemão¹⁶⁰, no ano de 1900, e o brasileiro, em 1916¹⁶¹, o que provocou uma transição do positivismo científico para o jurídico, ou seja, da ciência para a legislação. Desse modo, pelo positivismo jurídico o direito privado consistia em um sistema fechado¹⁶², positivado nos códigos civis, que revelavam a imagem da sociedade de uma nação em seu conjunto, com sentido de unidade.¹⁶³

A codificação no Estado Liberal trouxe robustez à divisão entre direito público e direito privado, bem como a “exasperação da técnica legislativa

¹⁵⁶Explica Gilissen que, “foi sobretudo na Alemanha que a Escola histórica conheceu um grande sucesso. Reagindo contra a influência francesa e sobretudo contra a ideia de codificação, juristas eminentes enfatizaram ideia de *Volkgeist* (espírito do povo): o papel do povo é, a seus olhos, predominante na formação do direito, constituindo os códigos obstáculos à sua evolução natural, que se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 515.

¹⁵⁷Assevera Wieacker que “as definições de direito subjectivo de autonomia privada, de negócio jurídico e vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 428.

¹⁵⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 453.

¹⁵⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 458.

¹⁶⁰ Observa-se que “o BGB é – de forma correspondente ao ideal positivista da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei – uma *codificação* [...], um propósito de compilação final e exaustiva da sua matéria. Através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, ele obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 544.

¹⁶¹ Conforme Tepedino o Código Civil brasileiro de 1916 representa a “expressão do individualismo característico da codificação europeia do século XIX, volta-se fundamentalmente para a disciplina das relações patrimoniais, de modo a assegurar o livre tráfego jurídico de seus (únicos) protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador. Desenha-se, assim, um conjunto monolítico de valores correspondentes à secular ideologia que congregou, de maneira quase homogênea, a burguesia vitoriosa na Revolução Francesa; valores preservados e prestigiados por intermédio da autonomia privada, assegurada pela liberdade de contratação e pelo exercício quase ilimitado do direito de propriedade.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. VII e VIII.

¹⁶² Refere Bobbio a existência do “dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico será completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer a equidade.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 119.

¹⁶³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 526.

regulamentar”, pois o legislador tinha a pretensão de prever todas as situações sociais que viessem a interessar ao direito. Tal fato criou uma mentalidade jurídica de que, “sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.”¹⁶⁴

À luz da doutrina liberal, o direito civil compreendia que os princípios previstos na Constituição eram “normas políticas”¹⁶⁵ tendo por destinatário o legislador ordinário, não o aplicador do direito. Por isso, as disposições constitucionais representavam simples instrumento subsidiário, que somente era aplicado quando não existia previsão legal específica e quando o aplicador não conseguia decidir o caso por meio da analogia e dos costumes.¹⁶⁶ Observa-se que, mesmo que a Constituição se situasse no ápice do ordenamento jurídico, suas normas não passavam de um elemento integrador e subsidiário para a aplicação do direito civil, demonstrando, como se referiu, a divisão entre direito público e privado.

Logo, tanto a Constituição quanto o Código Civil foram concebidos como conquistas da Idade Moderna, representando projetos que adotaram caminhos separados e paralelos, idealizados para incidir sobre relações jurídicas distintas. O primeiro deveria regulamentar as relações públicas, bem como defender o indivíduo do poder do Estado, ao passo que ao segundo coube disciplinar as relações privadas, ou seja, aquelas referentes aos indivíduos particulares entre si.¹⁶⁷ Tal situação demonstra uma nítida divisão entre Estado e sociedade, havendo clarividente partição entre o direito público e o privado.¹⁶⁸

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

¹⁶⁵ Lassalle sustentava que, a Constituição de um Estado era uma carta política que trazia em seu bojo questões políticas e não jurídicas. Referia que “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.” LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönnner. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 40.

¹⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 3.

¹⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48.

¹⁶⁸ Explica Bodin de Moraes que, “nesse universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentavam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e natos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites

Nesse cenário compreende-se que, a construção da teoria do direito contratual no Estado Liberal de Direito assentou-se em cinco fundamentos, quais sejam: o individualismo, a liberdade econômica, a igualdade, a liberdade política e a autonomia da vontade.¹⁶⁹ Pela doutrina do individualismo¹⁷⁰ cada indivíduo, por si mesmo, devia lutar para defender seu próprio interesse e, com isso, ser útil à sociedade. Portanto, na relação pessoa-sociedade, o Estado era “um mal necessário” e tinha que limitar sua ação ao mínimo possível, ou seja, somente para defender direitos civis e políticos.¹⁷¹

Já a liberdade econômica fundamentava-se na ideia do *laissez faire, laissez passer*.¹⁷² Acreditava-se que o mercado devia agir com liberdade, eis que a lei da oferta e da procura regularia o interesse da sociedade, sem necessidade de intervenção.¹⁷³ Do mesmo modo, a teoria contratual sustentou-se na ideia de igualdade e de liberdade política, com o que todas as pessoas eram tidas como iguais perante a lei, logo, detentoras de liberdade. Essa noção de igualdade era puramente teórica e formal, não trazendo preocupação com a sua concretização na vida de fato.¹⁷⁴

Por último, para completar a estrutura da teoria jurídica do contrato, no Estado Liberal, refere-se o voluntarismo jurídico¹⁷⁵, representado pelo princípio da

aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 1, 2.ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul-dez. 1991, p. 60 .

¹⁶⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.

¹⁷⁰ Refere Becker que “o postulado otimista do individualismo econômico, que, na prática, quase se confunde com o liberalismo, é, essencialmente, o que propõe Adam Smith: cada um dos indivíduos que compõem a sociedade, se abandonado à própria sorte, trabalha o mais utilmente possível, na busca de seu interesse próprio, para servir ao interesse comum.” Continua a autora explicando que “em que pesem os liames estreitos que unem o individualismo à doutrina liberal, estas noções não devem ser confundidas”. BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 24.

¹⁷¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. p. 64.

¹⁷² Tradução livre: Deixa para lá, deixa passar.

¹⁷³ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.

¹⁷⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. p. 64.

¹⁷⁵ “A origem do voluntarismo remonta aos primórdios da filosofia moderna, à escolástica franciscana. Entre os séculos XIV e XV, o franciscano Guillaume d’Occam já proclamava a proeminência da vontade, sua aptidão para dirigir a vida humana (superior à da razão por ser conduzida pelo amor), e representava os indivíduos isolados no estado de natureza, associando-se em seguida e criando as instituições jurídicas livremente, por sua própria vontade. Daí por diante, considerar-se-ia que, se o indivíduo é livre no estado de natureza, nada o poderia vincular senão seu consentimento específico para tanto.” BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 16-17.

autonomia da vontade. Nessa linha, a pessoa era vista como um ser racional, dotado de vontade, por consequência, poderia obrigar-se. Essa vontade representava o fundamento da existência do Estado¹⁷⁶, bem como a fonte geradora de obrigações, como se vislumbra nos contratos.¹⁷⁷

Assim, no início do século XIX, à luz do liberalismo econômico e do voluntarismo jurídico, surgiu a concepção clássica do contrato, fundada na autonomia da vontade. Tal modelo de contrato foi positivado pelo Código de Napoleão¹⁷⁸, como um ato decorrente de um acordo de vontades entre indivíduos, considerados sujeitos de direitos pela codificação. Representava “um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e econômicas dá nos seus artigos forma e força de lei.”¹⁷⁹

O contrato no Código de Napoleão visava satisfazer aos interesses da burguesia e seus artigos encontravam-se em um livro que tratava dos “diversos modos de aquisição da propriedade”, revelando a nítida relação entre o instituto da propriedade e do contrato. Justifica-se esta opção do legislador francês porque era necessária “a transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente”, e para que ela acontecesse era necessário “um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar, baseada no consenso dos contraentes* – poderia ser o slogan que o resume.”¹⁸⁰

Nessa época, o contrato passou a ser o mais importante negócio jurídico

¹⁷⁶ Observa Marques que, o contrato passou a representar “não só a fonte das obrigações entre os indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. Mesmo o Estado retira sua autoridade de um contrato; logo, a própria lei estatal encontra aí sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. O contrato, tornando-se um *a priori* do direito, revela possuir uma base outra, uma legitimidade essencial e autônoma em relação à normas: a vontade dos cidadãos. A teoria do contrato social conduz, portanto, à ideia de importância da vontade do homem.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 58.

¹⁷⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. p. 64.

¹⁷⁸ O Código de Napoleão “reflete a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade econômica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar, etc.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 454.

¹⁷⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.40.

¹⁸⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 40-45. Grifo do autor.

realizado pelas pessoas. Ecoavam os dizeres de liberdade e de igualdade, trazidos pela Revolução Francesa, e partia-se do pressuposto de que os contratantes eram livres para dispor sobre as cláusulas contratuais e se encontravam no mesmo plano de igualdade para negociar, embora pudessem ser economicamente diferentes.

O contrato estruturou-se sobre um vínculo subjetivo, qual seja, a vontade dos contratantes. Percebe-se que o Código Civil francês adotou uma concepção voluntarista de contrato, eis que o fundamento da obrigatoriedade dos pactos residia na “manifestação de duas vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade ou autodeterminação individual.” Esse contexto pode ser retratado pela expressão francesa “*qui dit contractuel, dit juste*”, pois o consenso entre as vontades possuía “força de uma verdade indiscutível”, revelando o caráter subjetivista do contrato.¹⁸¹

Assim, surgiu a teoria subjetiva em que a “força da vontade provém de si mesma, isto é, o contrato obriga pelo simples fato de ser ‘contrato’, vale dizer, *consentimento*.”¹⁸² Como corolário do liberalismo econômico e da igualdade formal vigorou a autonomia da vontade e a liberdade contratual, pelas quais os contratos eram livremente pactuados e celebrados entre as partes, possibilitando a circulação e acesso aos bens.¹⁸³

Logo, no século XIX e à luz dos postulados racionalistas, desenvolveu-se a escola do positivismo científico, que compreendia o direito como um grande sistema fechado, “organizado e independente”, formado de “preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente” e preso a “realidades lógicas”. Tal estrutura buscava a elaboração de “conceitos” abstratos¹⁸⁴ que pudessem envolver todos os casos jurídicos, de tal modo que não restasse nenhuma lacuna. Nesse contexto, por meio da operação lógica da subsunção, o juiz apresentava-se como mero aplicador do conteúdo legal ao caso concreto.¹⁸⁵

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992. p. 128.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. p. 132.

¹⁸³ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 24.

¹⁸⁴ Refere Gomes que o positivismo científico não levava em conta “considerações éticas, políticas ou econômicas”. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 3.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. p. 3.

Nessa linha de pensamento destacou-se, na Alemanha, a Escola da Pandectística¹⁸⁶ responsável pela sistematização do direito privado por meio do Código Civil, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), e pela criação da categoria do negócio jurídico. Observa-se que a codificação civil alemã somente entrou em vigor no início do século XX, mais precisamente, em 1900¹⁸⁷, considerando o instituto do contrato¹⁸⁸ como uma espécie, da qual o negócio jurídico era o gênero.¹⁸⁹

A figura do negócio jurídico¹⁹⁰ cunhada no Código Civil alemão caracterizava-se pelo “elevado grau de generalidade e abstração”, visto que os sujeitos de direitos eram considerados iguais perante a lei e, portanto, capazes de manifestar sua vontade, com o intuito de produzir efeitos jurídicos. Desse modo, a legislação desconsiderava a condição social e econômica dos sujeitos reais que contratavam, bem como a realidade que cercava a operação econômica realizada, tudo em prol de obter “o máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos

¹⁸⁶ A Pandectística teve seu método caracterizado “pelo abuso de abstrações lógicas. Consiste ele, [...] no emprego de concepções puras, desenvolvidas mediante lógica inteiramente abstrata, consideradas como instrumentos necessários de fecundação dos textos legais ou de elaboração das ideias jurídicas independentes. Procediam seus seguidores a construções realizadas mediante abstrações lógicas que prescindiam dos fatos, ou os desnaturavam em proveito das ideias puras. [...] para eles, todo o sistema jurídico positivo residia, *a priori*, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida, mutáveis e várias. As noções jurídicas apresentavam-se, em suma, sob a forma de entidades metafísicas classificadas em categorias, providas de formas dotadas de efeitos necessários, ligados uns aos outros por uma espécie de harmonia lógica.” GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. p. 3-4.

¹⁸⁷ Para Roppo, as diferenças de ordem cultural, bem como a evolução da história política, justificam que o Código Civil alemão somente entrou em vigor quase um século após o francês. Argumenta que “este mesmo atraso e a consequente diferença de contexto histórico e de condições socioeconômicas, juntamente com uma tradição científica diferente, fizeram com que a disciplina do contrato” no BGB fosse organizada de modo diferente do Código de Napoleão. ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 47.

¹⁸⁸ O Código Civil alemão de 1900 possuía normas que dispunham sobre o contrato, sobre cada espécie de contrato, bem como normas gerais que disciplinavam o negócio jurídico. Todas eram aplicadas aos contratos. ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 48.

¹⁸⁹ Esclarece Roppo que a diferença principal entre o modelo francês e o alemão é que no segundo, a categoria do contrato passou “a ser concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o *negócio jurídico*.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 47.

¹⁹⁰ Explica Lorenzetti que “o conceito de negócio jurídico é expressão da autonomia privada. Identifica-se com o exercício da autonomia, e não com o contrato; por isto há negócio jurídico nas declarações unilaterais, no Direito Família [...]. O negócio jurídico é um gênero, dos quais uma espécie é o contrato. [...] O conceito de negócio é uma abstração vinculada ao sujeito, onde se dissolvem as distinções sociais com a pretensão de lograr a máxima igualdade. Seu objeto era desenhar uma esfera de autonomia diante do Estado.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 541.

jurídicos".¹⁹¹

Para o direito alemão, a celebração do contrato exigia a presença de, no mínimo, duas pessoas que declaravam sua vontade, ao passo que para configurar o negócio jurídico bastava a manifestação de vontade de um sujeito de direito. Dessa maneira, o negócio jurídico representava a expressão da vontade de um sujeito de direito com o intuito de produzir efeito jurídico, envolvendo operações de cunho econômico e também aquelas sem conotação econômica. Era uma categoria muito mais ampla e abstrata do que a do contrato, que, por sua vez, sempre continha atos de circulação e aquisição de riquezas.¹⁹²

Desse modo, a par da escola francesa da teoria voluntarista desenvolveu-se a teoria da declaração originada no direito alemão. A primeira denominada na Alemanha de *Willenstheorie*, possuía o mesmo fundamento do direito francês, ou seja, a autonomia da vontade, sustentando a "vontade interna" dos contratantes como fonte criadora dos direitos e obrigações nos contratos. Já a segunda¹⁹³ (*Erklärungstheorie*) defendia que não bastava a manifestação de vontade das partes, havia a necessidade da declaração de ambos. Logo, o que valia era a vontade declarada e não a vontade interna.¹⁹⁴

Disso observa-se que a teoria da declaração "bilaterizou o dogma da vontade, fazendo transparecer as intenções de ambas as partes", bem como foi responsável pelo início da caminhada de objetivação¹⁹⁵ do negócio jurídico. Em

¹⁹¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 50-51.

¹⁹² ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 48-51.

¹⁹³ Explica Becker que "a ideia de que o poder da vontade seria verdadeiramente autônomo foi refutada, ainda no século XIX, na Alemanha, por Schlossmann, sob o argumento de que, se realmente existisse *autonomia da vontade*, ela permitiria ao declarante suprimir a vontade expressada anteriormente. Se é a vontade interna dos contratantes que dá origem aos efeitos jurídicos do ato, não passando a declaração de simples *meio* pelo qual aquela vem ao conhecimento de terceiros, cada um pode modificar sua vontade até o momento de sua realização, o que torna a teoria clássica, além de falsa [...], perigosa para o crédito público, na medida em que permite, em nome de uma vontade secreta, a anulação de um contrato que a contraparte acreditava válido." BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 44-45.

¹⁹⁴ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 43-44.

¹⁹⁵ Assevera Martins-Costa a importância da obra de Büllow ao tratar da objetivação do negócio jurídico. Entendia o jurista alemão que "o negócio jurídico é ato voluntário, mas se a vontade que aí subjaz é apenas 'causa' ou gênese do negócio, para que o ato seja criado basta que a declaração tenha sido querida, mesmo que não corresponda à vontade 'interna', pois o que importa é o modo como a vontade se exterioriza socialmente." Tal pensamento contribuiu para a evolução da tutela da vontade individual para a tutela da confiança, servindo de porta de entrada para o princípio da boa-fé objetiva. Da mesma forma, abriu espaço para que Emilio Betti (na Itália) formulasse, no século XX, "a

resumo, a evolução das teorias a respeito do negócio jurídico podem ser identificadas em dois momentos distintos: o primeiro “atinentes a disputa entre a subjetividade da vontade e a objetividade da declaração;” e o segundo, centrado “na relação do negócio com a lei e o Estado.”¹⁹⁶

Assim, constata-se que no modelo clássico de contrato a vontade das partes era a fonte criadora de direitos e obrigações. Logo, pelo princípio da autonomia da vontade, os contratantes tinham plena liberdade para contratar, escolhendo o tipo do contrato e determinando o seu conteúdo. Imperava o individualismo, sendo flagrante nos contratos a existência de disposições que causavam desequilíbrio, rompendo a comutatividade da relação e impondo ônus tão excessivo, que correspondia à total frustração do objeto do contrato.

O modelo clássico do contrato foi fruto de um Estado neutro e fundamentou-se na política do *laissez faire, laissez passer*, que apoiada na liberdade contratual garantida por lei, tornou-se palco de abusos. Nesse cenário, os contratantes economicamente vulneráveis eram explorados em convenções “injustas ou socialmente graves ou perigosas” e tinham a obrigação de cumpri-las em virtude da força obrigatória dos pactos.¹⁹⁷

O Estado Liberal de Direito vigorou pleno no século XIX, com um modelo econômico capitalista, decorrente do liberalismo. Seu sistema jurídico fundamentou-se na neutralidade, no absenteísmo e no modelo ideológico individualista-capitalista, responsável pela concentração de capital nas mãos dos poucos. Constata-se que o liberalismo jurídico buscou, com base no princípio da igualdade formal, vencer e apagar as discriminações ocorridas no período medieval e no Estado absolutista, porém acabou fracassando e produzindo mais desigualdade levando ao lento enfraquecimento deste modelo.

Portanto, a Constituição, no Estado Liberal de Direito, limitou-se a prever a organização do Estado e a positivar os direitos fundamentais de caráter individual,

Teoria Preceptiva, cujo centro reside na concepção do contrato como *auto-regulamentação dos interesses privados*, ato social, dirigido para o futuro, e não ‘ato de vontade’, pois essa já se exauriu quando formado o vínculo, pertencendo, pois ao passado.” MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro**. p. 133.

¹⁹⁶ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 45-46.

¹⁹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 739.

representados pelas liberdades civis e políticas. Na mesma direção, as normas de direito contratual previstas nas codificações, à luz do individualismo e da exacerbada força da autonomia da vontade, passaram a ser um instrumento de dominação e opressão dos ricos sobre os pobres, fomentando as diferenças entre as classes sociais. Tal situação levou ao declínio desse modelo estatal e ao surgimento do Estado Social de Direito, também, denominado de *Welfare State*.

1.2.2 O direito contratual e a Constituição no Estado Social de Direito

O Estado liberal, com seu formato neutro, apolítico e defensor do individualismo, demonstrou que era incapaz de cumprir os ideais de igualdade. Esse período foi marcado pelo auge da autonomia da vontade e, ainda, vigorou de forma ampla o princípio da *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato fazia lei entre as partes, existindo a obrigação de cumprir o pactuado, em todas as situações.

Contudo, restou evidenciado que, a codificação envelhecia, que o direito estatal não era completo e que havia divergência entre o direito constituído e a realidade social. Em especial, na segunda metade do século XIX, com a Revolução Industrial, transpareceu que os códigos baseados em uma sociedade agrária não ofereciam soluções para os problemas gerados pelo nascimento de indústrias, bem como para as relações trabalhistas e comerciais decorrentes de tal realidade.¹⁹⁸

Desse modo, ocorreu o declínio do Estado Liberal que, aliado à Revolução Russa, à Primeira Guerra Mundial e à democracia de Weimar¹⁹⁹, do início do Século XX, em especial à Constituição alemã de 1919, foram determinantes para o surgimento do Estado Social de Direito²⁰⁰. Tal versão caracterizou-se “por controlar

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 123-124.

¹⁹⁹ Observa-se que, os alemães pretendiam, no pós-Primeira Guerra, implantar no país um regime democrático e parlamentar. Porém, a investida acabou por fracassando em 1933 com a ditadura de Hitler e o nazismo. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 422.

²⁰⁰ Explica Luño que, houve debate na doutrina germânica a respeito da mudança da natureza e dos fins do Estado de Direito para o Estado Social. Desse modo, uma corrente defendida por Schmitt e Forsthoff entendia que a “*Constitución de Weimar, tendente a trazer uma separación tajante entre la Constitución como forma jurídica de Estado y el funcionamiento político del poder, en su incidencia y*

e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais.”²⁰¹ Contudo, não abandonou as garantias jurídicas do Estado de Direito, assumindo “*compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social.*”²⁰²

O Estado de viés social²⁰³, ou *Welfare State*, tinha por escopo corrigir as imperfeições do individualismo por meio da defesa dos interesses coletivos e da valorização da questão social. Tal fórmula pretendia unir os ideais do capitalismo e do bem-estar social, em que ao ente estatal coubesse prestações positivas. Para tanto, a lei constituía-se em um “instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações

condicionamiento por los conflictos sociales, praxis de los sindicatos y partidos políticos, etc., vació de contenido la pretendida dimensión 'social' de sozialer Rechtsstaat auspiciado en la Carta constitucional weimariana.” Para eles o Estado de Direito e o Estado Social não tinham o mesmo significado, sendo impossível conceber um Estado Social de Direito; que o local para a realização dos programas socioeconômicos não era a Constituição, mas a legislação e a administração; que o conteúdo social do Estado Social era de caráter programático, não podendo ser imediatamente aplicado, senão através de normas que o regulamentassem. Numa segunda posição, encontravam-se outros doutrinadores alemães (Hesse, Heller, Kāgi, Abendroth e outros), que entendiam de modo contrário, sustentando que a mudança do Estado Liberal para o Social modificava o significado jurídico-político, mas o Estado Social continuava sendo um Estado de Direito, e que as disposições constitucionais não eram programáticas. Salienta-se o estudo de Heller, que interpretava o princípio social do Estado juntamente com o princípio democrático. Nessa ótica o Estado Social de Direito pode ser caracterizado: a) pela continuidade dos princípios social e democrático no Estado de Direito; b) pelo desaparecimento da separação entre Estado e sociedade; c) pela superação do caráter negativo dos direitos fundamentais; d) pela interpretação democrática do Estado que deve funcionar de forma pluralista e permitir a participação das pessoas e dos grupos no processo político, econômico, social e cultural; e) pela orientação democrática que não pode levar a renúncia das garantias jurídicas previstas na Constituição, prevalecendo o primado do direito. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** p. 224-229. Tradução livre: “Constituição de Weimar, tendendo a traçar uma nítida separação entre a Constituição como forma jurídica do Estado e o funcionamento político do poder, em seu impacto e condicionamento por conflitos sociais, prática de sindicatos e partidos políticos, etc., esvaziou o conteúdo da pretendida dimensão 'social' da sozialer Rechtsstaat apoiada pela Carta Constitucional de Weimar.”

²⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 17, 1999.p. 59.

²⁰² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** p. 226. Tradução livre: “compromisso entre a defesa das liberdades individuais tradicionais e as demandas de justiça social”.

²⁰³ O Estado Social provoca uma mudança na natureza da ação estatal, que envolve prestações positivas, que dependem, totalmente, dele. Explica Sousa Santos que essa espécie de Estado aconteceu “*en el Norte global, mediante la conversión del Estado liberal o de derecho en el Estado social de derecho, en el Estado de bienestar, y, en el Sur global, en el Estado desarrollista o neodesarrollista*”. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Derechos humanos, democracia y desarrollo.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014. p. 45. Tradução livre: “o Norte global, por meio da conversão do estado liberal ou legal em um Estado Social de Direito, em um estado de bem-estar social e, no Sul global, em um estado desenvolvimentista ou neodesenvolvimentista”.

pretendidas pela ordem jurídica.”²⁰⁴

No *Welfare State*, a pessoa passou a ter o direito de ser protegida, independentemente de sua situação econômica ou social, por meio de mecanismos, que representam “prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado.”²⁰⁵

Esse modelo de Estado, altamente interventor reforçou a influência das constituições sobre o direito privado, visto que “todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados.”²⁰⁶ Com isso, trouxe a valorização dos direitos fundamentais não somente como “*libertà ‘negative’, ma anche come libertà ‘positive’, attraverso la garanzia dei diritti sociali e di partecipazione politica e, soprattutto, all’affermazione di un concetto di Costituzione come tavola di valori non più disponibili per il legislatore ordinario*”.²⁰⁷

Neste contexto, as constituições, além de limitar o poder político, também passaram a ser instrumento de realização de justiça social, visto que positivaram as liberdades positivas, que dependem da ação do ente estatal, ao lado das liberdades negativas, decorrentes da abstenção do Estado. Assim, o rol de direitos humanos previstos nas constituições assistiu “a uma progressiva ampliação, passando a contemplar direitos cuja satisfação está condicionada à implementação de políticas públicas e a prestações positivas imputadas ao Estado e à sociedade.”²⁰⁸

O conteúdo das constituições foi caracterizado pela adição dos direitos econômicos, sociais e culturais, que apareceram como “valores ou princípios básicos

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 94.

²⁰⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.37.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do direito civil**. p. 58-59.

²⁰⁷ SANTAMARIA, Baldassarre. **I diritti fondamentali del contribuente**. Disponível em: <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/101805/136809/I%20diritti%20fondamentali%20del%20contribuente.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020. p. 21-22. Tradução livre: “liberdades 'negativas', mas também como liberdades 'positivas', através da garantia dos direitos sociais e da participação política e, sobretudo, a afirmação de um conceito de Constituição como um quadro de valores não mais ao alcance do legislador ordinário”.

²⁰⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. p. 53.

do sistema jurídico-político”, a par dos direitos civis e políticos. Ainda, é importante ressaltar que a Constituição, no Estado Social, deixou de ser dividida em parte dogmática e parte orgânica em razão da natureza jurídica dos direitos fundamentais, que era de participação e prestação por parte do Estado.²⁰⁹ Tal modelo constitucional buscava proteger os direitos fundamentais pessoa, com limite da força normativa, inclusive do legislador, e ainda incluía princípios fundamentais de justiça, com os direitos sociais.²¹⁰

No que tange às normas civis, vê-se que o Estado Social, sob uma forma interventora, aumentou sua área de ação na economia e reduziu o espaço da autonomia privada. Os reflexos dessa nova forma estatal acarretaram a publicização²¹¹ do direito privado, a desestruturação de sua unidade em torno das codificações e a edição de novas disposições legais, que foram denominadas de direito especial, enquanto a codificação representava as normas de direito comum.²¹² Assim, à medida que crescia o número de leis especiais, decrescia o poder centralizador do Código Civil.

Logo, a defesa dos interesses coletivos, típica do Estado social, provocou a “publicização ou socialização” do direito privado, que deriva não mais “de uma concepção especulativa – como a submissão de todo ato de autonomia privada à ‘norma’ – mas, sim, da constatação do fenômeno ‘intervencionista’ do Estado na economia”²¹³. Essa nova realidade social e jurídica reduziu a nítida separação entre o direito público e o privado, a partir do que se tornou difícil detectar e individuar um interesse privado que fosse “completamente autônomo, independente, isolado do

²⁰⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. p. 252. Tradução nossa.

²¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. p. 123.

²¹¹ Lôbo distingue os fenômenos da publicização e da constitucionalização do direito privado, explicando que “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.” LÔBO, Paulo Luiz. *Constitucionalização do direito civil*. p. 59.

²¹² TEPEDINO, Gustavo. *Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição*: premissas para uma reforma legislativa, p. 5.

²¹³ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, n. 747. p. 45.

interesse dito público”.²¹⁴

Com relação ao direito contratual, vê-se que a liberdade contratual, sustentada pelo absenteísmo do Estado liberal e pela igualdade formal dos sujeitos de direito, passou a ser fonte de injustiça social. De fato, percebeu-se que não bastava somente o direito proclamar a igualdade de modo abstrato, era necessário concretizá-la no mundo da vida, na efetiva diferença que existem entre as pessoas.

Assim, os contratos, à luz do liberalismo, passaram a envolver situações de opressão e dominação econômica dominação²¹⁵, em especial, com cláusulas abusivas que feriam a comutatividade. Tal ambiente fomentou conflitos sociais e foi propício para o surgimento de movimentos de luta²¹⁶ contra a prestigiada autonomia da vontade, que a mesma desprezava a condição de ser humano do sujeito de direito, esquecendo que, mais do que uma criação legal, a pessoa que precisa ter sua dignidade respeitada e protegida. Da mesma forma, essas injustiças foram motivo de manifestação por parte de doutrinadores socialistas, que as denunciaram.²¹⁷

Esses fatos demonstraram que o princípio da liberdade contratual escondia a realidade oriunda da doutrina ideológica do capitalismo²¹⁸ e, com fulcro

²¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 55.

²¹⁵ Exemplificando as injustiças sociais oriundas da liberdade contratual, “pense-se no produtor de bens ou serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que ele lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar da determinação do conteúdo do contrato: “pegar ou largar’.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 38.

²¹⁶ Ressalta-se que, os “conflitos sociais surgiram um pouco por todo o lado: 1848 (França, Alemanha, Áustria e Itália), 1862-1864 (primeira Internacional), 1871 (Comuna) 1886 (Bélgica), etc. Estas datas constituem outros tantos marcos da luta contra a teoria da autonomia da vontade.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 739.

²¹⁷ Os abusos cometidos à luz da liberdade contratual foram denunciados por pensadores socialistas, que lutavam contra a opressão dos fracos, como Comte, Saint-Simon e Marx. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 739.

²¹⁸ A doutrina ideológica do capitalismo pregava “que a liberdade de contratar assegura também a ‘justiça’ de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder [...] gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.” Porém convém salientar que a ideologia capitalista que envolveu a liberdade contratual caracterizava-se por possuir elementos de dissimulação e deturpação da realidade, “mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da ‘máscara’ da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do *laissez-faire* contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 37.

na igualdade formal, somente alimentava os interesses burgueses²¹⁹, tanto nas relações de grupo, quanto naquelas dos indivíduos isolados. A diferença das condições econômicas e sociais entre os contratantes refletia “uma disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*”.²²⁰

Desse modo, no âmbito do direito contratual, o Estado de direito²²¹, na condição de interventor, reduziu a autonomia das partes e determinou que alguns tipos contratuais sofressem a “incidência de normas cogentes”. Essa intervenção buscava concretizar a igualdade substancial entre os contratantes. Assim, por meio da mão estatal, a parte hipossuficiente da relação foi protegida pelo escudo das normas que limitavam a liberdade de fixar o conteúdo das cláusulas contratuais. Esse momento histórico pode ser retratado pela famosa afirmação de Lacordaire de que “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”²²²

Nesse período houve a alteração do paradigma contratual, momento que emergiu a consciência da questão social, em que

más allá de la igualdad formal de los hombres, existen numerosas diferencias entre ellos (sociales, económicas, culturales, de información), que impiden el ejercicio igualitario de los derechos y, en materia contractual, posibilitan el surgimiento de relaciones asimétricas, con partes “fuertes” (que

²¹⁹ Conforme Gilissen a dominação dos mais fortes provocada pelo dogma da autonomia da vontade “não se constata apenas no direito social e nas relações de grupo: mesmo o indivíduo isolado vê a sua liberdade cada vez mais limitada.” Até mesmo a liberdade de não contratar desapareceu, em alguns casos, como “por exemplo, o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automóveis e o seguro de doença-invalidez (na Bélgica).” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 739.

²²⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 38. Grifo do autor.

²²¹ O Estado Social, ou *Welfare State* assimilou “novas ideias de conformação e novos interesses, notadamente de parte das classes operárias densificadas por ocasião da Revolução Industrial e da expansão dos núcleos urbanos, que, diante das graves desigualdades verificadas na realidade social, passam a exigir novas atuações de parte do Estado, fazendo com que se inaugure uma pretensão material de igualdade, em substituição à mera igualdade formal, típica do liberalismo. Trata-se, portanto, de uma tentativa de se conferir ao Estado de Direito uma conotação de conteúdo mais econômico e social, sem, contudo, se renunciar à sua forma, que somente deveria assimilar novas realidades e ser operacionalizada, agora, no sentido de uma democracia social.” HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Estado de Direito. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.291.

²²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

*imponen las condiciones del contrato) y "débiles" (cuya capacidad de negociación es menguada).*²²³

Explica Bodin de Moraes que “a igualdade apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas.” A partir disso, compreendeu-se a necessidade da efetivação da igualdade material entre os contratantes, ou “a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.”²²⁴

Com isso, esmoreceu a concepção absoluta de igualdade formal entre os contratantes, revelando que a mesma era utópica, pois favorecia apenas os mais fortes economicamente, que, por sua vez, se encontravam em posição de vantagem para contratar. Em contrapartida, os excluídos do acesso aos bens e ao conhecimento estavam em situação de inferioridade e eram prejudicados na contratação.²²⁵ Portanto, para equilibrar essa desigualdade, fazia-se necessária uma intervenção maior do Estado para restringir a autonomia da vontade, com o fito de proteger os fracos e promover a igualdade substancial. Tudo isso promoveu a alteração da concepção clássica do contrato.

Assim, o aparecimento do capitalismo de grupo e o pós-Primeira Guerra

²²³ CALDERÓN, Maximiliano Rafael. *Concepto de contrato*. In: TINTI, Guillermo Pedro; CALDERÓN, Maximiliano Rafael. (Org.). **Contratos: parte general**. Buenos Aires: Zavalia, 2016. p.13-14. Tradução livre: “para além da igualdade formal dos homens, existem inúmeras diferenças entre eles (sociais, econômicas, culturais, informacionais), que impedem o exercício igualitário dos direitos e, em matéria contratual, permitem o surgimento de relações assimétricas com as partes “fortes” (impostas por as condições do contrato) e “fraco” (cuja capacidade de negociação é diminuída)”.

²²⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 86.

²²⁵ Assevera Silva Filho “que a igualdade formal dos sujeitos de direito acabava ocultando e favorecendo uma indesejável desigualdade entre os membros da sociedade, o que se revelou cristalino em relação à dinâmica econômica, pois somente aqueles que detinham riquezas, especialmente a propriedade de terras, poderiam livremente usufruir de toda a autonomia reservada pelo direito privado aos indivíduos da sociedade[...]” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 174.

Mundial²²⁶ alteraram a realidade social foi alterada. No direito contratual ocorreu a decadência do voluntarismo e aumentou a necessidade de novas regras para promover a estabilidade social. Nesse período surgiu o “dirigismo contratual”, que é “uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do direito público no direito privado pela interferência estatal na liberdade de contratar.”²²⁷

O Estado ampliou o estabelecimento de regras para limitar a autonomia da vontade, em especial, como forma de reprimir abusos decorrentes de cláusulas contratuais que gerassem onerosidade excessiva ou deixassem ao arbítrio de uma só das partes a manifestação de vontade e a elaboração do pacto. Mediante essa forma intervencionista, o Estado Social²²⁸ promoveu a socialização do direito privado fixando regras de ingerência sobre interesses privados. Tal fato trouxe como consequência o fenômeno da publicização do direito privado, ou seja, promoveu a “limitação da autonomia da vontade, em especial da liberdade dos particulares em regular relações jurídicas coordenativas e em dispor de sua propriedade, tendo em vista o interesse da coletividade.”²²⁹

²²⁶ Segundo Ferreira da Silva, “é só com o advento de crises sociais de maior impacto e com significativas mudanças no desenvolvimento econômico da sociedade moderna que começa a ruir a estrutura dogmática até aqui exposta e na qual se exaltava a vontade individual. Estas modificações farão com que o conceito nuclear de autonomia da vontade comece a esmorecer, ainda que continue um dos princípios basilares do ordenamento jurídico”. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 28.

²²⁷ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 377.

²²⁸ Destaca-se que “o que se transforma, portanto, na passagem para o Estado Social, é o conteúdo de que se reveste o Estado, pois a forma do Estado de Direito não é abandonada, nem mesmo substituída. Para dar conta dessas novas demandas, porém, passa-se a exigir do Estado uma atuação mais positiva e ativa no sentido de garantia dos direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos, tais como educação, saúde e trabalho, dentre outros. Assim, a postura neutra e ausente do Estado no modelo liberal é substituída por um caráter interventivo, que não encontra mais na figura da lei exclusivamente limites para sua atuação, mas também imposições de atuação e de realização. Neste processo, opera-se, igualmente, uma reaproximação entre as esferas pública e privada, num processo que se poderia denominar, concomitante e reciprocamente, como sendo de *estatização da sociedade e de socialização do Estado*. Isso porque volta a ser atribuída ao espaço público e à Administração [...] uma função relevante com relação à sociedade e ao indivíduo; público e privado não se opõem, mas se interligam entre si. Todas essas transformações, entretanto, se dão sob a égide da lei, que apenas passa a receber uma conotação política mais destacada.” HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Estado de Direito. p. 291.

²²⁹ Menciona Silva Filho que, hodiernamente, o sentido da expressão publicização do direito privado deu lugar à noção de constitucionalização do direito privado. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Transformações jurídicas nas relações privadas**, p.192.

Nesse cenário aconteceu o crescimento da sociedade de consumo²³⁰, momento que houve a necessidade de facilitar os contratos de compra e venda, para simplificar as negociações entre as partes, fato que fez nascer a relação de consumo e a figura do consumidor. Ressalta-se, que a “massificação das relações sociais” impulsionou o surgimento das condições gerais dos negócios²³¹, isto é, de instrumentos de contratação em massa, via formulários padronizados, com cláusulas preestabelecidas por um contratante, com o intuito de agilizar o tráfico econômico. A multiplicação dessas relações contratuais mostrou, na prática, que um contratante precisava ser protegido contra abusos do outro com superior condição seja informacional, seja econômica.

Logo, à luz dos valores constitucionais de igualdade, o Estado promoveu o declínio da autonomia da vontade e o direito contratual sofreu a intervenção do Estado. Nesse contexto, o conteúdo constitucional do Estado Social passou a exigir um novo modo de interpretação, inicialmente, que entendesse seu caráter jurídico²³² e, segundo, que o considerasse como uma solução, para que a interpretação constitucional se liberasse da metodologia oriunda do direito privado e conquistasse sua autonomia, mediante a criação de seus próprios métodos.²³³ Na sequência, especialmente, após a segunda Guerra Mundial, foram inseridos nas constituições os direitos fundamentais de fraternidade²³⁴, a disciplina da ordem econômica e

²³⁰ Atualmente, após “a passagem da revolução industrial e sua ética de trabalho (fordismo) ao momento pós-industrial (pós fordismo e sua terceirização)” a figura do trabalhador teria sido substituída pelo de consumidor. Para este “os projetos de vida seriam construídos com base nas eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Assim, se antes ser ‘pobre’ era não ter trabalho ou não conseguir o salário almejado, agora ser ‘pobre’ é estar alijado do consumo que deseja ou é estar excluído do consumo”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 197.

²³¹ Refere Lôbo que “as primeiras manifestações das condições gerais se deram no âmbito dos contratos de transporte ferroviário e de seguros. A partir daí assumiram proporções tais que chegaram a corresponder a mais de 99% de todos os contratos atualmente concluídos nos Estados Unidos.” LÔBO, Paulo Luiz. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. p. 12-14.

²³² Menciona Canotilho que “a força normativa da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

²³³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 252-253.

²³⁴ Conforme Sarlet, os “direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.” SARLET, Ingo

social, bem como a limitação dos poderes político e econômico.

Todavia, o Estado Social causou desencanto²³⁵, por não conseguir atender às necessidades e aspirações da sociedade, o que gerou a necessidade de alternativa para sucedê-lo. Também se mostrou imprescindível a alteração da forma estatal para que as normas constitucionais fossem definitivamente entendidas como Direito positivo e pudessem ser diretamente alegadas perante os tribunais.²³⁶ Logo, o Estado Social foi se enfraquecendo e, mesmo com cunho assistencialista, mostrou-se incapaz de suprimir diferenças socioeconômicas, em face de uma estrutura centralizadora e, muitas vezes, de cunho totalitário.²³⁷

1.3 O Neoconstitucionalismo e a repersonalização dos contratos

A premente necessidade de um regime democrático e de um sistema de proteção à pessoa humana podem ser apontadas como causas do surgimento do Estado Democrático de Direito²³⁸, que tem como finalidade, transformar a situação vigente pela concretização da igualdade material. O instrumento de mudança nesse tipo de Estado é a lei, que busca a reestruturação das relações sociais com base na solidariedade, compreendendo o ser humano como membro de uma comunidade.

Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57.

²³⁵ Explica Luño que o desencanto foi “[...] producido por la pervivencia y aparición de fenómenos claramente contrarios a esse logro en el Estado social de Derecho (centralismo de Estado, marcadas desigualdades sociales y económicas, sociedades multinacionales y grandes monopolios típicos del neocapitalismo, manipulación de la opinión pública através de los *mass-media*) [...]” LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 229. Tradução livre: “[...] produzido pela sobrevivência e surgimento de fenômenos claramente contrários a essa conquista no Estado Social de Direito (centralismo do Estado, marcadas desigualdades sociais e econômicas, sociedades multinacionais e grandes monopólios típicos do neo-capitalismo, manipulação da opinião pública por meio de da mídia de massa) [...]”.

²³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 255.

²³⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. p. 229.

²³⁸ Ferrajoli denomina o Estado Democrático de Direito como “Estado constitucional de Direito” ou “Estado constitucional”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trota, 2009. p. 14. Alexy denomina de “Estado constitucional democrático”. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trota, 2009. p. 31. Destaca-se que pra fins desta pesquisa as expressões serão tomadas como sinônimas.

Tal modelo estatal visa “conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, [...] mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”, com o intuito de realizar a “*transformação do status quo*”.²³⁹ A partir disso, a Constituição passou a representar o fundamento do ordenamento jurídico, a lei maior que serve para unificar todo o sistema e fazer parte do próprio conteúdo dessa forma Estado.

Explica Ferrajoli que, no Estado constitucional, o princípio da legalidade continua como norma de reconhecimento do direito, contudo ocorre uma troca de paradigma, em que passa a existir a subordinação dessa legalidade a uma “Constituição rígida”, hierarquicamente superior às leis e que serve como norma de reconhecimento da validade das mesmas.²⁴⁰

O Estado constitucional tem como princípios²⁴¹ a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a democracia, o viés social e aqueles estabelecem a estrutura e os fins do Estado.²⁴² A Constituição trouxe em seu bojo um acordo de vontades de uma sociedade que vive de forma democrática em um Estado comprometido com a promoção dos direitos fundamentais. Por isso, representa um “conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera.”²⁴³

As constituições democráticas que surgiram no pós-guerra refletem um

²³⁹ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 92.

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. p. 18.

²⁴¹ Conforme Streck e Moraes, “são *princípios* do Estado Democrático de Direito: **A- Constitucionalidade**: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **B- Organização Democrática da Sociedade**; **C- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos**, seja como *estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; **D- Justiça Social** como mecanismos corretivos das desigualdades; **E- Igualdade** não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; **F- Divisão de Poderes ou de Funções**; **G- Legalidade** que aparece como *medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência*; **H- Segurança e Certeza Jurídicas**.” STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 92. Grifo dos autores.

²⁴² ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**. p. 31.

²⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5.

momento histórico em que se descobriu a supremacia da Constituição, seja como forma maior de garantia dos direitos e das liberdades, seja como diretriz fundamental para fazer cumprir os valores constitucionais.²⁴⁴ Emergiu o Neoconstitucionalismo como um modelo de sistema jurídico que se caracteriza por possuir uma Constituição “invasora”, pela positivação de um rol de direitos fundamentais, pela presença de princípios e regras na Constituição e por algumas especificidades de interpretação e aplicação das normas constitucionais.²⁴⁵

Por consequência, a Constituição²⁴⁶ passou a ter “*status* de autêntica norma jurídica”²⁴⁷, que irradia seus valores sobre todo o sistema jurídico e representa a fonte maior do direito, seja público, seja privado.²⁴⁸ Os princípios constitucionais, por sua vez, começaram a ser aplicados a todas as relações jurídicas, inclusive àquelas realizadas exclusivamente entre particulares, regidas pelo direito civil.

A Constituição no Estado Democrático de Direito caracteriza-se por conter, ao mesmo tempo, disposições que estruturam o Estado e seus princípios fundamentais e, também, normas de direito civil, que, por sua vez, disciplinam relações privadas. Esse intercâmbio demonstrou uma evolução da teoria constitucional²⁴⁹, em que se vislumbra que “o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa valores sociais de vigência efetiva.” Diante dessa

²⁴⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. p. 123.

²⁴⁵ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. p. 83.

²⁴⁶ “A Constituição é uma norma jurídica. [...] a Constituição é fonte de Direito Privado [...] é lei positiva e pode ser alegada nos tribunais.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 254-255.

²⁴⁷ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, p. 51.

²⁴⁸ Explica Streck que “sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (*banho de imersão*, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou *filtragem constitucional*, no dizer de Clève).” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 250. Grifo do autor.

²⁴⁹ Destaca-se que, “é preciso pois superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional [...]. Toda a regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas.” TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 224.

realidade, o direito privado foi alterado pelo texto constitucional, que, ao seu turno, concede caráter fundamental a algumas de suas normas, gerando a “constitucionalização do direito civil.”²⁵⁰

Assim, com relação às normas civis elas passaram a ser compreendidas à luz de uma perspectiva civil-constitucional²⁵¹, que analisa a historicidade do direito civil e da Constituição, bem como suas transformações, e procura enquadrar as mudanças do direito civil à luz dos valores constitucionais, conduzindo a que todas as relações civis tenham como valor maior a dignidade da pessoa humana.

Houve a constitucionalização do direito civil, que se apresenta de modo formal e material²⁵². No primeiro, a Constituição Federal passou a conter normas que, antes, só se localizavam no Código Civil, como, por exemplo, o instituto da usucapião; sob o aspecto material, a constitucionalização mostra-se no fato de a Constituição Federal representar a fonte dos valores que fundamentam o direito civil, ou seja, eles foram deslocados do Código Civil para a Constituição Federal, demonstrando que ela estabelece a unidade do sistema.²⁵³

Esse fenômeno da constitucionalização do direito civil confere “maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica”. Assim, ocorre a modificação valorativa do conceito de ordem pública, no sentido de elevar a dignidade da pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico. Tal fato não traduz a “redução quantitativa” do campo da autonomia privada, mas, sim, uma “transformação qualitativa”, visto que o direito civil e seus institutos são irradiados

²⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 253.

²⁵¹ Menciona Martins-Costa, ao comentar a designação de civil-constitucional que se deve compreender “esta expressão apenas em seu valor significante de uma mudança no modo de compreender a relação entre a Constituição e o direito privado, pois não se pode imaginar um direito civil que seja a- ou in-constitucional.” MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 625.

²⁵² Lorenzetti sustenta que o critério formal do conteúdo civil do texto constitucional decorre “do caráter de norma fundamental que tem a Carta Magna, e, por isso, trata-se de normas destinadas a fixar as bases mais comuns e abstratas das relações civis.” Por outro lado, afirma que o critério material está “constituído por aquelas regulamentações relativas à pessoa, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 253.

²⁵³ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-128.

pelos valores oriundos da Constituição.²⁵⁴

Nessa linha, as constituições passaram a disciplinar sobre questões²⁵⁵ que até então eram somente regradas pelo direito privado. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 sedimentou o Estado Democrático de Direito e provocou profundas alterações ao trazer em seu texto preceitos sobre institutos que formam os pilares do direito privado, como a família, a propriedade e os contratos.²⁵⁶ O texto constitucional pátrio se encontra permeado por princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana, que é considerado o “princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”.²⁵⁷

O direito civil, no Estado Constitucional aparece com conteúdo fragmentado, em face do aumento da atividade legislativa. Em especial, na segunda metade do século XX, ocorreu a criação de leis denominadas de estatutos²⁵⁸, os quais passaram a formar microssistemas²⁵⁹, que podem ser definidos como *“conjuntos de normas especiales, que, promulgadas para particulares instituciones o*

²⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** - Tomo II. p. 42.

²⁵⁵ A “noção de patrimônio e de pertença acompanha a concepção do indivíduo. Quando, a partir de 1919 – especialmente com a Constituição de Weimar – esse direito começa a deixar de ser tomado como algo absoluto, nasce a ideia de que o exercício da titularidade da apropriação corresponde a limites negativos, e emerge, com maior clareza, no plano da propriedade, a noção de abuso de direito.” FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 300.

²⁵⁶ Observa-se que propriedade, família e contratos são assuntos, historicamente, objeto do direito privado e, até então, tratados por leis infraconstitucionais. Contudo, ao serem recepcionados pela Constituição Federal trouxeram transformações fundamentais ao “sistema de direito civil clássico: Na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social): na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).” RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. p. 11-12.

²⁵⁷ FINGER, Julio Cesar. **Constituição e direito privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito privado. p. 94

²⁵⁸ Menciona Tepedino que estatutos são “leis que regulamentam exclusivamente extensas matérias [...], veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal.” TEPEDINO, Gustavo. **Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. p. 4.

²⁵⁹ Irti explica que nos microssistemas “*si un dato diferencial tiene siempre detrás un efecto, esto quiere decir que se há suscitado un nuevo critério de valoración, há emergido en el ámbito del gran ordenamiento jurídico una lógica de sector.*” IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. p. 59. Tradução livre: “se um dado diferencial sempre tem um efeito por trás dele, isso significa que um novo critério de avaliação foi levantado, uma lógica setorial emergiu no campo do grande ordenamento jurídico”.

clases de relaciones, se enlazan en principios comunes de regulación”²⁶⁰ de determinado setor no âmbito do direito civil.²⁶¹ Então, o monossistema sustentado pela codificação foi substituído pelos polissistemas, provocando a descodificação.²⁶²

Para Tepedino esse fenômeno denominado de “descodificação do Código Civil” implicou “o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade dos estatutos autônomos.”²⁶³ No Brasil, ao lado do Código Civil de 2002, vige uma gama de estatutos, o que denota o pluralismo de fontes normativas no direito privado e proporciona a abertura da estrutura fechada da codificação.

Nesse sentido, Irti argumenta que o ordenamento jurídico deixou de coincidir com um único conjunto de normas que possui o Código Civil no centro²⁶⁴ e as demais leis especiais girando em torno dele. Tal realidade deu origem a vários sistemas que formam o direito privado, e o Código Civil é apenas um deles, que,

²⁶⁰ Tradução livre: “conjuntos de normas especiais, que, promulgadas para instituições ou classes de relações particulares, estão vinculadas a princípios comuns de regulação”.

²⁶¹ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. p. 59.

²⁶² A expressão polissistema “revela, por un lado, la presencia de una fuerza jurídica, que está en posición de llevar a la unidad a los vários y diversos núcleos de normas; y, por outro, el carácter rico y heterogêneo de la unidad así alcanzada.” Portanto, “la Constitución dicta los principios unificantes: unificantes, porque de estes emanan filones de normas especiales, y porque- es útil volver a repetirlo – ocupan el más alto grado en la jerarquía de fuentes. No unidad estática, garantizada, por un código cerrado e inmóvil, sino unidad dinámica, abierta hacia el futuro, llena de conflictos y de antinomias, atravesada por lógicas contrastantes.” IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. p. 64. Tradução livre: “revela, por um lado, a presença de uma força jurídica, que está em condições de unir os vários e diversos núcleos de normas; e, por outro lado, o caráter rico e heterogêneo da unidade assim alcançada”. Tradução livre: “a Constituição dita os princípios unificadores: unificadores, porque delas emanam veios de normas especiais, e porque - vale a pena repeti-lo - ocupam o posto mais alto na hierarquia das fontes. Não uma unidade estática, garantida por um código fechado e imóvel, mas uma unidade dinâmica, aberta ao futuro, cheia de conflitos e antinomias, atravessada por lógicas contrastantes”.

²⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa, p. 5.

²⁶⁴ Neste sentido manifesta Perlingieri que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. [...] Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos micro ordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 6.

juntamente com outros núcleos de normas de determinados setores, compõe um polissistema e tem como eixo central e garantidor da unidade a Constituição.²⁶⁵ Logo, “consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”²⁶⁶, mediante o reconhecimento do caráter normativo a seus princípios.²⁶⁷

Ante essa realidade social e jurídica trazida pelo Neoconstitucionalismo, o Código Civil perdeu “o seu papel de Constituição do direito privado”²⁶⁸ e passou a

ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor desta artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida. [...] É nessa via que o Direito Civil pode e deve resistir ao “ritualismo epidérmico”, centrado num conjunto de fórmulas que virtualmente abraçam o mundo e o faz nelas se esgotar.²⁶⁹

Com isso, os tradicionais fundamentos do direito civil, em especial, o de regulamentar a vida privada segundo o prisma do patrimônio, foram desfeitos pelo fenômeno da Constituição, que se apresenta com princípios que “[...] têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais”. Nesse sentido, o direito civil passa a ser compreendido “como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar seu desenvolvimento com dignidade”.²⁷⁰

²⁶⁵ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. p. 63.

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição*: premissas para uma reforma legislativa, p. 13.

²⁶⁷ No mesmo sentido, sustenta Perlingieri que “o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. p. 6.

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 7.

²⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 218-219.

²⁷⁰ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado*: algumas notas sobre a chamada

Ainda, para compreender a relação entre norma constitucional e a civil, Perlingieri explica que, existem quatro posições que fundamentam: a primeira vê o texto constitucional como simples limite da legislação ordinária; outra entende que a norma constitucional é “uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários”²⁷¹; por sua vez, uma terceira sustenta a aplicação indireta da norma constitucional, que só poderia ser utilizada se houvesse uma norma ordinária que dispusesse sobre a matéria; e numa última situação estaria o entendimento, esposado pelo autor italiano²⁷², da aplicabilidade direta da norma constitucional, a qual pode “ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.”²⁷³

Verifica-se, assim, que a relação entre o Código Civil e a Constituição deixou de ser paralela e passou a ser convergente, na medida em que as normas constitucionais passaram a incidir sobre as relações privadas,²⁷⁴ irradiando seus efeitos.

Tal situação revela que o Neoconstitucionalismo alterou a diferenciação entre direito público e direito privado, cujos critérios clássicos repousavam no interesse e na área de atuação de cada ramo. No que se refere ao interesse, observa-se que, atualmente, tal critério não gera certeza na separação, em face da grande dificuldade em distinguir os limites do individual, do social e do estatal. Com relação à atuação, o direito privado não se mostra mais “como uma antítese do direito público, como um lugar em que os particulares estejam a salvo das

constitucionalização do direito privado. p.95.

²⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 10.

²⁷² Perlingieri refuta as três primeiras posições por contrariarem a realidade de prevalência da Constituição e dos valores nela contidos, bem como de que a norma constitucional é uma “verdadeira norma”. Contudo, complementa o autor que “o que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta [...], mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p.11-12.

²⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 11.

²⁷⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 50.

ingerências do Estado.”²⁷⁵ Ao contrário, as duas esferas se complementam, para mostrar a unidade do sistema jurídico orientado por valores constitucionais que primam pelo respeito à pessoa humana.

Nesse viés, destaca-se o pensamento de Bodin de Moraes, de que as modificações ocorridas no direito civil desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito²⁷⁶, apresentam-se em um duplo viés: a passagem para uma vivência de insegurança e ao mesmo tempo de primazia da solidariedade.²⁷⁷ Pela primeiro percebe-se a alteração do mundo da segurança para a atual realidade de incertezas. Disso resulta que a codificação civil não representa mais um sistema fechado e autorreferente, tampouco uma forma de legislação que contempla todos os casos, e que gera indiscutível certeza e segurança jurídicas.

A outra mudança refere-se à passagem²⁷⁸ da “ética da autonomia ou da liberdade” para a “ética da responsabilidade ou da solidariedade”.²⁷⁹ Como

²⁷⁵ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 164.

²⁷⁶ Refere Streck que “no Estado Liberal, o centro da decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. *Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 55. Grifo do autor.

²⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, ago-dez. 1999. p. 106.

²⁷⁸ Martins-Costa explica essa alteração, que também é denominada de “passagem” ou “crise”, mencionando que no Estado Liberal “não só as leis eram claras, seguras, sistematicamente postas em códigos [...], como as regras do jogo – em tanto que claras e seguras- permitiam aos juristas abandonar-se a um tipo de interpretação fundamentalmente estática e linear, e, portanto, ‘segura’ como as demais regras do jogo. A segurança decorria, então, de dois vetores fundamentais. Em primeiro lugar, do dogma da identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma, subentendido ao pré-convencimento de que as disposições normativas estivessem já integral e substancialmente contidas no texto da norma, o que conduzia, em última análise, ao mito da identidade entre a norma e o seu texto, vale dizer, o código. Em segundo lugar, derivava da sistematicidade externa aos próprios textos legais codificados, perfeitamente admissível quando, desconhecido o fenômeno que se convencionou chamar de inflação legislativa, os vários ‘ramos’ ou disciplinas jurídicas tinham os seus campos rigidamente demarcados nos vários códigos que lhes eram correspondentes. Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e típica processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 275-276.

²⁷⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e direito civil**: tendências, p. 106.

decorrência, houve a relativização do voluntarismo jurídico, superando a visão individualista-liberalista e permitindo que, a par da ideia de proteger a liberdade, surgisse a noção de tutelar a dignidade da pessoa humana. Frisa-se que, a liberdade ou a autonomia não são anuladas ou substituídas; ambas coexistem com o valor maior do respeito à dignidade humana, elevando o ser humano ao centro do ordenamento jurídico.

As Constituições contemporâneas consideram a pessoa humana²⁸⁰ de modo concreto, vendo-a como um ser dotado de necessidades, que difere de um para outro, inserido em um determinado meio social e em constante relação com seus semelhantes. Percebe-se que, “o processo de materialização do indivíduo destinatário das normas jurídicas e de seus direitos repercute no direito civil e dá ensejo a que certas situações sociais, [...]” que dadas suas peculiaridades, chegam a compor um “sistema autônomo, separado do sistema de direito civil”.²⁸¹ As Constituições deixaram, portanto, de ser um instrumento neutro e de entender a pessoa como um sujeito abstrato.

Observa-se que, tal fenômeno encontra amparo na força normativa dos princípios constitucionais, os quais propiciam que todas as áreas do direito sejam alcançadas pelos valores da Constituição, inclusive o direito contratual. Passou a existir uma nova perspectiva, denominada de civil-constitucional, cujo objetivo é “uma efetiva proteção e um permanente desenvolvimento da pessoa humana. Em suma, a tutela da pessoa humana e da sua dignidade fundamental constitui [...] a força ativa e determinante [...] no direito civil, conformando-o à contemporaneidade”²⁸², o que gerou a repersonalização.

Assim, a repersonalização é um fenômeno que permite a releitura de categorias e institutos do direito civil, retirando a primazia do patrimônio e

²⁸⁰ Explica Sarlet que a Constituição de Weimar possuía previsão expressa em seu texto do princípio da dignidade da pessoa humana, mais especificamente, “que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência humana digna.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 109.

²⁸¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. p. 54-55.

²⁸² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 59.

recolocando a pessoa, como ser coletivo, no centro dos interesses.²⁸³ Pela repersonalização ou, nas palavras de Perlingieri, “despatrimonialização” do direito civil evidencia-se que o ordenamento realizou “uma opção, que, [...] se vai concretizando, entre personalismo (superação do indivíduo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).”²⁸⁴

Repersonalizar não significa retirar o conteúdo patrimonial²⁸⁵ do direito civil, mas funcionalizar o “próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana [...] e distribuir as riquezas com maior justiça.”²⁸⁶ Com isso, a repersonalização, ou a polarização do pensamento em volta da pessoa, provoca uma reelaboração da teoria do direito civil²⁸⁷, a qual passa a ser “uma teoria, antes de tudo, da pessoa - melhor dizendo, da pessoa do homem -, como primeiro motor da regulamentação *jure civili*; uma teoria de intervenção nos interesses, concebendo o Direito como um ‘serviço da vida’.”²⁸⁸

Portanto, repersonalizar importa em um novo modo de pensar o direito, bem como o sujeito de direito, agora não mais abstrato, mas no plano real; não mais como meio, mas como fim, ou seja, “implica em considerar-se o outro da relação em sua concreta e efetiva alteridade.”²⁸⁹ Imperioso compreender que, “o primado do *ser* sobre o *ter*” se traduz por meio de uma interpretação constitucionalizada do direito

²⁸³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 216.

²⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p.33.

²⁸⁵ Explica Sarmento que “a despatrimonialização não representa qualquer desinteresse do Direito Privado pelas relações econômicas. Afinal, a pessoa humana, na sua vida em sociedade e nas relações recíprocas que entretém, vai sempre se engajar em atividades econômicas, contrair obrigações, celebrar contratos, e possuir algum patrimônio, e estes aspectos importantes da sua vida não podem ficar à margem da disciplina jurídica, a qual é tradicionalmente ministrada pelo Direito Privado. A despatrimonialização implica, isto sim, no reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana.” SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 115.

²⁸⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. p.16.

²⁸⁷ Essa nova teoria do direito civil que busca, “sem nenhum compromisso com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico, repor o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civile* [...]” CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981. p. 10.

²⁸⁸ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. p. 96.

²⁸⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Transformações jurídicas nas relações privadas**. p.180-181.

civil, em que ocorre a “transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de corresponsabilidade, cooperação e lealdade.”²⁹⁰

À luz do Neoconstitucionalismo, restaurar a primazia da pessoa é “o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil.”²⁹¹ Desse modo, a Constituição Federal de 1988 alterou a concepção oriunda de um modelo liberal-individualista e recolocou o ser humano, no centro do ordenamento jurídico, o que trouxe uma nova sistemática para a codificação, no sentido de garantir e proteger relações civis, com base na primazia da pessoa humana. Observa-se que a Constituição Federal 1988 disciplinou “em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente, [...] a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial dos excluídos.”²⁹²

No direito contratual, isso acontece por meio da funcionalização das relações intersubjetivas por princípios-valores como da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva.²⁹³ Assim, a autonomia da vontade e a liberdade dos contratantes devem ser “instrumento de realização existencial da pessoa humana”, destacando-se a prioridade da pessoa sobre o âmbito patrimonial.²⁹⁴ O motivo dessa mudança reside no fundamento do Estado Democrático de Direito estruturado pela Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nos contratos passou a existir a necessidade de enfatizar aspectos axiológicos do direito, pelos quais o ser humano venha a ser visto em suas diferenças, que só podem ser apuradas no caso concreto, por decorrerem de sua dignidade. Tais valores da Constituição Federal provocaram a repersonalização do direito contratual e são verificados nas diretrizes fundamentais do Código Civil, mormente na eticidade e na socialidade.²⁹⁵

²⁹⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 62.

²⁹¹ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. p. 92.

²⁹² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. p.15.

²⁹³ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. p. 171.

²⁹⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 62.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.131.

A eticidade demonstra o mais relevante efeito da repersonalização no direito contratual, pois, com base na dignidade da pessoa humana, implementa a tutela da confiança depositada no pacto. Acontece uma verdadeira transformação nos contratos, que eticiza as relações, coloca o ser humano no centro no ordenamento, com o objetivo de realizar “suas necessidades fundamentais, pessoais e coletivas.”²⁹⁶ Salienta-se que, as disposições éticas recepcionadas no direito contratual apontam a importância do elemento da confiança, representada pela boa-fé objetiva e pela equidade, que valoriza o comportamento das partes, para que realizem as legítimas expectativas decorrentes do vínculo obrigacional.

Por sua vez, a diretriz da socialidade é representada pelo solidarismo social, que surgiu da ruptura individual-liberalista ocorrida no sistema jurídico do Estado Constitucional, que tem como fundamento da República, a construção de uma sociedade solidária. Essa mudança levou a que a dimensão comunitária se sobrepusesse à individual, advindo daí a função social do direito e de seus institutos.

A socialidade leva a ver e pensar a pessoa dentro do coletivo, o que revela importante papel nos contratos, vinculando-os a uma utilidade a ser fixada e avaliada no caso concreto. Pela diretriz da socialidade, ocorre “a colocação das regras jurídicas num plano de vivência social [...] fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”²⁹⁷

Ainda, cumpre referir a metodologia adotada pela codificação civil, para promover essa alteração de paradigma, em que houve a “unificação do direito das obrigações,” e a “adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais” positivando a função social “da atividade contratual.”²⁹⁸ É importante frisar que a estrutura do diploma civil apresenta-se aberta e móvel, composta por princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.²⁹⁹

²⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 231.

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p.352.

²⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. p. 6.

²⁹⁹ Refere Martins-Costa que “o Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica

Com base na Constituição Federal a codificação foi permeada por um sistema principiológico que enaltece a repersonalização do direito civil. Assim, os princípios jurídicos, quer sejam expressos, quer sejam implícitos, deixaram de ter caráter meramente consultivo e passaram a ser vistos como normas jurídicas, representando uma forma de oxigenar o ordenamento civil.

Enfim, verifica-se pelo do fenômeno do Neoconstitucionalismo, que a Constituição, no Estado Democrático de Direito, adotou princípios, elegeu valores que condicionam a atuação do Estado e provocou, com isso, a constitucionalização do direito. Em especial no direito contratual, esse fenômeno resultou na repersonalização, conduzindo a que valores como o da eticidade e da socialidade passassem a integrar as relações contratuais para tutelar a dignidade humana.

Portanto constata-se que, a história do Constitucionalismo no decorrer do Estado de Direito desempenhou papel de fundamental importância na evolução e regulamentação do direito contratual. No Estado Liberal de Direito destaca-se a conotação de neutralidade e absenteísmo que marcou as constituições, que se preocupavam em organizar o Estado e proteger as liberdades civis e políticas. Nesse momento, no auge da autonomia da vontade, nasceu a concepção clássica de contrato fundada na liberdade. Após, no Estado social, com característica de interventor, preocupou-se com a questão social, o que gerou a consequência da redução da autonomia da vontade, pelo dirigismo contratual.

Contudo, é no Estado Democrático de Direito que a relação entre a norma constitucional e o direito contratual, tem sua relevância majorada, pelo Neoconstitucionalismo. A partir de então, a Constituição passou a ser impregnada de valores, irradiou seus efeitos sobre o instituto do contrato e provocou uma mudança de paradigma por essa repersonalização, que traz em seu bojo o respeito ao ser humano. Desse modo, retira-se a primazia do patrimônio e recoloca-se a pessoa, como prioridade, no direito contratual. O respeito à dignidade humana deve prevalecer sobre aos interesses da atividade econômica

pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como um “eixo central” e como um *sistema aberto* em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução – de novos problemas.” MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. p. 117.

Logo, apresenta-se relevante analisar a atual noção de contrato no direito brasileiro, bem como a principiologia que a fundamenta e, com isso, investigar as consequências dessas alterações oriundas do Neoconstitucionalismo no direito contratual, em especial decorrentes da boa-fé, que, também, guardam relação com a sustentabilidade, mormente no seu viés humanista.

CAPÍTULO 2

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS: A ETICIZAÇÃO DOS PACTOS PELA TUTELA DA CONFIANÇA

Os contratos representam uma das fontes das obrigações e se constituem em uma espécie de negócio jurídico que resulta do consenso entre as partes, com intuito de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir um direito. Essa noção moderna de contrato nasceu no Estado Liberal de Direito, fruto do liberalismo e da consequente autonomia da vontade.

Após, no Estado Democrático de Direito houve a repersonalização do direito civil, o que promoveu a transição da ideia de indivíduo para a de pessoa humana, provocando o rompimento do paradigma da lei civil de regular relações de um sujeito de direito abstrato, visto de forma individual. Com isso, a pessoa humana passou a ser vista como um ente que convive inserido em um contexto social, como membro de uma comunidade e que deve ter sua dignidade protegida e respeitada acima de qualquer interesse econômico.

Para compreender essa realidade de transição³⁰⁰ do direito civil tradicional para o contemporâneo, também denominado de “civil-constitucional”, deve-se dar relevo à concepção de pessoa, que é colocada como um dos fundamentos da República, o que irradia efeitos em todos os ramos do direito, inclusive o contratual.

Assim, à luz dessa repersonalização do direito contratual, importante analisar o conceito e a principiologia norteadora dos contratos, para entender que o contrato no, Estado Democrático de Direito, além de ter por finalidade consignar as operações econômicas e promover a circulação de riquezas, também, detém

³⁰⁰ Refere Fachin que “tem relevo, nessa perspectiva, conferir passagens e compreensões do mundo como tal recriado para a ordem jurídica. É que do sujeito medieval remetido somente a uma essência teocêntrica, apta a conferir-lhe universalidade, instaura a moderna razão da igualdade formal entre todos os seres humanos a partir dos conceitos. O conceito de sujeito passa a ocupar esse lugar universal, deixando para o singular o concreto do indivíduo. Liberdade e igualdade formal, mesmo iluminadas por tal racionalidade, fundam, na associação humana e no exercício das autonomias individuais, um novo medievo, projetando-se, para o Direito, bases do positivismo jurídico.” Assim, revela o autor que a crise do direito civil contemporâneo tem por fundamento “a razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 78-79.

importante função de auxiliar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de promover a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, os reflexos da repersonalização projetam-se nos contratos pela eticização promovida pelo princípio da Boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes os deveres de lealdade e correção. Tais noções decorrentes da Boa-fé objetiva propiciam a proteção da confiança nas relações contratuais, visto que têm por fim resguardar as legítimas expectativas das partes, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, importante apontar o conceito do instituto contratual no modelo clássico e sua evolução até a noção atual, com a respectiva principiologia norteadora, para após adentrar na eticização que deve envolver os pactos. Salienta-se que a construção de “pontes” de ligação, que “recolhendo traços pretéritos, pretendem decodificar o presente e vislumbrar o porvir” representa a própria fundamentação do direito civil.³⁰¹ Em especial nesse estudo, tais pontes auxiliam a compreender a noção de Boa-fé objetiva, sua importância no direito contratual e na efetivação da dignidade humana, bem como elucidar o conceito de contrato no Estado Democrático de Direito.

2.1 Contratos: noção contemporânea e principiologia

O contrato representa um dos pilares do direito civil e, juntamente com a propriedade e a família, forma o tripé representativo desse ramo do direito, o que retrata as grandes áreas que o legislador se preocupou em regulamentar quando da elaboração da codificação civil, no século XIX. Tal contexto demonstra o intuito da legislação, nascida no Estado Liberal, de proteger, manter e aumentar o patrimônio do sujeito de direito, visto que seus bens se apresentavam como principal conteúdo das relações privadas, logo, a defesa deles mostrava-se como o núcleo do ordenamento jurídico civil.

Inicialmente, verifica-se que a noção do instituto do contrato envolve um “conceito jurídico”³⁰², isto é, uma criação da ciência jurídica que submete relações de

³⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 78.

³⁰² Explica Roppo que “se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como algo diverso e

cunho econômico a um conjunto de normas jurídicas criadas para regulamentar tal fim. Com isso, a ordem jurídica, em especial o direito contratual, tem a tarefa de formalizar as operações econômicas que acontecem em um determinado meio social.³⁰³

Contudo, as obrigações contratuais, também, retratam uma realidade econômica e social na qual as partes contratantes se encontram inseridas, momento em que se submetem às normas jurídicas de um tipo contratual e obrigam-se ao cumprimento das prestações assumidas. O contrato sempre está vinculado a uma “operação econômica”³⁰⁴, cujo objeto deve ser suscetível de apreciação econômica, propiciando, assim, a circulação de riquezas e de bens. Defende Roppo que “*onde não há operação económica, não pode haver também contrato.*”³⁰⁵

Nessa ótica, a acepção científico-jurídica da figura contratual, em que o contrato “*es un instrumento para la realización de actividades económicas, es una relación entre partes en el proceso de programación de intercambios en el futuro.*”³⁰⁶ Assim, para que ele seja possível “*el Derecho debe subsidiarlo concediendo acciones para que esas promesas sean ejecutables.*”³⁰⁷

Constata-se, de tal sorte, que a extensão do contrato não pertence unicamente ao mundo do direito, revestindo-se, ao mesmo tempo, de um conceito

distinto do contrato-operação económica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída [...] como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, consequentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 9.

³⁰³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 7-8.

³⁰⁴ Sintetiza Roppo que “existe operação económica – e portanto possível de matéria de contrato – onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira [...]).” ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 13.

³⁰⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 11. Grifo do autor.

³⁰⁶ Tradução livre: “é um instrumento de realização de atividades econômicas, é uma relação entre as partes no processo de agendamento de trocas no futuro”.

³⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. p. 19. Tradução livre: “o direito deve subsidiá-lo outorgando ações para que essas promessas sejam cumpridas”.

jurídico e de um conceito econômico. Portanto, a relação contratual apresenta-se como um instrumento pelo qual se materializa uma operação econômica, isto é, “o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas.”³⁰⁸

Com isso, o conceito de contrato varia conforme a realidade social, econômica e política da sociedade, o que demonstra que tais fenômenos constituem fontes materiais do direito contratual e são responsáveis pela criação e conteúdo das normas contratuais em um determinado período histórico. Nesse sentido, “as ideias, conceitos e demais realizações humanas estão apoiadas no horizonte que cada época descortina, ou seja, o homem e suas obras são frutos da história a eles inerentes.”³⁰⁹

O conceito atual de contrato deriva do modelo clássico desse instituto construído no século XIX. Naquele momento havia clarividente distinção entre o direito público e o privado, ambos com conteúdo que se mantinha estático, havendo separação das normas inerentes aos interesses da coletividade e as que regulavam os interesses particulares. As primeiras tinham por fonte a Constituição e se ocupavam em trazer a estrutura do Estado, seu poder de império e a sua relação com as pessoas. Já, as de direito privado encontravam sua sistematização no Código Civil e visavam disciplinar as relações dos particulares, compreendendo os mesmos em situação de igualdade.³¹⁰

Assim, o conteúdo do Estado Liberal de Direito identifica-se com a origem do modelo clássico de contrato, visto que ambos se sedimentam no máximo da autonomia da vontade. Como refere Lobo, “o direito contratual que se toma como paradigma, tanto para a formação como para a prática dos operadores do direito, é o que se desenhou durante a hegemonia do Estado Liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autonomia da vontade.”³¹¹

³⁰⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 11.

³⁰⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da Boa-fé objetiva no direito contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 158.

³¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas – el caso de Código Civil y Comercial de la nación argentina*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77.

³¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. **Revista Trimestral de direito civil**,

Essa noção moderna de contrato, denominada de modelo clássico, foi desenvolvida no Estado Liberal de Direito, no auge do voluntarismo jurídico. Caracterizava-se por ser um ato jurídico em que o acordo de vontades gerava um efeito vinculante, que, por sua vez, tinha o condão de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações entre as partes contratantes. Com isso, a ciência do direito deu “forma conceitual ao individualismo econômico” pela figura do contrato.³¹² Logo, o direito contratual tinha a limitada função de permitir que as pessoas estruturassem suas relações jurídicas por meio do contrato, bem como tutelava os efeitos dele decorrentes. Sob o manto da liberdade e da igualdade formal, as partes, na condição de sujeitos de direito, possuíam a faculdade de contratar protegida pela lei.³¹³

Nesse período, o consensualismo no contrato foi elevado a categoria de dogma, com isso *“los hombres son iguales y están dotados de plena libertad para arreglar sus negocios; de allí que el Estado no puede inmiscuirse en sus acuerdos (el contrato es un ámbito impenetrable para el legislador, reservado a la voluntad de las partes).”*³¹⁴ Os pilares do modelo clássico do contrato estavam sedimentados na autonomia da vontade (que envolvia a liberdade de contratação e a liberdade de regulação), na força obrigatória do pacto e na relatividade dos efeitos dos contratos.³¹⁵

O contrato representava “a união de dois ou mais indivíduos para declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes.” Desse conceito exsurgem elementos que compõem os contratos ainda nos dias de hoje, quais sejam: “(1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito”. Assim, o contrato fundamentava-se na autonomia da vontade e, conseqüentemente, no seu reflexo, que era a liberdade contratual.³¹⁶

Desse modo, o início do Século XIX foi marcado pela “valorização do

v. 16. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.104.

³¹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 60.

³¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 54.

³¹⁴ Tradução livre: “os homens são iguais e têm plena liberdade para organizar seus negócios; logo, o Estado não pode interferir nos seus acordos (o contrato é uma esfera impenetrável para o legislador, reservada à vontade das partes).”

³¹⁵ CALDERÓN, Maximiliano Rafael. Concepto de contrato. In: TINTI, Guillermo Pedro; CALDERÓN, Maximiliano Rafael. (Org.). **Contratos: parte general**. Buenos Aires: Zavalía, 2016. p.13.

³¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 53-54.

indivíduo”, em que o fundamento residia na ideia de que, todas as pessoas são dotadas de razão e disso se “deduzia o dogma da igualdade”. Nesse contexto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a primeira Constituição Francesa estabeleceram “o respeito absoluto ao princípio da liberdade de indústria e comércio, assegurada a todas as pessoas e a cada indivíduo em particular”.³¹⁷ Tal concepção, baseada no liberalismo e no voluntarismo, foi positivada no Código de Napoleão³¹⁸, e exerceu grande influência sobre as codificações que se seguiram, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

A codificação civilista pátria de 1916 seguiu essa ideologia patrimonialista e individualista, na qual a pessoa era vista como um sujeito de direito abstrato, alheio ao grupo social. Nesse cenário foi regulado o contrato no Código Civil por meio de

um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, [...] com o sentido do individualismo jurídico, ou seja, um tipo cuja preocupação é a de dar conta do indivíduo, ou ainda, do sujeito de direito em relação a cada um desses três pilares; isto é, do sujeito que contrata, que se obriga, que vai adimplir com as obrigações assumidas, que pode estar em mora, que vai responder pela mora na *perpetuatio obligations*, enfim, com todas as consequências das obrigações; o sujeito que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte [...].³¹⁹

A valorização da manifestação de vontade decorria da condição da pessoa de ser livre. Essa acepção teve grande relevância para a fixação das normas de direito contratual, em especial para a construção do conceito tradicional deste instituto. Assim, a vontade, desde que sem vícios constituía, “a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais

³¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. Cláusulas Abusivas, **Revista do Direito do Consumidor**, n. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1995. p. 52.

³¹⁸ Menciona Wolkmer que, “certamente o individualismo jurídico, que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Os excessos do liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das novas necessidades materiais da vida social burguesa.” WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29.

³¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 25-26.

devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.”³²⁰

O liberalismo foi considerado “a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções”, pois “estava-se convencido de que todo o compromisso livremente assumido era justo”³²¹, e que as qualidades de justiça e equivalência do contrato decorriam da liberdade contratual atribuída às partes. Diante dessa realidade, o instituto do contrato deixou de ser um simples instrumento de permuta de bens e passou a representar a troca de valores, demonstrando suas finalidades de promover a circulação de bens, bem como de determinar o valor desses bens no mercado.³²²

Assim, o contrato no modelo clássico tinha como princípios norteadores a autonomia da vontade, que envolvia o princípio da liberdade contratual³²³ (os contratantes tinham plena liberdade de escolher o tipo contratual e o conteúdo de suas cláusulas, somente ficando subordinados aos limites da lei); o princípio da obrigatoriedade dos pactos (os contratos deveriam ser cumpridos porque vinculavam, fazendo lei entre as partes); o princípio da relatividade dos efeitos contratuais (o pacto não atinge terceiros, vinculando apenas as partes).

Pelo princípio da autonomia da vontade os sujeitos de direito tinham, embora com limites, a faculdade “para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim a vida em sociedade. Para realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se

³²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 56.

³²¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 738-739.

³²² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 60.

³²³ Explica Roppo que “a liberdade de contratar significa a abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de ‘estado’, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado – da abstracta possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 36-37.

juridicamente, através de sua vontade”.³²⁴

A expressão princípio da autonomia da vontade surgiu após o Código Civil francês e sob a influência de Kant. Desse modo, “a doutrina clássica francesa considerava Kant o teórico por excelência do individualismo e do liberalismo jurídicos, acreditando nele encontrar sua expressão mais perfeita.”³²⁵ Verifica-se que, pelo pensamento de Kant houve a substituição da “ética marcada por considerações substanciais pelo imperativo categórico, e com esta nova feição foi que a ideia de autonomia moral da personalidade penetrou na teoria jurídica e influenciou as Codificações”. O fundamento era de que, se a pessoa faz algo para si mesmo não comete injustiça. Assim, “culminou por transformar a vontade, que já era considerada a fonte única de todas as obrigações jurídicas, ao mesmo tempo, na *única fonte de justiça*”.³²⁶

Menciona Kant que, o princípio da autonomia da vontade é um princípio moral, ou seja, um “princípio supremo da moralidade”. Explica que, a autonomia da vontade “é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer).” Portanto, o princípio da autonomia é “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”.³²⁷

A autonomia da vontade no modelo clássico do contrato se fundamentava na liberdade de contratar e, por sua vez, na igualdade entre as partes, tais elementos se completavam e formavam uma “asserção peremptória” de que o contrato sempre era justo. Tanto a liberdade quanto a igualdade surgiam, ao mesmo tempo, como pressupostos, dos interesses particulares dos contratantes e do interesse geral da sociedade. Essa “liberdade de iniciativa econômica, considerada socialmente útil e necessária, traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contratos quando, como e com quem se queira”.³²⁸

³²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 17.

³²⁵ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 19.

³²⁶ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. p. 28.

³²⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. p. 70.

³²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 35-36.

Assim, a autonomia no âmbito contratual apresenta-se pela liberdade que as pessoas têm de regulamentar seus negócios e interesses. “*Ante todo significa que las partes son libres para contratar; pueden hacerlo cuando quieran y con quien quieran. En principio, nadie puede ser constreñido a concluir un contrato determinado o a celebrarlo con una determinada persona*”.³²⁹

Desse modo, a autonomia da vontade envolve duas dimensões: a primeira que se refere a liberdade de contratação³³⁰, ou seja, o acordo pelo qual as partes decidem, de forma livre, se contratam ou não; e a segunda é a liberdade de regulação, que consiste na possibilidade das partes determinarem o conteúdo do contrato, e com isso definir as cláusulas que disciplinarão aquela obrigação. Essa liberdade representa a autonomia privada, visto que a legislação permite a todas as pessoas que possam estabelecer vínculos contratuais.³³¹

Como consequência do princípio da autonomia da vontade originou-se o princípio da força obrigatória, tendo como fundamento a expressão *pacta sunt servanda*³³², em que os contratos devem ser cumpridos, pois decorrem da vontade dos contratantes. Veja-se que “*cada uno es libre para obligarse; pero, cuando, en ejercicio de esa libertad, se decide a celebrar un contrato, queda encadenado a la palabra empeñada, la que debe honrar escrupulosamente*”.³³³

Assim, o contrato se constituía em “*una norma individual oponible a los*

³²⁹ APARICIO, Juan Manuel. **Contratos**: parte geral. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016. p. 74. Tradução livre: “Acima de tudo, significa que as partes são livres para contratar; Eles podem fazer isso quando quiserem e com quem quiserem. Em princípio, ninguém pode ser obrigado a concluir um contrato específico ou a celebrá-lo com uma pessoa específica”.

³³⁰ A liberdade de contratação envolve duas situações: “(i) *si dos partes resuelven contratar, tienen derecho de hacerlo y a que nadie se lo impida*; (ii) *si alguien no quiere contratar, no puede ser forzado a hacerlo*.” CALDERÓN, Maximiliano Rafael. *Autonomía de la voluntad y fuerza imperativa del contrato*. In: TINTI, Guillermo Pedro; CALDERÓN, Maximiliano Rafael. (Org.). **Contratos**: parte geral. Buenos Aires: Zavalía, 2016. p. 26. Tradução livre: “(I) se duas partes decidem celebrar um contrato, têm o direito de o fazer e não podem ser impedidas de o fazer por ninguém; (ii) se alguém não quiser contratar, não pode ser forçado a fazê-lo.”

³³¹ CALDERÓN, Maximiliano Rafael. **Autonomía de la voluntad y fuerza imperativa del contrato**. p. 25-26.

³³² Ressalta-se que “o princípio *pacta sunt servanda* foi levado às suas consequências máximas, nada obstante poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes”. NÉRY JÚNIOR, Nelson et al.. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 12. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 346.

³³³ APARICIO, Juan Manuel. **Contratos**: parte geral. p. 64. Tradução livre: “cada um é livre para se obrigar; mas, quando, no exercício dessa liberdade, decide celebrar um contrato, fica acorrentado à palavra que prometeu, que deve honrar escrupulosamente”.

*contrayentes, siendo su cumplimiento imperativo y no discrecional.*³³⁴ Dessa força obrigatória, surgiu “*el valor jurídico del contrato, reconocido por la ley: las partes pueden auto-obligarse, generando débitos y créditos que podrán hacer valer ante la justicia que, en su caso, podrá ordenar el cumplimiento coactivo o compulsivo de las obligaciones asumidas.*”³³⁵

Logo, “a essência do contrato, [...] seria o consentimento e, em princípio, reinaria a liberdade contratual.”³³⁶ Desse modo, o contrato representava o

símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura socioeconômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um ‘instrumento de auto-regulamentação dos interesses dos particulares’, que não deixa de ocultar a desigualdade real. A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando as relações socioeconômicas. Esse pacto montado conforme a declaração de vontades das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade específica dos proprietários burgueses.³³⁷

Nessa época, a autonomia da vontade representava a liberdade de contratar e retratava “a feição jurídica do liberalismo econômico e político, sendo concebido como poder do indivíduo de produzir efeitos jurídicos sem intervenção de agentes externos”. Por sua vez, promoveu a conceituação do contrato como “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos [...] representativa desta configuração da autonomia privada [...]”.³³⁸

Porém, com o passar do tempo a realidade social decorrente deste pensamento acabou provocando o dirigismo³³⁹ contratual, ou seja, o declínio do

³³⁴ Tradução livre: “uma regra individual que é executável contra as partes contratantes, seu cumprimento sendo imperativo e não discricionário”.

³³⁵ CALDERÓN, Maximiliano Rafael. ***Autonomía de la voluntad y fuerza imperativa del contrato.*** p. 31. Tradução livre: “o valor jurídico do contrato, reconhecido em lei: as partes podem vincular-se a si próprias, gerando dívidas e créditos passíveis de execução judicial que, se for o caso, poderá ordenar o cumprimento coercitivo ou obrigatório das obrigações assumidas”.

³³⁶ BECKER, Anelise. ***Teoria geral da lesão nos contratos.*** p. 23.

³³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. ***História do direito no Brasil.*** p. 29.

³³⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. ***Teoria do contrato: novos paradigmas.*** p.193-195.

³³⁹ O dirigismo contratual caracterizou-se pelo “*aumento de la injerencia estatal en el ámbito del contrato que constituía fuente de crecientes límites a la autonomía, constituye, se piensa, una*

dogma da autonomia da vontade, com a intervenção do Estado pela fixação do conteúdo das cláusulas contratuais, o que gerou a relativização da liberdade contratual. Ainda, a industrialização produziu uma nova classe social, o proletariado, que queria transformar suas conquistas políticas em jurídicas. Neste período, a autonomia privada foi enfraquecida pela grande intervenção do Estado na economia e, conseqüentemente, nos contratos.³⁴⁰

Após, as constituições começaram a conter normas de direito privado e os códigos de direito privado passaram a recepcionar os princípios constitucionais, o que retrata a constitucionalização do direito privado. Logo, os “*principios que hacen al estatuto de la persona como la autonomía privada, la libertad existencial y los derechos fundamentales que se hallaban receptados en nuestra Carta Magna se han incorporado de manera transversal en el cuerpo legal*”³⁴¹, tudo isso reflete nos contratos.

Destaca-se que, a influência constitucional sobre o direito privado teve notória importância na área dos contratos³⁴² no Brasil, pela Constituição Federal de 1988 que repersonalizou o instituto, com a finalidade de valorizar a pessoa humana. Dessa maneira, foi modificado o paradigma do direito privado, com a substituição da ideia de indivíduo pela de pessoa e o reconhecimento dos valores sociais do trabalho, para construir uma sociedade justa e solidária, no sentido de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, bem como garantir que a ordem econômica assegure a justiça social.

invasión del derecho público en el ámbito del derecho privado. Entraña también, se dice, una primacía de la política sobre la economía, esto es, del orden dirigido desde arriba sobre el orden espontáneo; de la organización vertical de la sociedad por sobre la organización horizontal.” APARICIO, Juan Manuel. **Contratos:** parte geral. p. 66. Tradução livre: “aumento da interferência estatal no campo do contrato, fonte de limites crescentes à autonomia, constitui, segundo se pensa, uma invasão do direito público no campo do direito privado. Também envolve, dizem, uma primazia da política sobre a economia, isto é, da ordem dirigida de cima sobre a ordem espontânea; da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal”.

³⁴⁰ Refere Silva que “não foi por acaso que muitos autores sustentaram, direta ou indiretamente, a extinção da autonomia privada. Se essa morte não ocorreu, é por outro lado inegável que o espaço de decisão livre do sujeito foi, sem dúvida, fortemente minorado.” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105.

³⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. ***Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas – el caso de Código Civil y Comercial de la nación argentina***. p.77. Tradução livre: “princípios que constituem o estatuto da pessoa como autonomia privada, liberdade existencial e os direitos fundamentais que foram recebidos em nossa Carta Magna foram incorporados de forma transversal no corpo jurídico”.

³⁴² Vide artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; e 170, todos da Constituição Federal do Brasil.

Assim, com a presença de um Estado intervencionista, à luz do neoconstitucionalismo, o contrato passou a ser entendido como um negócio jurídico que representa o acordo de vontades das partes, ou seja, um consensualismo que deve conter uma função social, no bojo do qual devem prevalecer o equilíbrio econômico, a tutela da confiança e o respeito à pessoa humana, tudo com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Nesse momento foi alterado o modo de o direito disciplinar o contrato.

Com base nos fundamentos constitucionais³⁴³, a codificação civil de 2002 encontra-se permeada por valores éticos e têm como finalidade concretizar a dignidade da pessoa humana. Por isso, observam-se referências no Código Civil com relação à probidade, à equidade, à lealdade e à boa-fé, que exigem eticidade nas condutas, impondo deveres jurídicos positivos aos contratantes.³⁴⁴

Ocorreu uma ruptura com o modelo tradicional, em que os elementos históricos, psicológicos, sociais, econômicos e políticos passaram a ingressar no mundo do direito civil. Disso derivou um novo “modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade.”³⁴⁵ Por sua vez, provocou uma reconstrução do sistema jurídico civil segundo o valor da pessoa humana³⁴⁶ e trouxe uma nova concepção de contrato.

Pela noção contemporânea, o contrato deixou de ser considerado como a expressão máxima da autonomia da vontade e da força obrigatória e passou a representar uma possibilidade de mobilizar riquezas, centrada no espírito de justiça, do bem social e da tutela da confiança. À luz da ótica civil-constitucional, o direito contratual não pode estar alheio ao projeto social previsto na ordem jurídica, logo pelos atuais contornos o contrato pode ser definido como um negócio jurídico que

³⁴³Verifica-se, nesse momento, que as constituições além de fixar a organização do Estado, passaram a incluir “direitos do cidadão diante da organização estatal, e, posteriormente, direitos socioeconômicos, disposições sobre organização da economia e, em geral, normas vinculadas ao Direito Privado.”³⁴³ Por sua vez, com esse novo contexto as disposições constitucionais deixaram de ser uma norma que “unicamente continha elementos de Direito Público para se referir também às relações entre os particulares”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 254.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. p.133.

³⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 232.

³⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p.34.

representa “um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”.³⁴⁷

Explica Ost que no direito contratual contemporâneo deve ser privilegiado *“el espíritu de colaboración entre las partes; una suerte de affectio contractus o voluntad de cooperar para lograr el éxito de una obra común, que implica el cuidado del mantenimiento del vínculo contractual y de su ejecución de buena fe.”*³⁴⁸

Atualmente, o vínculo contratual deve envolver um processo de cooperação entre as partes, que, além de satisfazer os deveres principais, ainda sirva como fonte criadora de obrigações anexas, decorrentes do princípio da boa-fé. No dizer de Couto e Silva,

sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de “orgânico”, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um destes direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que mesmo adimplindo o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente.³⁴⁹

Desse modo, à luz dos valores constitucionais, os dogmas jurídicos sobre os quais se estruturou o contrato por longos anos no sistema liberal, quais sejam, a autonomia privada, a força obrigatória (*pacta sunt servanda*), a liberdade de contratação e a igualdade entre as partes, foram se relativizando. Logo, o direito contratual foi permeado pelas normas constitucionais teve que se adaptar às necessidades sociais, de modo que a relação obrigacional passasse a ser vista como um processo e a autonomia da vontade fosse vinculada à utilidade, à justiça contratual e à tutela da confiança.

³⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 107.

³⁴⁸ OST, François. *Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico*. In: **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**. n. 25. Alicante: Universidad de Alicante, 2002. p. 610. Tradução livre: “o espírito de colaboração entre as partes; uma espécie de affectio contractus ou vontade de cooperar para o sucesso de uma obra comum, o que implica zelar pela manutenção da relação contratual e pela sua execução de boa fé”.

³⁴⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. p. 9.

O contrato além de representar a expressão da vontade, também, configura-se como um meio de solidariedade. Com isso, o poder de contratar das partes foi atingido pela funcionalização do direito, momento em que o vínculo contratual deve manter o equilíbrio econômico, bem como retratar uma relação ética, que promova a tutela da confiança dos contratantes. Com base no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, surgem as qualidades da socialização e da eticização da teoria contratual.

Nesse contexto, aconteceu a abertura do sistema jurídico³⁵⁰, momento em que os princípios passaram a ser vistos com caráter normativo, pois em, “tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não mais apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo.”³⁵¹ Explica Guastini que *“la legislación no es (no debe ser) sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución.”*³⁵²

Tal fato reflete a evolução da teoria constitucional, especialmente pelo reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais e pela presença de tipo aberto, que permite a valoração do intérprete de acordo com a situação, bem como por aperfeiçoar o controle da constitucionalidade e valorizar a jurisdição constitucional.³⁵³

Para compreender essa nova realidade, mister se faz a análise dos princípios norteadores da relação contratual, na atualidade. Para tanto, ressaltam-se os princípios da autonomia privada, da função social, do equilíbrio econômico e da

³⁵⁰ Explica Bodin de Moraes que “a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação *infraconstitucional*. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento jurídico.” BODIN DE MORAES, Maria Celina, no Prefácio da obra de NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4-5.

³⁵¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. p. 146.

³⁵² GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México, DF: UNAM, 2001. p. 161. Tradução livre: “a legislação não é (não deveria ser) mas o desenvolvimento dos princípios constitucionais ou a execução dos programas de reforma delineados na Constituição”.

³⁵³ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, p. 51-53

Boa-fé objetiva, os quais se passa a expor.

A constitucionalização do direito contratual trouxe um novo viés ao princípio da autonomia privada, que foi mitigado pela função social do contrato, pelo equilíbrio econômico e pelo princípio da Boa-fé objetiva. Essas transformações revelam a repersonalização do contrato, isto é, que “a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial”.³⁵⁴

Esse fenômeno aconteceu após a segunda metade do século XX, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus objetivos a igualdade. A lei passou a ser um instrumento de transformação da sociedade, não atrelada, somente, à sanção ou à promoção, mas, sim, à solidariedade. No plano econômico, o contrato tornou-se um importante instrumento de circulação de riquezas, reacendendo a importância da autonomia privada³⁵⁵, porém nos limites da ordem pública, bem como moldado aos princípios da função social e da Boa-fé objetiva.

Inicialmente, refere-se que a autonomia da vontade³⁵⁶ integra a esfera de liberdade da pessoa, e pode ser entendida como “*la libre elección individual de*

³⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 33. Refere o autor que o fenômeno da despatrimonialização “não [...] projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência [...] concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 33.

³⁵⁵ Conforme Silva, “a incidência dos princípios constitucionais funcionaliza o conceito, vale dizer, a própria compreensão genética da autonomia privada. Por sua vez, os chamados “limites” à autonomia privada ou funcionalizam o exercício desse poder jurídico ou o excluí, no caso concreto.” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 106.

³⁵⁶ A doutrina distingue as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, destacam-se os autores nacionais: - SILVA diferencia explicando que, “a autonomia da *vontade* relaciona-se ao agir livre do sujeito, ligando-se à vontade interna, psíquica. É a manifestação de vontade livre. Já a autonomia *privada* é o poder de criar normas para si.” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: **O novo Código Civil e a Constituição**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 103; -MARTINS-COSTA sustenta que “a expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida como conceito de ‘autonomia privada’ nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a ‘autonomia negocial’. ‘Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, [...]. Modernamente, contudo, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’), seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela

planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana".³⁵⁷ Desse modo, o Estado e as demais pessoas não devem interferir nessa "*elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*".³⁵⁸

Já, a autonomia privada³⁵⁹ encontra seu alicerce na Constituição Federal e está ligada diretamente à dignidade da pessoa humana e à livre iniciativa, que se constituem em fundamentos da ordem econômica. Aduz Perlingieri que "a autonomia não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais".³⁶⁰

ordem jurídica, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado." MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 614-615; - NORONHA menciona que "o princípio da autonomia da vontade estava em perfeita sintonia com o liberalismo econômico, tão bem sintetizado na fórmula *laissez faire, laissez passer* [...] foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*." **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113; -AMARAL NETO explica que "a autonomia privada surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença [...]. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido." AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez.,1998p. 10.

³⁵⁷ Tradução livre: "a livre escolha individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana".

³⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989. p. 204-205. Tradução livre: "escolha ou adoção, limitando-se a projetar instituições que facilitem a busca individual daqueles projetos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e evitando a interferência mútua no curso dessa busca".

³⁵⁹ Menciona Amaral Neto que a autonomia privada deve direcionar-se à ideia de justiça. "A ideia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, e distributiva, entre os elementos da comunidade, aparece, agora com nova perspectiva, a justiça social. Resultante da conexão entre consciência moral e consciência social, exige que a ordem jurídica se mantenha ligada à ordem moral, superando-se com isso o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica**: perspectivas estrutural e funcional. p.23.

³⁶⁰PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 277.

Dessa maneira, a autonomia privada representa um poder reconhecido aos particulares de escolherem dentro dos limites traçados pela ordem jurídica, a disciplina de suas relações. Ela designa um espaço de auto-regulamentação dos interesses privados, ou seja, “o poder dos privados de autonomamente governarem seus destinos, fazendo tal governo com força e tutela jurídica”³⁶¹.

Pela noção contemporânea a autonomia privada é compreendida como um “poder-função” visto que “deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais [...]. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual.”³⁶²

Assim, o contrato representa um acordo de vontades, o qual passou a ser visto como um processo que cria um vínculo obrigacional decorrente da autonomia privada, trazendo um resultado jurídico da ação dos agentes, à luz de novos princípios - da função social, equilíbrio econômico e da Boa-fé objetiva -, que, por sua vez, são responsáveis pela socialização e eticização da teoria contratual.

Ainda, no conceito de contrato encontra-se a noção de função social do pacto, a qual abranda o dogma da autonomia privada e socializa a teoria contratual³⁶³, visto que a vontade perde espaço perante o interesse social. O conteúdo do contrato é determinado pelo interesse das partes e passa pela esfera da autonomia privada delas, contudo qualquer subordinação de interesse somente é permitida, *“fin dove essa non urti contro quella solidarietà, che non si realizza nella comunità senza prima realizzarsi nel nucleo costituito dai soggetti del rapporto giuridico”*.³⁶⁴

³⁶¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil**. p.102.

³⁶² FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 31.

³⁶³ Defende Marques que “o direito desenvolve, assim, uma *teoria contratual “com função social”*, [...] isto é, o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.[...] Esta parece ser a fase do direito atual, pois superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva função do pensamento tópico e da re-etização do direito.” MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 178.

³⁶⁴ PASSARELLI, Francesco Santoro. **Dottrine generali del diritto civile**. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012. p.76. Tradução livre: “desde que não colida com essa solidariedade, que não se realiza na comunidade sem antes se realizar no núcleo constituído pelos

Logo, o contrato retrata a constituição econômica da sociedade e também representa o interesse social. Na atual concepção o contrato extrapola o campo particular e reflete seus efeitos no social e tem como “função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro.”³⁶⁵

O princípio da função social do contrato encontra respaldo nos artigos 1º, incisos III e IV, 3º, inciso I, e 170 da Constituição Federal, bem como está positivado no artigo 421 do Código Civil. Nesse sentido, Silva traz um perfil conceitual em que a função social impõe que se observem as “consequências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.”³⁶⁶

A função social³⁶⁷ faz com que seja abandonada uma leitura individualista e voluntarista da relação contratual e, na ótica civil-constitucional, descortina valores sociais que fundamentam todo o direito. Com isso, “passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que [...] são essenciais à tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem econômica.”³⁶⁸

O referido princípio advém do movimento da funcionalização do direito subjetivo, que era tido como o poder da vontade e, agora, confere poderes aos titulares em vista de uma finalidade. No dizer de Fachin, “essa funcionalização,

sujeitos da relação jurídica.”

³⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158.

³⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil**. p.112.

³⁶⁷ Atualmente, admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo *mito jusnaturalista* que a recobria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* da realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.” MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção (As Cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 15. 1998. p. 145.

³⁶⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 223.

portanto, é uma operação de redução da amplitude dos poderes do titular”.³⁶⁹ Logo, demonstra que o ordenamento jurídico e seus institutos têm um fim a cumprir, ou seja, existe uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento de sua função.³⁷⁰

Nesse viés, a socialização do instituto contratual tem por intuito “integrar os contratos numa ordem social harmônica”, pois a pessoa humana não vive isolada e alheia aos demais semelhantes; ao contrário, precisa de uma comunidade para desenvolver-se. Com isso, os pactos têm relevância na sociedade³⁷¹, não sendo permitido que essas convenções prejudiquem a coletividade ou determinadas pessoas. O contrato e seus efeitos não podem ser entendidos como um “átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”.³⁷²

Também, a função social atenua o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, revelando que a obrigação contratual “é um elo da cadeia econômica” e possui a finalidade de realizar trocas justas, em que suas consequências serão refletidas na órbita coletiva. Portanto, a utilidade do contrato ultrapassa os interesses individuais dos contratantes, para se alongar perante terceiros, ou seja, há possibilidade de oponibilidade do contrato contra terceiros impondo-lhes obrigações.³⁷³ No mesmo sentido, Perlingieri aduz que “o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo [...]”.³⁷⁴

Assim, funcionalizar o contrato é “uma forma de concretização do objetivo

³⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 208.

³⁷⁰ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. p. 134.

³⁷¹ Aduz Ferreira da Silva que “em uma sociedade economicamente massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados. Assim, a inadimplência de um grupo de consumidores [...] acarretará a inadimplência do lojista com seu fornecedor que, por sua vez, poderá repercutir na relação deste com aquele que lhe alcança a matéria-prima e deste, por sua vez, com quem financia e assim sucessivamente.” FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. p. 132.

³⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul./set., 1998. p. 116.

³⁷³ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. p. 144.

³⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. p. 212.

constitucional da solidariedade social. E acaba por reconhecer a inserção do contrato no mundo econômico percebendo seu valor além da intenção volitiva das partes envolvidas.”³⁷⁵ O contrato cumprirá sua função social quando for instrumento de circulação de riqueza, bem como de manutenção da utilidade e da justiça do negócio jurídico.

Vê-se, portanto, que a função social do contrato representa uma limitação à autonomia privada, à relatividade dos efeitos dos contratos e, também, integra o próprio conceito de contrato³⁷⁶, demonstrando que esse instituto deve servir à circulação de riqueza e, ao mesmo tempo, para a construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdade.

Ainda, para compor a noção atual de contrato, acrescenta-se que as obrigações contratuais devem ser permeadas pela equidade, que guarda relação com a socialidade e com a eticidade, e se mostra pelo princípio do equilíbrio econômico. Tal preceito tem fundamento no princípio da igualdade, visto que deve haver equivalência entre as prestações dos contratantes. Observa-se que, o pacto não deve servir para provocar desigualdade e desequilíbrio entre as partes, pois a justiça contratual está fundada na ideia de igualdade e equilíbrio entre os contratantes.

O contrato deve realizar trocas justas, ou seja, “uma troca de prestações, um receber e prestar recíprocos”. Esse intercâmbio de dar e receber de ambas as partes leva à ideia de equivalência dos direitos e obrigações, que contenha “um equilíbrio mínimo das prestações e contraprestações”.³⁷⁷

Explica Noronha que “todo contrato pressupõe um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à economia do negócio, que sem elas ficaria descaracterizado.” Assim, quando desaparece a relação que configura a equivalência entre prestação e contraprestação, em virtude da alteração das circunstâncias que envolvem o negócio, mostra-se “justificado, tanto à luz do

³⁷⁵ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. p. 148.

³⁷⁶ Refere Martins-Costa que “integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito.” MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. p. 160.

³⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 50.

princípio da justiça contratual como da boa-fé (ambos atuando aqui no mesmo sentido), que se proceda à sua revisão, com reequilíbrio das prestações ou, quando tal não for possível, com resolução do próprio contrato.”³⁷⁸ Logo, não podem ser toleradas prestações que causem onerosidade excessiva.³⁷⁹

Pelo princípio do equilíbrio econômico, à luz da igualdade substancial, necessário reconhecer que, embora formalmente iguais perante a lei, os contratantes encontram-se em situações diferentes, razão por que a parte vulnerável precisa de proteção, sob pena de desaparecer a comutatividade do pacto.³⁸⁰ Com isso, as prestações e contraprestações entre as partes ao celebrar um contrato, *“deben ser equitativas, y siempre en busca de un equilibrio económico e incluso moral, en el intercambio de bienes y servicios que dan movimiento al aspecto económico que se traduce en un buen desarrollo social.”*³⁸¹

Cabe frisar que “as ideias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneo, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um de seus problemas centrais.”³⁸² A falta de equilíbrio nas prestações do contrato dá origem aos institutos da lesão e da onerosidade excessiva.³⁸³

³⁷⁸NORANHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 238.

³⁷⁹ Lôbo refere que “talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de um cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras de experiência.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Transformações gerais do contrato**. p. 111.

³⁸⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas, p. 157.

³⁸¹ ARANDA, Roberto Sanromán. *La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad. Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año I, Vol. 1, No. 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT. p. 85. Tradução livre: “devem ser equitativos, e sempre em busca do equilíbrio econômico e até moral, nas trocas de bens e serviços que movimentem o aspecto econômico que se traduz em bom desenvolvimento social”.

³⁸² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. p. 155.

³⁸³ Explica Ferreira da Silva que “a lesão tem como finalidade recompor a perda do sinalagma genético que deveria estar presente na formação do contrato. Assim, se o contrato inicia propiciando uma vantagem desproporcional a um dos contratantes por conta de o lesado estar em uma situação de necessidade ou inexperiência, permite-se que o mesmo ingresse com uma ação de rescisão do contrato. Esta ação poderá ser convertida em revisão, caso o autor da lesão se disponha a restabelecer a reciprocidade entre as prestações.” Já a onerosidade excessiva diz respeito a causa supervenientes na relação contratual. Nesse sentido, o Código Civil “adota a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva.” FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **A função social do contrato no**

Para completar a definição contemporânea de contrato, agrega-se a Boa-fé objetiva, que estabelece norma em que as partes devem agir com lealdade e correção, no intuito de que seja tutelada a confiança depositada naquele pacto. Logo, devem portar-se no sentido de colaborar para o cumprimento da obrigação contratual, zelando mutuamente pelas expectativas das partes. A Boa-fé objetiva refere-se *“alle regole di correttezza alle quali occorre attenersi nell'adempimento delle obbligazioni, nelle trattative, nonché nell'esecuzione del contratto.”*³⁸⁴

Assim, a Boa-fé objetiva³⁸⁵ constitui o núcleo da Diretriz da Eticidade, impõe uma conduta leal e correta aos contratantes, e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, representando uma das mais fortes manifestações da repersonalização do direito contratual. Essa leitura civil-constitucional da teoria das obrigações encontra-se permeada pela socialidade e pela eticidade que repersonalizam o pacto e promovem a valorização da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o contrato deixou de ser apenas a expressão máxima da vontade e hoje representa um meio de solidariedade, em que a autonomia privada compõe um de seus elementos. Com isso, o poder de contratar do sujeito de direito foi atingido pela funcionalização do direito, momento em que o contrato deve manter o equilíbrio econômico, como, também, configurar uma relação ética, que promova a tutela da confiança dos contratantes. Assim, com base no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, surge a eticização da teoria contratual, que se apresenta pela Boa-fé objetiva.

2.2 A Boa-fé objetiva e a proteção da confiança contratual

A constitucionalização do direito civil, impôs um novo paradigma de considerar a pessoa humana, que, a partir de 2002, passou a integrar

novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. p.145-147.

³⁸⁴ GALLO, Paolo. *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*. In: **Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea**. v. 2. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003. p. 115. Tradução livre: “refere-se às regras de correção que devem ser seguidas no cumprimento das obrigações, nas negociações, bem como na execução do contrato.”

³⁸⁵ Em face da importância do princípio da Boa-fé objetiva para o direito contratual, o mesmo será desenvolvido, de forma específica, no item seguinte.

expressamente a nova sistemática da codificação, à luz da referência da dignidade humana. Os efeitos oriundos da Constituição Federal envolveram todos os ramos do ordenamento jurídico e no direito civil (contratual) assentaram-se nas diretrizes da socialidade, equidade e eticidade.

Com isso, os valores de respeito e consideração à dignidade da pessoa foram elevados ao núcleo do sistema jurídico, antes ocupado pelo patrimônio. Essa repersonalização contratual tem como eixo central a Boa-fé objetiva, que se encontra vinculada aos conceitos éticos e econômicos dos contratos, fundamentando-se na lealdade entre as partes e na confiança depositada no pacto.

Diante da importância da Boa-fé objetiva no âmbito contratual, visto que, inclusive compõe o conceito de contrato no Brasil, relevante pontuar o tema em dois momentos: inicialmente relatando a evolução histórica, com a apresentação de suas origens, o desenvolvimento ao longo do tempo e a respectiva influência para a positivação no ordenamento brasileiro; para, após, compreender a noção atual da Boa-fé objetiva no direito contratual.

2.2.1 Breve lineamento histórico

Com relação à evolução histórica da boa-fé, a doutrina menciona sua fundamentação em uma “tríplice raiz” representada, inicialmente, pelo direito romano, pelo direito canônico e pelo direito germânico. Inicialmente, salienta-se que, a noção jurídica da boa-fé advém do mundo dos romanos³⁸⁶, já que a fidelidade era um princípio que balizava a vida desse povo e se encontrava registrada na “Lei das Doze Tábuas”. A evolução de seu significado variou conforme o pensamento filosófico e o campo do direito em que foi aplicada, destacando-se em relação a três

³⁸⁶ Refere Schulz quando analisa os princípios do direito romano que: *“the Romans boast of their fidelity and proudly contrast ‘Roman fidelity’ with ‘Punic’ and ‘Greek fidelity’. To be faithful is one of their standard principles of life. [...] In very truth they strive after fidelity; faithlessness is in their eyes a social blot. Fidelity is only one aspect of constantia which is to the Romans a man’s central virtue: ‘take a course and stick to it’.”* Tradução livre: “os romanos se gabavam de sua fidelidade e orgulhosamente contrastavam a “fidelidade romana” à “púnica” e à “fidelidade grega”. Ser fiel era um de seus princípios de vida padrão. [...] Na verdade, eles se esforçam pela fidelidade; a falta de fé é, a seus olhos, uma mancha social. A fidelidade é apenas um aspecto da *constantia* que é para os romanos a virtude central do homem: “siga um curso e mantenha-se nele”. SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. Tradução de Marguerite Wolff. Londres: Oxford University Press, 1936. p. 223-224.

setores, quais sejam: “o das relações de clientela, o dos negócios contratuais e o da proteção possessória”.³⁸⁷

A expressão “*fides*”, em português significa fé, representa a base semântica e conceitual da boa-fé atual e tem origem no direito romano apresentando-se como “confiança, [...] colaboração e auxílio mútuo [...] entre iguais [...] e como amparo ou proteção [...] entre desiguais [...]”; como lealdade e respeito à palavra dada; como fundamento da justiça e da virtude cívica [...]”, enfim revelando um “valor ético fundante”.³⁸⁸ Nesse sentido,

‘fides’ was defined ancient times as adherence to the word, keeping one’s word, fit quod dicitur. Though this is one of the well-known playful etymological definitions, and though the connotations of the word are by no means exhausted thereby, it gives its essential meaning. Fides – to be rendered in the following by ‘fidelity’ – means to be bound by one’s word.³⁸⁹

De forma primitiva essa *fides*, apresentava-se como: “a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides ética*”. A primeira, expressa na Lei das Doze Tábuas, possuía um viés religioso: a prever sanção ao patrão que “defraudasse a *fides* do cliente”; a revelar o “culto da deusa *Fides*”, que simbolizava a entrega e a lealdade; e a análise dos poderes do *pater*, bem como a limitação dos mesmos.³⁹⁰

Refere-se que a relação entre a clientela (*cliens*) com o cidadão (patrício) era caracterizada pela prestação de “lealdade e obediência” do primeiro, e da contraprestação de “proteção” do segundo. Assim, a *fides* nessas relações (entre desiguais) podia ser vista sob dois ângulos: o do “poder do patrão (poder de direção) e *dever do cliens* (dever de obediência); e como “*forma de promessa de proteção*”, pela qual uma “pessoa era recebida na *fides* da outra”.³⁹¹

³⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 111.

³⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 53-54.

³⁸⁹ SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 223. Tradução livre: “*Fides* era definida na antiguidade como ser de palavra, manter a palavra, *fit quod dicitur*. Embora esta seja uma das definições etimológicas lúdicas bem conhecidas, e embora as conotações da palavra não sejam de forma alguma exauridas, ela fornece seu significado essencial. *Fides* - a ser traduzido a seguir por ‘fidelidade’ - significa estar vinculado por uma palavra.”

³⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 55.

³⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 112. Grifo da autora.

Já a *fides-facto* não possuía sentido religioso ou moral. Era ligada ao pensamento de garantia, “associada a alguns institutos, como o da clientela”. Por fim, pela *fides-ética*, entendiam os romanos que, desde o momento “que a ‘garantia’ expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho conotação moral. Assim, mais do que fato, essa *fides* importava em “sentido de dever”, gerava vinculação, mesmo que não estivesse presente no direito.³⁹²

Ainda, explica Menezes Cordeiro que a aplicação da *fides*³⁹³ nesse período em Roma pode ser dividida em interna e externa³⁹⁴. A primeira referia-se a cidade e vincula-se a uma “*fides*-poder, que evolui para a justiça do mais forte e com uma *fides*-promessa, que tende para a ideia de respeito pela palavra dada.” Já, a segunda envolvia as relações exteriores, em que “a *fides* traduz o poder hegemónico de Roma”.³⁹⁵ Nesse cenário a *fides* acabou perdendo força em seu significado e apenas conservou uma conotação mais afetiva, com “referência a algo de transcendente, com especial nível axiológico”.³⁹⁶

Após, no direito romano clássico, “da *fides*, passou-se à *fides bona* e a *bona fides*”, em que sua manifestação acontecia a partir dos “*bonae fidei iudicia*”³⁹⁷,

³⁹² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 55-56.

³⁹³ Ilustra Schulz que, os romanos se emocionam em falar da *fides*: “Cato, como um velho, enfatiza o fato de que os ancestrais romanos construíram o templo para Fides no Capitólio o mais próximo possível de Júpiter, o maior e melhor dos deuses. Cícero declara que a fidelidade é a “coisa mais sagrada da vida”, Valerius Maximus diz que é a “segurança para toda a felicidade humana”. Valerius estava certo quando declarou que o mundo inteiro estava familiarizado com a fidelidade romana. O autor do primeiro livro dos Macabeus sabia que ‘os romanos mantinham amizade com seus amigos e aqueles que confiavam neles, enquanto o autor do Evangelho de São João faz até mesmo Pilatos cumprir sua palavra:’ O que eu escrevi, Eu tenho escrito.” SCHULZ, Fritz. **Principles of Roman Law**. p. 224 – tradução livre.

³⁹⁴ Refere Tafaro que a *fides* aparecia em dois setores no direito romano, nesse período denominado de arcaico, sendo eles: nas relações internacionais e nos contratos entre particulares de diferentes coletividades, que podem ser definidas como intersubjetivas; bem como no campo das relações internas com a comunidade de Roma, que se revelavam como intrasubjetivas. Na última, destaca as relações do patrão para com o cliente, em que havia uma obrigação de assistência e proteção contínua, “sancionada, em caso de violação, pela ‘sacralidade’ (ou seja, por consagração aos deuses [...]) pela possibilidade de ser morto a qualquer momento) imposta ao patrão que traiu a *fides* devida ao seu cliente.” (Tradução livre). TAFARO, Sebastiano. **Brevi riflessioni su buona fede e contratti**. p. 75. Disponível em: http://zbornik.pf.uns.ac.rs/images/download/2006/2006-3/doi_10.5937_zrpfns40-0058.pdf. Acesso em 20 mai. 2021.

³⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 1284.

³⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 69-70.

³⁹⁷ Os *bonae fidei iudicium* retratam um procedimento perante o juiz. “*El acreedor tenía siempre derecho a la indemnización de los perjuicios derivados del hecho de que el deudor hubiera quebrantado sus deberes de lealtad y diligencia, o perjudicado dolosamente al acreedor, más allá de lo estrictamente deducido de la obligación*”, ou seja, fundamentando na *fides*, para que o juiz decidisse conforme a boa-fé. Tradução livre: “o credor teve sempre direito à indenização pelos danos decorrentes do fato do devedor ter violado os seus deveres de lealdade e diligência, ou lesado de

que se apresenta um elenco variado de situações, mas com traços em comum, como: “uma universalização tendencial, a inerência das exceções, a presença de acções correspectivas e a possibilidade de compensação e de condenação em juros”. Assim, vê-se um “abandono progressivo do formalismo, a favor de composições materiais dos litígios”.³⁹⁸

A *fides bona* referia-se a norma que regula o tráfico negocial, como por exemplo para impedir o dolo ou para permitir a compensação de valores em certos pactos. Assim, “quem conseguia a concessão da *fides*, era [...] merecedor da confiança derivada do *creditum* [...] em relação ao concedente: [...] elemento da *bona fama* gozada por alguém em sociedade.”³⁹⁹ Já, na *bonae fidei iudicia* era conferido ao juiz poder para decidir “o caso de acordo com circunstancias concretas”. Sua conotação representava uma “boa-fé em sentido objetivo”, afastada do noção de moral que poderia trazer um viés filosófico ao termo. Após, no período do Império sua noção foi alargada, envolvendo a moral, o que levou ao “enfraquecimento da sua acepção técnica e objetiva”.⁴⁰⁰

E a utilização da *fides* para retratar inúmeras situações, trouxe o seu enfraquecimento, ou seja, sua diluição⁴⁰¹, o que provocou uma “difusão horizontal” com a utilização em outro sentido, ligada à posse e a usucapião, denominada de *bona fides*, com significado de mencionar “o estado psicológico de ignorância” do beneficiário na usucapião. Também houve a “difusão vertical” com a “evolução do *bonum et aequum* e da *equitas*” entendendo-os como princípios de grande expressão, que vieram a se mesclar com a boa-fé, que passou a representar, também, “justiça, honestidade, lealdade.” Essa difusão levou à confusão da boa-fé com princípios gerais, mormente, com a equidade.⁴⁰²

forma fraudulenta o credor, para além do que foi estritamente deduzido na obrigação”. NEIRA, Lilian. C. San Martín. *La cláusula ex fide bona y su influencia en el quantum respondeatur como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33. Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colômbia, n. 28, jan./jun. 2015.

³⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 1284.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 62-63.

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 122.

⁴⁰¹ Embora “a complexidade da diluição, com fenómenos de difusão horizontal, além da vertical, implicou, porém, a manutenção de sentidos técnico-jurídicos, em concomitância com a retoricização [...]”. Esta ambivalência conferiria, a boa fé, uma capacidade de renovação persistente, até aos nossos dias.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p.147.

⁴⁰² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 128.

Nessa acepção, “a boa-fé não projetava quaisquer normas jurídicas, sendo apenas um elemento fático extrajurídico”, com sentido diferente da *bonae fidei iudicia* que vinculava a *fides bona* a uma função de criar deveres, que poderiam ser exigidos judicialmente, como uma espécie de Boa-fé objetiva.⁴⁰³ Observa-se que tal distinção “projeta-se no direito atual”⁴⁰⁴, inclusive na codificação civil brasileira de 2002.⁴⁰⁵

Em um segundo momento da origem histórica, analisa-se a noção da boa-fé no direito canônico, que se biparte em dois momentos: com relação à prescrição, que se refere a tutela da usucapião; e da “legitimação dos *nuda pacta*”, que envolve os contratos consensuais.⁴⁰⁶ Em que pese essa divisão siga o mesmo entendimento que o direito romano, verifica-se que a boa-fé, no direito canônico “ganhou uma dimensão axiológica, a entender dentro do espírito do pensamento cristão”, assim passou a ser vista como “ausência de pecado”.⁴⁰⁷

Destarte, o fundamento da boa-fé na prescrição aquisitiva da usucapião, no direito romano, assentava-se, na “ignorância justificada”, enquanto que no direito canônico, sedimenta-se “na linha dos valores próprios do Direito da Igreja a boa fé (*sic*) dependeria sempre da consideração do pecado”. Também, os *nuda pacta* têm como essência a ideia de pecado, ou seja, “o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentais”.⁴⁰⁸ Assim, a Igreja “atribuí valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque a *mentira é um pecado*, catalogado pelos teólogos ao lado dos ‘*pecados da língua*’”.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Na experiência jurídica romana, não se encontram definições de Boa-fé objetiva ou boa-fé subjetiva “*ma la prima è collocata dalla romanistica nell’ambito delle obbligazioni e la seconda nel contesto dei diritti assoluti.*” Tradução livre: “mas a primeira é colocada no campo das obrigações romanistas e a segunda no contexto de direitos reais.” BIANCHI, Paola. *Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche*. In: SOMMARIVA, Gisella Bassanelli; TAROZZI, Simona; BIAVASCHI Paola. **Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV - VII secolo, in Occidente**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2019. p. 28.

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 123.

⁴⁰⁵ Aponta-se, como exemplos dessa distinção no Código Civil brasileiro: o artigo 1201 que prevê a boa-fé no sentido estado psicológico de ignorância referente à posse (viés subjetivo) e o artigo 421 que positiva a boa-fé na condição de projetar norma de comportamento aos contratantes (viés objetivo).

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 128.

⁴⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 154.

⁴⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 153-154.

⁴⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 92. Grifo da autora.

Percebe-se, então, que o direito canônico⁴¹⁰ promoveu uma “unificação conceitual” da boa-fé, seja nas obrigações, seja na posse, entendendo que sua noção esteja vinculada a ausência de pecado, o que representa “uma dimensão ética e axiológica.”⁴¹¹ No direito das obrigações ocorreu o enfraquecimento da boa-fé, visto que seu conteúdo foi diluído para ter significado muito próximo à equidade. E, quanto à prescrição aquisitiva, ligada a “consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado”, de agir corretamente e não lesar o outro, teve sua noção fortalecida, na condição de princípio geral.⁴¹²

Ainda, para completar a raiz histórica da boa-fé, necessário abordar a origem da mesma, oriunda da cultura germânica, ou seja, a “*Treu und Glaben*”. Enquanto a *fides* romana tinha como essência “a ideia de fidelidade ao pactuado”, a *Treu und Glaben* concentra uma dupla noção, sendo elas: de “*lealdade* (Treu ou Treue)” e *crença* (Glauben ou Glaube), as quais se reportavam a qualidades ou estados humanos objetivados”.⁴¹³

Etimologicamente, no “velho-alto-alemão”, “*treue*” consistia na “firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído”. Após no “médio-alto-alemão” foi acrescentado a esse significado um “sentido ético, traduzindo ‘um conceito cerne de valores cavalheirescos’ [...]”. Vê-se que, “esta coloração semântica mantem-se, ainda, na ‘fidelidade’ actual.” Já, “*Glauben*”, no “velho-alto-alemão” traduzia a *fides* do direito romano, no “sentido cristão de fé”. Ainda, foi acrescentada a ela a conotação de “confiança e de crença, numa semântica que desapareceu⁴¹⁴ em novo-alto-alemão.”⁴¹⁵

⁴¹⁰ Observa-se que, a “aplicação dos princípios teológico-morais [...], em virtude dos quais certos parâmetros objetivos e subjetivos de avaliação, tais como *aequitas* [...], *bona fides*, *conscientia*, honestidade e misericórdia encontraram aceitação mesmo quando se tratava do julgamento de obrigações puramente jurídicas. Eles assumiram um significado muito particular para [...] a usura, para a justiça na execução recíproca de um contrato sinalagmático [...], para a proteção contra a fraude e contra a violência nos contratos.” Tradução livre. WIEACKER, Franz. **Storia del diritto privato moderno**: con particolare riguardo ala Germania. Volume 1. Tradução de Umberto Santarelli e Sandro A. Fusco. Milano: Giuffrè Editore, 1980. p. 102-103.

⁴¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 130.

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 96.

⁴¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 124. Grifo da autora.

⁴¹⁴ Refere Menezes Cordeiro que, “na documentação, hoje conhecida, do séc. XIII, *Glauben* mantem firme um sentido puramente religioso, a laicização demonstra-se a partir do século seguinte. [...] a consagração segura mais antiga de *Glauben*, em acepção não religiosa, estaria no *Código de Freising*, de 1328.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**.

Ainda, no que tange à evolução da boa-fé, cumpre mencionar que, a cultura germânica partiu de um instituto medieval denominado de “juramento de honra” realizado sob o viés das “tradições cavaleirescas, ao ‘ideal de vida sublime’ ao ‘sonho do heroísmo’”, que à luz da ética da cortesia, representavam “um ideal de vida civilizada e um conjunto de qualidades nobres”, como: “generosidade, *lealdade contratual*, elegância de coração e de maneiras, polidez constante, em suma, *capacidade de conduzir-se bem em sociedade em relação a quem quer que seja*”.⁴¹⁶

Com isso, observa-se que esses valores, que decorrem dos ideais cavaleirescos e formam o conteúdo do juramento de honra, “vinculam-se ao direito por meio “do conceito e da estrutura da relação obrigacional, na fórmula bipartida do débito e respondência”⁴¹⁷, à luz de uma questão ética, isto é, a necessidade de cumprir a palavra dada. Tal garantia não se cingia ao viés subjetivo (sobre a pessoa do garante), mas sim retratava um pensamento objetivo, relacionado à confiança coletiva envolvida, visto que, a atitude de cortesia deve levar em conta a reciprocidade dos deveres. Assim, ocorreu sua aplicação no campo das relações mercantis, com a “obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato, *porque assim confia a contraparte*, e a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses objetivos da contraparte”.⁴¹⁸

Portanto, boa-fé germânica da Idade Média, à luz dos ideais de honra, de crença, de confiança e de lealdade à palavra dada, promoveu contribuição fundamental ao direito ocidental, por “ter introduzido, no domínio da boa fé (*sic*), um conjunto de valores novos, que perduraria até à codificação alemã e, a partir daí, se radicaria nas outras codificações romanísticas”.⁴¹⁹

Desse modo, a boa-fé atual, encontra nascedouro no direito romano, no direito canônico e no direito germânico. Seguindo a evolução, verifica-se a recepção do direito romano na Europa, com o estudo do *Corpus Juris Civilis* nas

p. 168.

⁴¹⁵MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 167-168.

⁴¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 124-125. Grifo da autora.

⁴¹⁷MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 171.

⁴¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 88.

⁴¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 176.

universidades, com a influência do direito canônico e com o surgimento do direito comum. Naquele período, o conceito de boa-fé (*bona fides*) manteve-se diluído, com aplicação na posse, como elemento subjetivo, ou seja, como um dado psicológico de não prejudicar os direitos alheios. A partir dessa época a ciência do direito passou a ser compreendida como um sistema.⁴²⁰

Importante fazer uma breve incursão nos sistemas do humanismo e do jusracionalismo para entender o conteúdo da boa-fé. O humanismo “pressupõe um Universo com o homem por foco e a Antiguidade, sem mediações, por modelo. Demarca-se, desta forma, de visões místicas mais marcadamente religiosas.” No que tange à boa-fé manteve-se enfraquecida, na condição de princípio geral, em especial por ser confundida com a equidade. Porém, foi recolocada “nos contratos”, com a noção de “*bona fides-aequitas*” e deixou de ser elemento somente da usucapião.⁴²¹

O jusracionalismo revelou-se importante para a construção do direito sobre regras e princípios fundados na razão, reconhecendo ao indivíduo “liberdades e direitos subjetivos que seriam inerentes à sua natureza e, ainda, por sua tendência à unificação do direito [...] sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos”.⁴²² Com relação a boa-fé, menciona-se que Grotius concebeu uma nova dimensão a mesma, pela sua utilização entre pessoas iguais em direitos e responsáveis, ainda, “ligada à liberdade, exprime regras comuns de jogo requerendo, em especial, o respeito pela palavra dada”.⁴²³ Ainda, refere-se a contribuição de Punferdorf, que descreveu a “utilização da *fides* como fórmula de reforço” do contrato e por outro lado como “manutenção da *bona fides*”, no viés psicológico, ligada a usucapião.⁴²⁴ Todavia, mesmo defendendo o “pensamento jurídico lógico, teórico e unitário”, por meio da dedução, “não conseguiu retirar a boa fé (*sic*) do estado de diluição”.⁴²⁵

⁴²⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 184-188.

⁴²¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 189.

⁴²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 174.

⁴²³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 215.

⁴²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 223-224.

⁴²⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 1286.

Na sequência no Código de Napoleão⁴²⁶, o tratamento concedido à boa-fé decorreu da união de elementos formais (estrutura da codificação, sem parte geral, que dificultava as conexões no sistema) e materiais com características do direito canônico, do jusracionalismo, da interpretação da Escola da Exegese, momento que iniciava a era do capitalismo – com a vitória da burguesia- e foi criado o modelo clássico do contrato, tendo como fundamento o princípio maior a autonomia da vontade. Nesse contexto, a boa-fé teve conteúdo de unidade composto por “mescla de elementos morais, jurídicos e filosóficos peculiares”.⁴²⁷

A boa-fé positivada no Código Civil francês foi a subjetiva, tanto em relação à posse, quanto às obrigações contratuais. Em especial nos contratos, o artigo 1.134⁴²⁸ da codificação napoleônica regulamentou a obrigatoriedade das convenções, mostrando a força da autonomia de vontade, na nova teoria contratual que se estabelecia, e no final fez menção a boa-fé. Assim, essa boa-fé subjetiva teve um conteúdo “escasso” e “diluído” no modelo clássico de contrato, criado pelos franceses, ainda, à luz do método da exegese não conseguiu efetivar a aplicação dela, revelando “o fracasso da boa fé no espaço napoleônico” e a outros código que seguiram a mesma linha.⁴²⁹

Após, salienta-se o desenvolvimento da boa-fé no direito alemão, inicialmente, com as decisões do Tribunal de Apelação Comercial⁴³⁰ criado na

⁴²⁶ Explica Facchini Neto que “da tradição herdada, o *Code* baseou-se substancialmente em quatro pilares: a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier; b) o direito consuetudinário, particularmente o *Coutume* de Paris; c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente.” FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. p. 69.

⁴²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 111.

⁴²⁸ O artigo 1134 do Código Civil de Napoleão dispõe: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fai. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou par les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonné foi.*” Tradução livre: “As convenções legalmente formadas tomam o lugar da lei para aqueles que as fizeram. Só podem ser revogados com consentimento mútuo ou por causas autorizadas por lei. **Eles devem ser realizados de boa-fé.**” (Grifo nosso).

⁴²⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 262-264.

⁴³⁰ O *Oberappellationsgericht* (Tribunal de Apelação Comercial) foi criado em 1815, em quatro cidades livres da Alemanha. Essas Cortes, mesmo antes da publicação do BGB já decidiam com fundamento na Boa-fé objetiva, distinguindo-a da subjetiva, como no seguinte caso: Em 17 de julho de 1822, o tribunal em Lübeck “aceitou a boa fé como norma geral de conduta, independente da vontade das partes. Com base nela, condenou um comerciante a uma indemnização por, apesar de não se ter chegado à conclusão de um contrato válido, haver danos causados *contra bonam fidem* à contraparte.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 316-319.

Alemanha e após com a publicação do Código Civil em 1900. A mencionada codificação estabeleceu uma disciplina bipartida da boa-fé, nos âmbitos subjetivo⁴³¹ e objetivo⁴³². Com relação ao último, trouxe importante inovação, visto que o legislador encontrou caminho para afastar-se da “escolha entre uma abstracção empobrecedora e uma casuística acanhada através das chamadas Cláusulas gerais, isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade.”⁴³³

O Código Civil alemão é fruto da pandectística e com relação à boa-fé, adaptou a rigidez da lei por meio de cláusula geral, que com seu caráter “elástico” outorgou ao juiz a tarefa de valoração do conteúdo da boa-fé diante do caso apresentado. Assim, a cláusula geral da Boa-fé objetiva foi positivada no § 242⁴³⁴ do BGB que previa: “O devedor deve cumprir a prestação, tal como o exija a boa-fé, com consideração aos costumes do tráfego jurídico”.⁴³⁵ Portanto, explica Wieacker ao comentar o mencionado § 242 do BGB, que a boa-fé se apresentava por uma cláusula geral que se constituía em *“un mandato general de la ley, dirigido al juez, que conseqüentemente, en el caso de reenvio a la buena fe o los usos del tráfico, el juez ejecuta o cumple [...]”*.⁴³⁶

⁴³¹ Assevera Menezes Cordeiro que existiam dezesseis artigos no BGB que mencionavam a boa-fé subjetiva, como por exemplo no direito possessório, dominial, prescrição e outros. As disposições sempre previam “pela negativa”, como se observa “§ 932/2: O adquirente não está de boa fé (*sic*) quando lhe seja conhecido ou, em consequência de grande negligência, desconhecido, que a coisa não pertence ao alienante”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 326.

⁴³² Com relação ao Boa-fé objetiva, o BGB refere a mesma em cinco dispositivos, ou seja: o § 157 que fixa a interpretação dos contratos (“Os contratos interpretam-se como exija a boa fé, com consideração aos costumes do tráfego”); o § 162/1 com relação a verificação de existência de condições; o § 242 da cláusula geral da boa-fé; o § 320/2 da exceção do contrato não cumprido; o § 815 do impedimento do enriquecimento sem causa. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 325-326.

⁴³³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 545.

⁴³⁴ No campo do direito das obrigações “o BGH deu ao § 242 um valor completamente diferente. Ao invés de considerá-lo como um corretivo e como uma máxima de interpretação do conteúdo da relação obrigatória, fez dele o fundamento unitário da própria obrigação, de modo que todas as outras disposições sobre as matérias obrigatórias agora aparecem como concretizações deste princípio.” (Em tradução livre). WIEACKER, Franz. **Storia del diritto privato moderno: con particolare riguardo alla Germania**. Tradução de Umberto Santarelli e Sandro A. Fusco. Volume 2. Milano: Giuffrè Editore, 1980. v. 2. p. 261.

⁴³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 127-128.

⁴³⁶ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 32. Tradução livre: “um mandato geral da lei, dirigido ao juiz, que conseqüentemente, no caso de encaminhamento para boa-fé ou de utilizações de trânsito, o juiz executa ou cumpre [...]”

Contudo, na época, em face da pretensão de plenitude das codificações e do modo subsuntivo da interpretação, a cláusula geral da Boa-fé objetiva não foi entendida com o significado dos dias de hoje.⁴³⁷ Somente após a primeira guerra, a jurisprudência alemã começou “com uma calma e reflectida ponderação, a preencher as Cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social”. Na sequência “adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial”.⁴³⁸ No Brasil, o Código Civil de 1916, com visível inspiração na codificação francesa, previu a boa-fé de modo limitado “às hipóteses de *ignorância excusável*, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória.”⁴³⁹

Atualmente, no direito brasileiro, a Boa-fé objetiva constitui uma forma de promover a repersonalização dos contratos por meio da eticização da conduta da partes. A Boa-fé objetiva encontra-se acolhida pela Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, quando estabelece a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito e, também, no artigo 3º, inciso I, no título dos princípios fundamentais, que traz a solidariedade social como um dos objetivos da República. Ainda, no Código de Defesa do Consumidor⁴⁴⁰ como alicerce das relações consumeristas e no Código Civil de 2002⁴⁴¹ como integrante da própria noção de contrato. A mencionada norma está ligada aos conceitos éticos e econômicos dos contratos, fundamentando-se na lealdade e na confiança das partes.

Portanto, esse dever de consideração, lealdade e correção instituído pela cláusula geral da Boa-fé objetiva representa um elemento fundamental para a

⁴³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 236-237.

⁴³⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 546.

⁴³⁹ Em respeito a “segurança, certeza e clareza” o Código Civil de 1916 não adotou Cláusulas gerais. Contudo aparecem como exemplo da boa-fé na mencionada legislação os artigos 221, 490, 491, 510, 511, 514 e 516. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 267.

⁴⁴⁰ Artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

⁴⁴¹ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

compreensão do novo modelo de relação contratual, que se assentou na segunda metade do Século XX. Com isso, necessário estabelecer a noção deste instituto no direito obrigacional, em especial no pátrio, que, atualmente, encontra-se repersonalizado, fundamentando-se e inspirando-se no respeito à dignidade da pessoa.

2.2.2 A noção da Boa-fé objetiva na codificação civil brasileira

O conteúdo da Boa-fé objetiva é fixado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da liberdade, da justiça e da solidariedade, valores maiores trazidos pela Constituição Federal e que se irradiam sobre o direito contratual provocando sua repersonalização. A Boa-fé objetiva compõe o próprio conceito de contrato como pauta de conduta devida pelas partes.

A expressão boa-fé é formada pela palavra “fé”, que na lição de Sacco, também “significa aquela virtude que consiste em manter a palavra de alguém, observar os pactos, cumprir exatamente suas obrigações”.⁴⁴² A ela se acrescenta o adjetivo “boa” para designar a espécie de fé. Logo, a boa-fé traz em seu conteúdo diversos valores que são importantes para uma sociedade em suas relações. A boa-fé apresenta-se na legislação como conceito jurídico indeterminado, como princípio, como cláusula geral, ainda nas espécies subjetiva e objetiva.

Quando se soma à boa-fé o vocábulo “objetiva”, ela passa a representar na relação obrigacional contratual, um modelo jurídico “indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standard* comportamental”. O conteúdo da Boa-fé objetiva é

⁴⁴² Sacco citando o “*Vocabolario degli Accademici della Crusca*” refere que: “*Fede significa pure quella virtù che consiste nel mantenere la parola, osservare i patti, adempiere esattamente i proprii obblighi*”. E acrescenta que: “*Questa definizione presuppone la individuazione dei « proprii obblighi », e dunque contiene un semplice rinvio. Inoltre, per il giurista, l'osservanza dei patti, o della parola data è, nei limiti in cui il diritto obbiettivo la ordina, conformità alla norma giuridica; e, oltre quei limiti, è irrilevante.* Tradução livre: “Esta definição pressupõe a identificação das “próprias obrigações” e, portanto, contém uma referência simples. Além disso, para o jurista, a observância dos acordos, ou da palavra dada está, na medida em que a lei objetiva a ordena, em conformidade com a norma legal; além desses limites, é irrelevante.” SACCO, Rodolfo. ***La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato***. Torino: G. Giappichelli, 1949. p. 5.

sempre relacional, pois ligado ao contexto de sua aplicação e envolve “exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam ou cogitam vincular-se”.⁴⁴³

A Boa-fé objetiva envolve dever de conduta de “*honestidad, fidelidad, lealtad, consideración o respeto a la confianza suscitada en la otra*”⁴⁴⁴, ou seja, tutela o comportamento objetivamente correto e leal, pois existe uma norma que impõe que todos devem ter consideração pelos interesses do “*alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”. É uma norma de convivência de uma sociedade civilizada.⁴⁴⁵

À luz dos valores constitucionais, a noção do contrato foi repersonalizada, momento em que a eticidade, com a consequente proteção da confiança pela Boa-fé objetiva, e a socialidade passaram a compor o conceito de contrato, para eticizar a relação e promover o respeito tanto individual entre os contratantes, quanto coletivo. Explica Aranda que, essa “*práctica ética y confiable en los contratos traerá como consecuencia, un bien en los contratantes y por ende un bienestar en la colectividad y mayor certidumbre en la contrataciones*.”⁴⁴⁶

Assim, na relação contratual a Boa-fé objetiva é uma norma que determina que cada parte deve ajustar sua conduta para agir com lealdade, correção, honestidade, e considerando “as expectativas legitimamente geradas, [...] nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional”.⁴⁴⁷

Na mesma linha, Díez-Picazo define que o princípio da boa-fé é uma

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 42-43.

⁴⁴⁴ GONZÁLEZ, José María Miquel. *Buena fe*. In: MELGAR, Alberto Montoya (Dir.). **Enciclopedia Jurídica Básica**. Madrid: Civitas, 1995. p. 831. Tradução livre: “honestidade, fidelidade, lealdade, consideração ou respeito pela confiança despertada no outro”.

⁴⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 411. Grifo da autora.

⁴⁴⁶ ARANDA, Roberto Sanromán. *La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad*. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, Año I, Vol. 1, No. 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT. p. 95. Tradução livre: “prática ética e confiável nos contratos resultará em um bem nas partes contratantes e, portanto, um bem-estar na comunidade e maior certeza na contratação”.

⁴⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 411-412.

“norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones”.⁴⁴⁸

Assim, significa que os contratantes com base na Boa-fé objetiva: *“deben adoptar un comportamiento leal em toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraindo); y deben también comportarse lealmente en desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituídas entre ellos”*.⁴⁴⁹

Diante dessas considerações, pode-se chegar à noção de Boa-fé objetiva, compreendendo-a como um princípio

[...] segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade. O princípio gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença. Além de criar deveres, impõe limites ao exercício dos direitos, a impedir seu uso de modo contrário à recíproca lealdade.⁴⁵⁰

A boa fé objetiva decorre da eticidade que se revela pela proteção da confiança nos contratos. Logo, os contratantes têm dever de conduta de agir de modo leal e correto, pois a Boa-fé objetiva possui “um sentido e um fim éticos, segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato.”⁴⁵¹ Desse modo, *“a partir de ahora podrán sancionarse aquellos comportamientos que sean*

⁴⁴⁸ Tradução livre: “norma jurídica completa, que, além disso, sobe à categoria ou grau de um princípio geral de direito: todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem se comportar de boa fé em suas relações recíprocas”.

⁴⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luiz. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 12. Tradução livre: “devem adotar um comportamento leal em toda a fase anterior ao estabelecimento de tais relações (diligência em contraindo); e também devem se comportar com lealdade no desenvolvimento das relações jurídicas já estabelecidas entre eles”.

⁴⁵⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun.1995. p. 18.

⁴⁵¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 130.

desleales y la voluntad abusiva de ocultarse tras la letra para sustraerse a la obligación de renegociar el contrato que se ha convertido en insoportable para el deudor."⁴⁵²

Ainda, destaca-se, que não é uma faculdade, mas um dever de conduta de agir conforme a boa-fé *"se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe."*⁴⁵³

Desse modo, pela teoria contratual moderna a função fundamental que o contrato desempenha é *"crear y mantener el equilibrio de los intereses particulares, la justa correlación entre las obligaciones del deudor y los derechos del acreedor, que en la normativa del contrato, hacen posible la realización de los fines propuestos por las partes al celebrarlo"*.⁴⁵⁴ Nessa nova perspectiva, ocorre a valorização da pessoa humana, o que revela que a Boa-fé objetiva constitui uma fonte autônoma de deveres que são independentes da vontade das partes.

Portanto, "a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se 'construir' objetivamente o regramento do negócio jurídico."⁴⁵⁵ Tal situação denota que a relação obrigacional deixa de ser estática e abstrata e passa a ser dinâmica e observada no caso concreto, considerando a real situação da pessoa humana de cada contratante.

A Boa-fé objetiva possui uma estrutura normativa complexa, pois para a sua aplicação depende da referência de outros valores e enunciados, ou seja, envolve um dever de conduta, em que os contratantes devem agir com lisura, correção, lealdade, enfim respeitando aqueles valores. Enquanto a confiança⁴⁵⁶

⁴⁵² OST, François. *Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico*. In: **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**. n. 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 610. Tradução livre: "a partir de agora, podem ser sancionados os comportamentos injustos e a vontade abusiva de se esconder atrás da carta para evitar a obrigação de renegociar o contrato que se tornou insuportável para o devedor".

⁴⁵³ Díez-PICAZO, Luiz. *Prólogo*. p.12. Tradução livre: "projeta-se, por sua vez, nas duas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé; as obrigações devem ser cumpridas de boa-fé".

⁴⁵⁴ GARFÍAS, Ignacio Galindo. **Teoría general de los contratos**. México: Editorial Porrúa, 1996. p. 454. Tradução livre: "criar e manter o equilíbrio dos interesses privados, a justa correlação entre as obrigações do devedor e os direitos do credor, que nos regulamentos do contrato, permitem cumprir os fins propostos pelas partes no momento da sua celebração".

⁴⁵⁵ FRADERA, Véra Jacob de. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42.

⁴⁵⁶ Verifica-se que, a confiança pode ser entendida como "realidade: abstracta, potencial ou concreta.

representa acreditar na efetivação das legítimas expectativas das partes ao celebrar o contrato. Logo, a confiança “é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”.⁴⁵⁷ Com isso, importante compreender que Boa-fé objetiva se distingue da noção de confiança, ressaltando que ao direito cabe “assegurar as expectativas e direccionar condutas são indubitavelmente funções primárias do direito”.⁴⁵⁸

Explica Marques que as legítimas expectativas são aquelas que formam a base do negócio sobre a qual os contratantes estabelecem o seu consentimento. Representam um “conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição de riscos.”⁴⁵⁹

É relevante gizar que a boa-fé não se confunde com mero arbítrio, devendo ser aplicada no caso concreto⁴⁶⁰ à luz dos demais princípios norteadores do sistema, alicerçados pela Constituição Federal; apresenta-se como um *standard* jurídico⁴⁶¹ que visa, no plano contratual, à manutenção do equilíbrio e da justiça⁴⁶².

1) Abstracta: a confiança é factor pré-legislativo. A regra visará criar um ambiente de confiança, mas não há que pesquisar se essa confiança foi realmente criada. O direccionamento à confiança servirá apenas como factor de interpretação das normas. 2) Potencial: exige-se a verificação histórica duma situação potencialmente apta a criar confiança; mas prescinde-se da verificação da criação subjectiva de confiança, em consequência dessa situação. 3) Concreta: implica a criação histórica duma posição de confiança dum sujeito, perante certa situação. É esta que verdadeiramente interessa, como realidade pessoal e subjectiva. As outras são ainda realidades objectivas, e assim estranhas ao sujeito. Só tem inconvenientes designá-las por si como manifestação do princípio da confiança.” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. 2. ed. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 395-396.

⁴⁵⁷ MACHADO, João Baptista. Tutela da Confiança e “*Venire contra factum proprium*”. In: **Dispersa**. V. 1. Braga: Scientia Jurídica, 1991. p. 352.

⁴⁵⁸ MACHADO, João Baptista. **Tutela da Confiança e “*Venire contra factum proprium*”**. p. 346.

⁴⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 291.

⁴⁶⁰ Critica-se a padronização de condutas para o estabelecimento da Boa-fé objetiva, por meio de expressões como “homem médio, *bônus pater familias*” e outras, que retratam o senso comum teórico. Observa-se que a Boa-fé objetiva deve ser vista no caso concreto, em face das situações peculiares e, em especial, das pessoas envolvidas no pacto, que devem ser entendidas por sua historicidade e faticidade.

⁴⁶¹ O padrão jurídico da Boa-fé objetiva não pode ser pré-dado, mas deve ser construído no caso concreto, em vista da historicidade e faticidade.

⁴⁶² A aplicação do princípio da Boa-fé objetiva com intuito de manter o equilíbrio e a justiça numa relação contratual pode ser constatada no julgado que segue: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DISTRATO. RESCISÃO. PEDIDO DO COMPRADOR. RETENÇÃO. PERCENTUAL. CLÁUSULA. ABUSIVIDADE. DIVERGÊNCIA COMPROVADA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O Superior

Portanto, mediante seu conteúdo de eticidade, mostra-se como um instrumento que impede qualquer comportamento abusivo das partes.

Ainda, para compreender a concepção da boa-fé, convém frisar que ela se divide nas formas subjetiva e objetiva e as mesmas têm explícitas diferenças. No que tange a essas distinções, a boa-fé subjetiva é “uma qualidade reportada ao sujeito”⁴⁶³, ou seja, quando a pessoa crê que está agindo conforme o direito. Logo, representa um sentimento interno, uma convicção de estar agindo certo. Aqui, o direito tutela uma crença, denominada de “estado de consciência”; um “convencimento individual” de que está atuando de acordo com o direito e possui tutela jurídica. É a “boa-fé crença”.⁴⁶⁴

A boa-fé subjetiva constitui um estado psicológico, um estado de fato, como, por exemplo, no direito brasileiro, acontece no contrato de mandato (artigo 686 do Código Civil), no pagamento de obrigações (artigo 309 do Código Civil) e no direito das coisas, com referência à posse (artigos 1201 e 1212 do Código Civil). A boa-fé subjetiva tem como polo oposto a má-fé, ou seja, o intuito de lesar outrem.⁴⁶⁵

Por outro lado, na Boa-fé objetiva⁴⁶⁶ ou também chamada de “boa-fé normativa” não designa “uma crença subjetiva, nem um estado de fato”, mas envolve, ao mesmo tempo: “(i) um instituto ou modelo jurídico”, do tipo prescritivo, que impõe condutas. A Boa-fé objetiva “não resulta de norma isolada, mas de uma estrutura normativa que a articula”; “(ii) um *standard* ou modelo comportamental” do

Tribunal de Justiça entende ser cabível a revisão de distrato de contrato de compra e venda de imóvel, ainda que consensual, em que, a despeito da quitação ampla, geral e irrevogável, exista cláusula de decaimento (abusiva), prevendo a perda total ou substancial das prestações pagas pelo consumidor, em nítida afronta ao Código de Defesa do Consumidor e aos princípios da Boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. 3. Nas hipóteses de rescisão do contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, a jurisprudência desta Corte admite a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) do total da quantia paga. 4. Agravo interno não provido.” BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 1701206/ SP**. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 17/06/2021.

⁴⁶³MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 407. Complementa o autor, definindo a boa-fé subjetiva “como a não-consciência do injusto, apesar de uma falha no direito.” p. 411.

⁴⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 411-412.

⁴⁶⁵MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 277-278.

⁴⁶⁶ A Boa-fé objetiva “es entendida aquí como un deber de conducta correcta y coherente.” CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel. **Concepción contextual de la buena fe contractual: Artículo 1.258 del Código Civil**. Disponível em <https://indret.com/concepcion-contextual-de-la-buena-fe-contractual/>. Acesso em 09 mar. 2021. p. 35.

que o direito considera como valores no meio social (lealdade, correção, probidade...); e “(iii) um princípio jurídico”, uma norma jurídica com viés axiológico.⁴⁶⁷

Em suma, a boa-fé é dividida pela doutrina moderna em duas categorias Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva que “*pur avendo punti in comune, si diversificano nettamente, riferendosi la prima, tendenzialmente, ad un comportamento oggettivo astrattamente corretto, e la seconda, allo status psicologico di un soggetto*”.⁴⁶⁸

Portanto, o princípio da Boa-fé objetiva promoveu uma significativa mudança no conceito de contrato, ao determinar, como regra de conduta⁴⁶⁹, que as partes se portem com lealdade e correção, com a finalidade de proteger mutuamente a confiança. Nesse cenário cabe ao intérprete analisar a conduta dos contratantes, partes para verificar se dentro do contexto do contrato ela é coerente com a realização das legítimas expectativas.

Seu conteúdo encerra uma cláusula geral, por isso depende do trabalho hermenêutico-argumentativo do julgador, que ao avaliar o complexo contratual, emitirá um juízo, levando em conta a lealdade das partes e a moralidade das suas pretensões. Assim, importante compreender essa opção do legislador por cláusula geral, bem como fixar as funções da Boa-fé objetiva na seara contratual.

⁴⁶⁷MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 281-282.

⁴⁶⁸ BIANCHI, Paola. *Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche* In: SOMMARIVA, Gisella Bassanelli; TAROZZI, Simona; BIAVASCHI Paola. **Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV - VII secolo, in Occidente**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2019. p. 28. Tradução livre: “apesar de ter pontos em comum, diferem significativamente, a primeira tendendo a se referir a um comportamento objetivo abstratamente correto, e a segunda, no status psicológico de um sujeito.”

⁴⁶⁹ A Boa-fé objetiva como regra de conduta pressupõe: “1º) a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma em relação à outra, ou, pelo menos, de uma delas em relação à outra; 2º) padrões de conduta exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser trazido pela noção de *bonus pater familias*; 3º) reunião de condições suficientes para criar na outra parte – contraparte – um estado de confiança no negócio celebrado, e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que estão em relação. SCHMIDT da SILVA, Agathe E. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo.” **Revista do Direito do Consumidor**, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar, 1996. p. 155.

2.3 A cláusula da Boa-fé objetiva e suas funções

A Boa-fé objetiva apresenta-se no Código Civil como um dever de conduta, de agir de modo leal e correto, que se impõe aos contratantes. Ela vem positivada no artigo 422⁴⁷⁰, por meio da instituição de uma cláusula geral nos contratos, que inaugurou uma nova fase das relações obrigacionais no direito pátrio, para regulamentar o comportamento dos contraentes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Ainda, verifica-se a positivação da Boa-fé objetiva na codificação civil brasileira, no artigo 113⁴⁷¹, como um padrão para a interpretação dos negócios jurídicos, no artigo 187⁴⁷² como um instrumento para verificar a não existência de abuso de direito, no artigo 128⁴⁷³ referindo a interpretação da condição resolutiva os contrato de trato sucessivo, no artigo 473, parágrafo único⁴⁷⁴, como limite ao direito de rescisão unilateral nos contratos de duração continuada. Ainda, nos contratos em espécie, no artigo 619⁴⁷⁵ quando regula o contrato de empreitada e nos artigos 765 e 769⁴⁷⁶ impondo relevantes deveres de conduta aos contratantes no contrato de seguro.

⁴⁷⁰ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴⁷¹ Artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...]”

⁴⁷² Artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴⁷³ Artigo 128 do Código Civil: “Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.”

⁴⁷⁴ Artigo 473 - Parágrafo único, do Código Civil: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

⁴⁷⁵ Artigo 619 do Código Civil: “Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.”

⁴⁷⁶ Artigo 765 do Código Civil: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” Artigo 769 do Código Civil: “O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”

2.3.1 A Boa-fé objetiva como cláusula geral

O Código Civil de 2002 seguindo a tendência das codificações da segunda metade do Século XX, inovou na técnica e na linguagem legislativa ao positivar normas abertas, em especial no campo das obrigações contratuais pela cláusula geral da Boa-fé objetiva. Assim, em meio a uma realidade social que é revolucionada com a tecnologia, com os meios de comunicação que rompem distâncias, que se revela hipercomplexa e globalizada, o legislador optou por estabelecer normas em que o conteúdo seja preenchido diante do contexto social e econômico, o que mantém o direito vivo e consentâneo à realidade.

Explica Couto e Silva que o Código Civil deve ser amplo, o que justifica sua linguagem conter “Cláusulas gerais”, ou seja, “um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o ‘corpus juris’ vigente com princípios”. Logo, o “juiz é, também, um legislador para o caso concreto”. A codificação civil brasileira assumiu “progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito”.⁴⁷⁷

Nesse contexto, também merece destaque a Constituição Federal de 1988, que diferente das anteriores “reclama, para que possa ser compreendida [=interpretada], a instalação de um ‘modo de pensar principiológico’”, proporcionando que essa realidade irradie seus efeitos sobre todo o ordenamento, inclusive o civil. A Constituição de 1988 trouxe de modo de modo irrefutável “a afirmação de que os princípios consubstanciam *norma jurídica*, passamos a viver um novo positivismo, na medida em que não apenas *positivismo de regras [= normas] jurídicas*, mas *positivismo de normas [= regras e princípios]*”.⁴⁷⁸

Com isso, compreende-se a opção do legislador da codificação civil brasileira, quando adotou “modelos jurídicos” do tipo “abertos” que se apresentam

⁴⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 25 Número 97 jan./mar. 1988. p. 180.

⁴⁷⁸ GRAU, Eros. Apresentação do livro. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p.16. Grifos do autor.

por normas, que estabelecem possibilidades ao juiz e a doutrina de colaborar na construção de seu conteúdo, por meio de “conceitos integradores da compreensão da ética”.⁴⁷⁹ Em especial, no direito contratual, dentre outras, apresentam-se as noções de equidade, probidade, função social, equilíbrio contratual e de Boa-fé objetiva objeto desse estudo.

Desse modo, o sistema jurídico pode ser visto como uma ordem axiológica ou teleológica⁴⁸⁰, com a presença de princípios e Cláusulas gerais que expressem valores e promovam uma ligação intersistêmica. Justifica que o ordenamento deriva “a partir da regra da justiça [...], de natureza valorativa”, logo “o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica”.⁴⁸¹

As Cláusulas gerais e os princípios são espécies de “normas abertas ou vagas”, também denominados de “enunciados elásticos, porosos ou dúcteis” que se caracterizam “pela ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.”⁴⁸²

Quanto às Cláusulas gerais⁴⁸³, Wieacker refere que constituem “uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo a auto responsabilidade dos juízes e a uma ética social transposta”. Explica sua origem, mencionando que, o

⁴⁷⁹ REALE Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994. p. 95.

⁴⁸⁰ Canaris explica que a expressão teleológica não é utilizada “no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins [...], mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a ‘jurisprudência das valorações’, é equiparada à jurisprudência ‘teleológica’”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 66-67.

⁴⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 66.

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.133.

⁴⁸³ Refere Veluzzi que as Cláusulas gerais são denominadas de “*norma elastica, standard, concetto indeterminato o generico, potere di integrazione ou concretizzazione*.” Tradução livre: “norma elástica, padrão, conceito indeterminado ou genérico, poder de integração ou concretização”. VELLUZZI, Vito. **Le clause generali: semantica e politica del diritto**. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 23-24.

padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho - através da referência à 'boa fé'(*sic*), aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. - em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar.⁴⁸⁴

Na mesma linha, afirma Aguiar Júnior que “há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso”.⁴⁸⁵ Tal modelo normativo mantém a norma adaptada ao direito, à realidade social e à situação a ser analisada.

Ainda, Velluzzi menciona que o sintagma Cláusulas gerais pode ser encontrado como três termos recorrentes, sendo eles:

*a) le clausole generali sono norme o parti di norme elastiche, indeterminate; b) ciò comporta la necessità di una loro integrazione da parte del giudice per poterne determinare il significato; c) tale integrazione (a volte denominata 'concretizzazione') è un giudizio di valore che può essere compiuto sulla base di svariati criteri (in certune occasioni denominati 'standard').*⁴⁸⁶

Assim, as Cláusulas gerais são “instrumento de concretização de valores normativos e princípios superiores, em que o seu conteúdo não é fixo, visto que ligado aos interesses reclamados no caso concreto”.⁴⁸⁷

Com relação aos princípios, também, constituem normas jurídicas caracterizadas pela vagueza semântica, nas palavras de Zagrebelsky são “*normas*

⁴⁸⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. p. 545-546.

⁴⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. p. 20.

⁴⁸⁶ VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali: semantica e politica del diritto**. p. 24. Tradução livre: “a) as Cláusulas gerais são normas ou partes de normas elásticas, indeterminadas; b) implica a necessidade de sua integração pelo juiz para poder determinar seu sentido; c) esta integração (às vezes chamada de 'concretização') é um julgamento de valor que pode ser feito com base em vários critérios (em certas ocasiões, referido como 'padrão')”.

⁴⁸⁷ FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004. p. 28. Optou-se por colocar a tradução livre no texto. “*Sulle concetto di clausole generali, quale strumento di concretizzazione di valori normativi e principi superiori, il cui contenuto non è fisso, in quanto collegato agli interessi richiamati nel caso concreto*”.

*naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. [...] Los principios contienen 'conceptos' (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.) que [...] viven a través de sus 'concepciones', cambiantes en el tiempo."*⁴⁸⁸

No âmbito do direito interno, menciona Fachin que "os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da 'repersonalização', que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia."⁴⁸⁹

A Boa-fé objetiva positivada no artigo 422 do Código Civil, constitui uma cláusula geral que se refere a um princípio, "reenviando ao valor que este exprime". Assim, ao mesmo tempo configura uma cláusula geral e um princípio.⁴⁹⁰ Com isso, a norma que impõe os deveres decorrentes da Boa-fé objetiva configura um princípio, que se apresenta no sistema jurídico por meio de uma cláusula geral com conteúdo abstrato e aberto, o qual deve ser revelado diante do caso concreto.

Explica Ródenas, que a inclusão de conceitos valorativos no direito, como por exemplo o da "boa-fé", tornou-se tendência mais visível no constitucionalismo moderno, visto que representa uma característica dos sistemas jurídicos incluir tais conceitos. Nesses casos, o legislador "*abre una puerta de entrada a la moral en el derecho, renunciando a regular los casos mediante propiedades descriptivas y requiriendo del aplicador del derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor.*"⁴⁹¹

Desse modo, a norma que positivou a Boa-fé objetiva no § 242 do Código Civil alemão serviu de paradigma para várias legislações, inclusive a codificação civil brasileira, que pelo artigo 422, apresenta-se por cláusula geral. Nessa linha, verifica-se que as Cláusulas gerais se diferenciam dos demais

⁴⁸⁸ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 91-104. p. 98. Tradução livre: "padrões naturalmente abertos a desenvolvimentos futuros. [...] Os princípios contêm 'conceitos' (humanidade, dignidade, igualdade, liberdade, etc.) que [...] vivem através de suas 'concepções', mudando ao longo do tempo".

⁴⁸⁹FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. p. 74.

⁴⁹⁰MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 171.

⁴⁹¹RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 93. Tradução livre: "abre uma porta de entrada para a moralidade do direito, renunciando a regular os casos por meio de propriedades descritivas e exigindo que os requerentes da lei os esclareçam com base em considerações baseadas em juízos de valor".

preceitos jurídicos, *por dois motivos: “de un lado por su configuración indeterminada (precisamente cuanto a cláusula general) y de outro lado por el reenvío que hace a preceptos (buena fe) o criterios sociales (usos del tráfico) no positivados, sino metajurídicos.”*⁴⁹²

Percebe-se que o princípio da Boa-fé objetiva está previsto como pensamento regulador das relações contratuais (os contratantes têm o dever de se portar de acordo com os ditames da boa-fé), ao passo que a cláusula geral da Boa-fé objetiva age para instrumentalizar e concretizar o conteúdo do princípio (concede poderes ao juiz para determinar no caso em análise qual o comportamento deve ser observado pelos contratantes). Desse modo, a aplicação da cláusula geral da boa-fé concretiza o conteúdo do princípio da boa-fé, criando deveres anexos, limitando direitos subjetivos e servindo de interpretação ao conteúdo do contrato.

2.3.2 As funções da Boa-fé objetiva

A Boa-fé objetiva visa tutelar a confiança depositada na relação contratual e impõe deveres para ambas as partes da relação obrigacional, no sentido de agir com retidão, lealdade e honestidade, importando-se com os interesses mútuos envolvidos. A par disso, necessário compreender sua aplicação através da análise de suas funções, ou seja, na realidade fático-jurídica que envolve os contratos.

Para tanto, fez-se a opção de seguir uma classificação realizada pela doutrina nacional.⁴⁹³ Justifica-se a escolha para que, mais adiante, se possa fazer o

⁴⁹² WIEACKER, Franz. ***El principio general de la buena fe***. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 32-33. Tradução livre: “por um lado devido à sua configuração indeterminada (justamente no que se refere a uma cláusula geral) e, por outro, devido ao encaminhamento de preceitos (boa-fé) ou critérios sociais (usos do trânsito) que não são positivos, mas metajurídicos.”

⁴⁹³ Com relação a doutrina estrangeira destaca-se o pensamento de Franz Wieacker que defende a tríplice função do parágrafo 242 do BGB, que positivava a Boa-fé objetiva no direito alemão. Menciona as funções: “a) *el juez actúa en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito y en virtud de su officium iudicis se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal*; b) *el juez actúa con mayor libertad y praeter legem, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa. [...] c) finalmente. La aplicación del 242 se realiza contra legem, mediante la ruptura que de la jurisprudencia acomete hacia un nuevo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguarda del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes.*” WIEACKER, Franz. ***El principio general de la buena fe***. p. 51. Tradução livre: “a) o juiz atua no estrito

cotejo e compreensão da argumentação jurídica utilizada nas decisões, afim de entender a realidade de concretização do respeito à pessoa, nas relações contratuais no Brasil.

Com relação a escolha da autora, optou-se pela lição da professora Judith Martins-Costa, estudiosa da Boa-fé objetiva, com obra publicada, ainda, no ano de 1999 (antes da positivação da cláusula geral da boa-fé e entrada em vigor do Código Civil). Também, a mencionada doutrinadora publicou recentemente outro livro, abordando os critérios da aplicação da boa-fé, com especial análise da temática, nesses quase vinte anos de vigência da codificação civil pátria.

Nesse sentido, à luz do atual⁴⁹⁴ pensamento de Judith Martins-Costa, observa-se que a Boa-fé objetiva no direito contratual brasileiro apresenta três funções, quais sejam: a hermenêutica, para verificar o sentido e o alcance do contrato; a integradora, para completar o contrato com a criação de deveres jurídicos às partes; e a de correção do conteúdo do contrato. Destaca-se que não se discute se a classificação é “falsa ou verdadeira”, mas sim “útil ou inútil”, “pertinente ou não pertinente” para a efetivação da cláusula geral da Boa-fé objetiva.⁴⁹⁵

Veja-se, na mesma linha de pensamento, que Teresa Negreiros explica que Boa-fé objetiva “atua como eixo comum de diversas teorias que vêm difundindo seja na formulação de critérios de interpretação-integração do contrato, seja para impor a criação de deveres no contexto da relação contratual, ou para limitar o

cumprimento da ordem jurídica escrita e em virtude de sua *officium iudicis* limita-se a especificar o projeto previamente estabelecido e previsto no regulamento legal; b) O juiz atua com maior liberdade e *praeter legem*, quando exige que as partes se comportem lealmente no exercício ou na defesa dos seus direitos. [...] c) finalmente. A aplicação do 242 realiza-se *contra legem*, através da ruptura que a jurisprudência empreende para um novo Direito judicial, que vai além, tanto da realização de um projeto legislativo como da salvaguarda do Direito e da justiça no comportamento concreto das partes”.

⁴⁹⁴ Na obra “A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”, de 1999, Judith Martins-Costa entendia que as funções da Boa-fé objetiva eram: “ (i) função hermenêutico-integrativa (agregando, pois, ambas as funções); (ii) de limite (não discernindo, porém, entre o limite à conduta contraditória das partes e a correção do conteúdo contratual); (iii) de criação de deveres, não especificando suficientemente, todavia, naquela altura, nem a temática da integração de lacunas, nem a distinção entre as espécies de deveres.” Refere a autora que, em face desse período de aplicação da norma, desde a vigência do Código Civil, bem como pelas decisões judiciais que formam a jurisprudência sobre a matéria, entendeu por bem, promover uma readequação da classificação das funções da Boa-fé objetiva, conforme exposto no texto do presente estudo. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 484.

⁴⁹⁵MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 484.

exercício de direitos”.⁴⁹⁶

Na função hermenêutica, a Boa-fé objetiva representa um cânone que serve para interpretar as disposições contratuais; está ligada à autonomia da vontade e atua como um mandado de otimização de conduta, pelo qual o contrato tem que ter um sentido. É a regra dirigida ao juiz para que ele não permita que o contrato atinja finalidades opostas para as quais foi criado.⁴⁹⁷

Observa-se que a palavra cânone⁴⁹⁸ deriva do grego “*kanon*”, que “*significa ‘vara’ o ‘regla’ y originalmente significó uma ‘regla, ley o decreto de la Iglesia’. Luego adquirió el sentido de ‘estándar de juzgamiento o autoridade, examen, criterio o medio de discriminación’*”.⁴⁹⁹ Assim, em caso de litígio o juiz deverá compreender o sentido, definir o alcance das disposições contratuais e verificar se a atuação dos contratantes, obedeceu o padrão da Boa-fé objetiva.

Assim, a Boa-fé objetiva apresenta-se na condição de elemento capaz de promover a interpretação do conteúdo do negócio jurídico, para esclarecer e demonstrar o verdadeiro teor da manifestação da vontade das partes naquela relação, bem como para ligar as disposições contratuais entre si, a fim de que possam ser vistas como um conjunto que tenha uma finalidade e função social.

Caberá ao juiz promover a interpretação das cláusulas contratuais considerando-as como um “*conjunto significativo*”, ou seja, compreendendo-as como um todo que forma a relação obrigacional. Afirma Couto e Silva que, às vezes torna-

⁴⁹⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. p. 130.

⁴⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. p. 428.

⁴⁹⁸ Explicam Balkin e Levinson a importância de entender o que é canônico no estudo do direito, referem que “*no hay mejor forma de entender una disciplina – sus temas básicos, sus inquietudes e intereses actuales – que estudiar qué piensan sus miembros sobre lo que es canónico para esa disciplina. El estudio de los cánones y la canonicidad es la llave para entrar en los secretos de una cultura y sus formas características de pensamiento*.” Tradução livre: “não há melhor maneira de entender uma disciplina - seus temas básicos, suas preocupações e interesses atuais - do que estudar o que seus membros pensam sobre o que é canônico para aquela disciplina. O estudo dos cânones e da canonicidade é a chave para entrar nos segredos de uma cultura e suas formas características de pensamento.” BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. *Los cánones en el derecho constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 31-105. p. 36.

⁴⁹⁹ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. **Los cánones en el derecho constitucional**. p. 36. Tradução livre: “significa ‘vara’ ou ‘regra’ e originalmente significava uma ‘regra, lei ou decreto da Igreja’. Em seguida, adquiriu o sentido de ‘padrão de julgamento ou autoridade, exame, critério ou meio de discriminação’”.

se difícil distinguir se se está diante do efeito da hermenêutica integrativa proveniente da Boa-fé objetiva ou da própria aplicação daquele princípio.⁵⁰⁰

Analisar a Boa-fé objetiva no plano interpretativo envolve conjugar padrões para “averiguar como se individua, *in concreto*, o comportamento segundo a boa-fé, ou como é singularizado, também *in concreto*, um significado (do contrato, do comportamento contratual) de acordo à boa-fé.”⁵⁰¹ Nas palavras de Diener, interpretar o contrato conforme a boa-fé, significa dizer “*secondo un criterio di correttezza e lealtà, in modo tale da tutelare i ragionevoli affidamenti di ciascuna parte sul significato dell'accordo*”⁵⁰², e isso somente acontecerá diante do caso em concreto.

Verifica-se que o Código Civil, no título do negócio jurídico, disciplina a importância da interpretação do contexto, mas levando em consideração a coerência e a totalidade das disposições contratuais. Assim, determina o artigo 112⁵⁰³ que a declaração da vontade deve ser entendida mais pela intenção dos contratantes do que pelo sentido literal da linguagem, pois em algumas vezes as palavras são insuficientes para resolver todas as especificidades do caso. Já, o artigo 423 do Código Civil, disciplina quanto a interpretação mais favorável ao aderente do contrato de adesão.⁵⁰⁴

Refere Martins-Costa que, o entendimento reiterado dos tribunais afastam uma interpretação literal “de termos isolados em prol de uma interpretação sistemática do contrato que privilegie a vontade das partes a luz da integralidade do contido na declaração negocial, da boa-fé, aliada aos usos, à conduta das partes e ao fim econômico” do contrato. Logo, a interpretação não pode se dar por elementos unicamente gramaticais.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. p. 33.

⁵⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 488.

⁵⁰² DIENER, Maria Cristina. **Il contratto in generale**. Milano: Giuffrè Editore, 2002. p. 471. Tradução livre: “de acordo com um critério de correção e lealdade, de forma a resguardar as expectativas razoáveis de cada parte sobre o significado do contrato”.

⁵⁰³ Artigo 112 do Código Civil: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

⁵⁰⁴ Artigo 112 do Código Civil: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

⁵⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 501.

Ainda, dispõe o artigo 113 do Código Civil⁵⁰⁶, sobre a interpretação de acordo com a boa-fé, salienta-se que a chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874) em 2019, acrescentou dois parágrafos e cinco incisos no mencionado artigo, visando balizar a atividade interpretativa do magistrado. Tal modificação traz ares de predominância da autonomia privada, em especial, quando permite que as partes pactuem regras de interpretação.

Também, a Lei n. 13.874/2019 acrescentou o artigo 421-A com a presunção de que os contratos civis são paritários, exceto se houver prova em contrário ou disciplina em lei especial. Salienta-se, que estabeleceu no inciso I, que as partes podem fixar critérios objetivos de interpretação de cláusulas, bem como de motivos de revisão dos contratos. Novamente, se observa que tais modificações dão realce à autonomia privada, em detrimento à eticidade e à socialidade.

Com isso, a função hermenêutica decorrente da Boa-fé objetiva conduz a que o magistrado possa concretizar o “respeito a recíproca confiança” entre as partes, permitindo que o contrato atinja uma finalidade.⁵⁰⁷

A segunda função da Boa-fé objetiva é a “integradora da obrigação, atuando como fonte de direito e obrigações ao lado do acordo de vontades”⁵⁰⁸, no sentido de completar o contrato em caso de lacunas, bem como pela criação e ampliação de deveres, na perspectiva de que a relação obrigacional é dinâmica.

Esclarece Couto e Silva que “por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração.”⁵⁰⁹ Nessa senda, a Boa-fé objetiva implica que

⁵⁰⁶ Artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.”

⁵⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** p. 437.

⁵⁰⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa fé na relação de consumo.** p. 25.

⁵⁰⁹ COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** p. 33.

o contrato não seja visto de forma estática, mas, sim, como um processo, em que existe a ampliação de direitos e deveres para ambas as partes⁵¹⁰.

No que se refere à função integrativa, a cláusula geral da Boa-fé objetiva serve “para identificar outros deveres, outras proibições que não aqueles postos explicitamente pelas partes ou previstos na disciplina legislativa específica do tipo contratual (legal ou social) em causa.”⁵¹¹ A integração inicia pela interpretação⁵¹², que apontará que há algo a ser preenchido no contrato, compreendendo lacunas, e assim, são estabelecidos deveres que compõem o próprio conteúdo do contrato.

As lacunas podem ser teleológicas e axiológicas, se apresentam como “um vazio” que se encontra no contrato (que pode ser intencional ou não) e deve ser preenchido para coadunar a obrigação contratual com o ordenamento jurídico, permitir o adimplemento e que o pacto atinja a sua finalidade. Nessa linha, a boa-fé aparece juntamente com os outros meios de integração, como a analogia ou princípios gerais do direito. Contudo, levará em conta para integrar as lacunas o “conjunto significativo” que compõe a situação fática do contrato.⁵¹³

Nessa linha, na criação de deveres anexos, deve ser levado em consideração “cada caso em particular para averiguar quais são os deveres que, a despeito de não pactuados, são juridicamente exigíveis.”⁵¹⁴ Assim, pelo viés integrativo a Boa-fé objetiva vem a completar o “conteúdo contratual com deveres que compõem, substancial e concretamente, o contrato”.⁵¹⁵

Esses deveres⁵¹⁶ decorrem da Boa-fé objetiva e impõem às partes que seu comportamento seja adequado à confiança que ambos depositaram no pacto,

⁵¹⁰ Refere Couto e Silva que “a modificação operada nos cânones hermenêuticos deve ter concorrido para esmaecer a importância do “dogma da vontade” e com isso permitir um tratamento objetivo da relação obrigacional”. FRADERA, Vera Jacob de. **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva**. p. 42.

⁵¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 563.

⁵¹² Importante mencionar a diferença entre interpretar e integrar: “interpreta-se ‘algo’ (texto, conduta) que objetivamente existe” para determinar o conteúdo do negócio jurídico. Já, “integra-se o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente de presença de algo que lá deveria estar.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 561.

⁵¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 567-572.

⁵¹⁴ UDA, Giovanni Maria. *Buona Fede Oggettiva e Economia Contrattuale*. In: **Rivista di Diritto Civile**. Ano XXXVI. 1995. p. 370.

⁵¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 572.

⁵¹⁶ Observa-se na ementa o descumprimento de deveres anexos de lealdade e de informação: “CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. FRANQUIA.

envolvendo: a cooperação para que ocorra o adimplemento e a lealdade das partes em face de sua probidade; a informação para fundamentar o consentimento na avença ou as modificações no seu desenvolvimento; e a proteção dos legítimos interesses de ambos contratantes, para que não resultem danos.

Os primeiros são chamados de instrumentais ou anexos e vinculam-se aos interesses de prestação e o último, aos interesses de proteção. Todavia, “ambos constituem, fundamentalmente, deveres de cooperação (em sentido amplo) e proteção de recíprocos interesses dos contratantes.”⁵¹⁷ Destaca-se que, embora a

BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. LEALDADE. INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. PROTEÇÃO. PADRÕES DE COMPORTAMENTO (STANDARDS). DEVER DE DILIGÊNCIA (*DUE DILIGENCE*). HARMONIA. INADIMPLEMENTO. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. 1. Cuida-se de ação de resolução de contrato de franquia cumulada com indenização de danos materiais, na qual se alega que houve descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual, com a omissão das circunstâncias que permitiriam ao franqueado a tomada de decisão na assinatura do contrato, como o fracasso de franqueado anterior na mesma macrorregião. 2. Recurso especial interposto em: 23/10/2019; conclusos ao gabinete em: 29/10/2020; aplicação do CPC/15. 3.O propósito recursal consiste em definir se a conduta da franqueadora na fase pré-contratual, deixando de prestar informações que auxiliariam na tomada de decisão pela franqueada, pode ensejar a resolução do contrato de franquia por inadimplemento 4. Segundo a Boa-fé objetiva, prevista de forma expressa no art. 422 do CC/02, as partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade, de modo a permitir a concretização das legítimas expectativas que justificaram a celebração do pacto. 5. Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da Boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, que impõe que o contratante seja alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente. 9. O princípio da Boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes. Precedentes. 10. Ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (*due diligence*), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da Boa-fé objetiva, em atitude cooperativa. 11. O incumprimento do contrato distingue-se da anulabilidade do vício do consentimento em virtude de ter por pressuposto a formação válida da vontade, de forma que a irregularidade de comportamento somente é revelada de forma superveniente; enquanto na anulação a irregularidade é congênita à formação do contrato. 12. Na resolução do contrato por inadimplemento, em decorrência da inobservância do dever anexo de informação, não se trata de anular o negócio jurídico, mas sim de assegurar a vigência da Boa-fé objetiva e da comutatividade (equivalência) e sinalagmaticidade (correspondência) próprias da função social do contrato entabulado entre as partes. 12. Na hipótese dos autos, a moldura fática delimitada pelo acórdão recorrido consignou que: a) ainda na fase pré-contratual, a franqueadora criou na franqueada a expectativa de que o retorno da capital investido se daria em torno de 36 meses; b) apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos; e c) a probabilidade de que a franqueada recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível. 11. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1862508 -SP**. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 18/12/2020.

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 572-573.

doutrina venha a catalogar os deveres anexos, a lista não é taxativa, visto que, o surgimento deles depende do caso em concreto.

Com relação aos deveres anexos de cooperação e de lealdade são correlatos⁵¹⁸ e exigem “correção de conduta”, ou seja, “ser correto é ser leal”. Esses deveres são qualificados pela finalidade de alcançar o adimplemento contratual e devem ser exigidos de ambas as partes.⁵¹⁹ Assim, a correção e lealdade obriga os contratantes de “absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio o desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.”⁵²⁰ Ambos devem cooperar para que o desiderato do contrato seja atingindo.

Quanto aos deveres informativos, podem decorrer de lei, do contrato ou da Boa-fé objetiva. Envolvem no sentido lato os deveres de “informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar. No sentido estrito abarca a informação, *tout court*.”⁵²¹ A informação⁵²² deve ser clara, adequada e completa pois com base nela as partes depositarão confiança uma na outra para atingir as legítimas expectativas.

O dever de esclarecimento obriga que as partes, na vigência da relação contratual, informem-se “mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham [...] relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir.”⁵²³

⁵¹⁸ Destaca-se que, “a concepção de sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação”. FRADERA, Vera Jacob de. **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva**. p. 43.

⁵¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 574.

⁵²⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 606.

⁵²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p.579.

⁵²² Cumpre mencionar a importância da informação nos contratos, ou seja, “*la información aparece cumpliendo una función de transcendencia, así en la toma de decisiones (aspecto psicológico); en la conveniencia o utilidad de los precios y sus financiamientos (aspectos económicos); la cobertura o satisfacción de una necesidad (aspecto antropológico); la defensa o tutela del consumidor (aspecto jurídico) etc., sin embargo no podemos afirmar o fundamentar con firmeza y convicción que socialmente esto sea satisfactorio*”. Tradução livre: “a informação aparece cumprindo uma função de transcendência, portanto, na tomada de decisão (aspecto psicológico); na conveniência ou utilidade dos preços e seu financiamento (aspectos econômicos); a cobertura ou satisfação de uma necessidade (aspecto antropológico); a defesa ou proteção do consumidor (aspecto jurídico) etc., porém não podemos afirmar ou fundamentar com firmeza e convicção que isso é socialmente satisfatório”. GHERSI, Carlos. *Derecho e información*. **Revista de Direito Privado**. n. 14. Abr./jun., 2003. p. 55.

⁵²³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 605.

No que tange aos deveres de proteção são, também, denominados de laterais, e podem ser catalogados no sentido amplo ou estrito. No primeiro, “abrangem condutas positivas e negativas; num sentido estrito, correspondem apenas ao dever negativo de proteção contra danos que podem advir do contrato considerado como fato social”. A fundamentação dos deveres de proteção reside na Boa-fé objetiva e têm correlação com os interesses de proteção, como, por exemplo: “deveres de proteção e cuidados com a pessoa e patrimônio”; “deveres de omissão e de segredo” (sigilo); “deveres referentes ao resguardo da esfera jurídica de terceiros”.⁵²⁴

Pelo dever de proteção⁵²⁵ “considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios”.⁵²⁶

Ainda, no dever de proteção, surge a exigência de mitigar o próprio prejuízo, sendo que “a parte que alegar ter ocorrido descumprimento do contrato deve tomar todas as medidas plausíveis para mitigar o dano sofrido, não agravando a situação do devedor”.⁵²⁷

Portanto, a boa-fé “[...] *per il fatto che abbraccia la totalità del contegno, ha precisamente la portata [...] o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto o eventualmente di restringere questi obblighi contrattuali [...]*”.⁵²⁸ Desse modo, os deveres instrumentais (anexos ou laterais) que se originam

⁵²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 598-599.

⁵²⁵ Cumpre referir o clássico exemplo de dever instrumental decorrente da Boa-fé objetiva, decorrente do direito alemão: “A senhora W, de manhã, às 8hs 45min., entra na casa comercial de têxteis K para na seção de miudezas, comprar botões. Ela tropeça, cai, sofre uma fratura no colo da coxa. Uma investigação constata que ela veio a cair devido a um botão esférico que, na seção de miudezas, estava no chão. K, o dono da casa comercial, acha que, presumivelmente, uma freguesa tirara o botão de um gaveta e o deixara cair. Sobre a limpeza do estabelecimento, que diz estar muito bem organizada, nunca ouvira queixas. Apesar disso, a senhora W pede indenização de K’. A solução indica a este caso pelo tribunal alemão fundou-se na Boa-fé objetiva, *entendida como norma de conduta que ordena a consideração pelos interesses legítimos do ‘alter’*, o qual não se colocava nem mesmo, ainda, como parceiro contratual. Entendeu-se que a freguesa que caiu sobre um botão, mesmo antes de efetuada a compra e, portanto, concluído o contrato, tinha pretensão indenizatória contra aquele que, negligentemente, deixou no chão o botão, ou contra o que descumpriu dever de diligência” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p.413.

⁵²⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. p. 604.

⁵²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p.606.

⁵²⁸ Tradução livre: A boa-fé [...] pelo fato de abranger a totalidade dos comportamentos, tem justamente o alcance [...] quer de expandir as obrigações literalmente assumidas por meio do

no contrato são “avoluntarísticos”. Eles “passam a integrar a relação contratual, ainda que não expressamente previstos no instrumento”⁵²⁹, pois não decorrem da vontade das partes, mas constituem deveres jurídicos que provêm da boa-fé; não têm como objeto a prestação principal, nem assegurar o cumprimento da obrigação, mas nascem para tornar o adimplemento pleno e satisfatório.

Explica Menezes Cordeiro que “o dever de actuação segundo a boa fé (sic) implica, seguramente, o de não prejudicar, mediante condições negociais gerais, de modo desproporcionado, a contraparte”. Nesse sentido, “a desproporção pode ser determinada [...] tomando por bitola a regulação supletiva normal, consagrada na lei ou o tipo contratual normal, atentos os fins deste e os que o contrato questionado permita obter.”⁵³⁰

A função integradora da Boa-fé objetiva não tem somente o “*senso del completamento del regime lacunoso mediante l'identificazione di obblighi aggiuntivi, ma anche nel senso della modifica sostanziale del dictum originário*”. Essa criação de deveres é “*destinata a garantire la concreta realizzazione degli obiettivi complessivamente prefigurati dai paciscenti*”.⁵³¹ Assim, alcançar as legítimas expectativas, significa tutelar a confiança depositada pelos contratantes.

A terceira função da Boa-fé objetiva é a corretora, e possui uma dúplice divisão, qual seja: corretora do exercício dos direitos e corretora do conteúdo contratual. Na primeira a “boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude”, visa impedir o exercício “desleal, incoerente, imoderado ou irregular dos direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.”. Na segunda, denomina-se de função “ajustamento do conteúdo

contrato, quer eventualmente, de restringir essas obrigações contratuais [...]” BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè Editore, 1953. p. 63.

⁵²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 572.

⁵³⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 659.

⁵³¹ SPADAFORA, Antonio. **La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 212. Tradução livre: não tem somente o “sentido de corrigir o regime lacunoso mediante a identificação das obrigações anexas, mas também no sentido de modificar substancialmente o *dictum originário*”. Essa criação de deveres “visa garantir a concreta realização dos objetivos conjuntamente prefigurados pelos contratantes”.

contratual”, visto que tem por intuito a correção do conteúdo do contrato, nos casos de “abusividade e de desequilíbrio contratual”.⁵³²

A função corretora do exercício jurídico dos direitos dos contratantes, envolve figuras criadas pela doutrina e jurisprudência como, por exemplo, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*. Elas têm em comum a proibição dos contratantes de exercer direitos subjetivos “em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a norma de conduta pautada pela boa-fé”.⁵³³ Ainda, o exercício dos direitos subjetivos das partes pode ser limitado pela teoria do adimplemento substancial, visto que o adimplemento muito próximo ao final, fundado na Boa-fé objetiva, exclui o direito resolutório da outra parte, só permanecendo perdas e danos.⁵³⁴ Passa-se a análise das mencionadas figuras.

O *venire contra factum proprium* consiste no “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”⁵³⁵, revelando-se um modo de violar a confiança que estrutura a relação contratual. Em outras palavras, acontece quando uma parte gera a expectativa legítima que seguirá determinada conduta, obtendo a fundada confiança da outra parte. Porém, sem justo motivo, a primeira não cumpre a prestação ou não celebra o contrato, rompendo a confiança. Observa-se que são dois comportamentos lícitos da mesma parte e diferidos no tempo em dois momentos: o primeiro é um fato próprio (criar a expectativa legítima) e o segundo, um voltar contra fato próprio, sem justo motivo (frustrar a expectativa legítima).⁵³⁶

Essa contradição não exige culpa, mas revela uma conduta que fere a Boa-fé objetiva e gera responsabilidade à parte. Nessa linha, “o dever de não agir contraditoriamente, de atuar de acordo com os padrões [...] de correção e lealdade,

⁵³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 625.

⁵³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 672.

⁵³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. p. 458.

⁵³⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 742.

⁵³⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 745.

é infringido sempre que o desrespeito pela confiança legítima da contraparte possa ser imputado ao titular do direito, mesmo que só a título objetivo”.⁵³⁷

Desse modo, o *venire contra factum proprium* visa impedir atos de deslealdade que violam a confiança. A Boa-fé objetiva incide “como norma de coerência contratual, consoante o grau de vinculação entre os sujeitos, [...] segundo o setor do tráfego social considerado e conforme a legitimidade da expectativa suscitada no *alter*.”⁵³⁸ Não admitir a contradição⁵³⁹ da própria conduta se fundamenta na “*fides*”, na confiança, na mesma exigência de manter a palavra, na “virtude jurídica da “*constantia*”, da lealdade, que é incompatível com a contradição.”⁵⁴⁰

O *tu quoque*⁵⁴¹ traduz “uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”⁵⁴², ou seja, o contratante que viola disposição decorrente de lei ou do contrato não pode se beneficiar da situação jurídica prevista na norma violada sem ferir a Boa-fé objetiva. Justifica-se tal regra no sinalagma que deve existir nos contratos, mantendo o equilíbrio das prestações e a respectiva confiança entre os contratantes.

A figura do *tu quoque* refere-se a uma situação de deslealdade de quem merecedor de confiança, que invoca a utilização de “dois pesos e duas medidas”, ou de “não fazer aos outros o que não se quer para si próprio”. Assim, quando simultâneas as obrigações quem não cumpriu sua prestação, não pode exigir que o

⁵³⁷ NORANHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. p. 185.

⁵³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 688.

⁵³⁹ Refere-se que, o *venire contra factum proprium* não deve ser confundido com “a proibição de invocar a própria torpeza”, ou seja, o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. O primeiro se fundamenta na confiança criada, que proíbe uma conduta de voltar atrás; já o segundo tem como característica uma conduta que envolve dolo, torpeza, má-fé ou malícia. O *venire* proíbe “a contradição objetiva entre dois comportamentos”, enquanto o *nemo auditur* reprime o dolo (a torpeza). SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. **Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 168.

⁵⁴⁰ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. p. 61.

⁵⁴¹ Menezes Cordeiro exemplifica esta regra citando uma decisão da Corte Alemã: “Quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 839-840.

⁵⁴² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 837.

outro cumpra⁵⁴³. Logo, “não é lícito exigir de outrem determinada conduta (ou prestação) se quem exige deveria ter tido a mesma conduta (ou ter prestado), mas não o fez (ou não prestou)”.⁵⁴⁴

O fundamento do *tu quoque* é a comutatividade, ou seja, a equivalência das prestações. Então, à luz da Boa-fé objetiva, existe um limite ao exercício jurídico, em que o contratante que não cumpriu norma legal ou contratual, não pode exigir do outro o cumprimento de preceito que ele mesmo descumpriu. Ainda, refere-se que a parte que se encontra em mora, também tem limitado seu direito subjetivo de buscar a revisão ou a resolução contratual.⁵⁴⁵

A *supressio* representa uma criação jurisprudencial alemã⁵⁴⁶ que envolve a “perda do direito subjetivo” em virtude da “inatividade do titular”. Essa inatividade deve ter “perdurado por um período não determinado *a priori*, apresenta-se em face de circunstâncias idôneas a determinar, na contraparte, um investimento de confiança merecedor de proteção com base no princípio da boa-fé”.⁵⁴⁷

A *supressio* também é denominada de “demora injusta”, momento que o direito subjetivo ou a pretensão do titular não pode ser exercida, pois por longo período não se preocupou em fazê-lo, revelando sua omissão. Tal conduta causa a convicção a parte contrária que de modo objetivo, esse direito não será mais exercido. Assim, presentes três elementos configurados da *supressio*: “*la omisión del ejercicio del derecho; el transcurso de un período de tempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado*”.⁵⁴⁸

⁵⁴³ A exceção de contrato não cumprido, prevista no artigo 473 do Código Civil positiva essa regra.

⁵⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 703.

⁵⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 249.

⁵⁴⁶ A figura da *supressio* surgiu no direito alemão, sendo denominada de *Verwirkung*, que pode ser traduzida como “caducidade” e envolve o “protramento desleal do exercício de um direito”, ou seja, a “perda do direito pelo protramento desleal”. NORANHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. p. 185.

⁵⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 710.

⁵⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, Luiz. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. p. 22. Tradução livre: “a omissão do exercício do direito; a passagem de um período de tempo e a deslealdade objetiva e intolerabilidade do subsequente exercício adiado”.

Logo, a *supressio*⁵⁴⁹ representa “a situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.⁵⁵⁰ Com isso, mesmo que o direito subjetivo ainda exista, o seu exercício é limitado ou proibido, visto que o titular agiu de modo desleal, o que denota que atentou contra a Boa-fé objetiva e violou a confiança depositada. Nesse caso, a Boa-fé objetiva exerce função que limita a autonomia privada.

A *surrectio*, por sua vez, envolve “a possibilidade de surgimento de um dever contratual originalmente não previsto o instrumento, pelo comportamento reiterado das partes no sentido da assunção desse dever”. Nesse caso, não acontece a impossibilidade de exigir um direito subjetivo, mas “o surgimento de um benefício conferido à contraparte”. Refere Martins-Costa que a doutrina entende pela sua inaplicabilidade no direito brasileiro, mas a jurisprudência, admite a figura.⁵⁵¹

Na *surrectio* existe a “constituição *ex novo* de direitos subjetivos”, ou seja, ocorre a ampliação dos direitos subjetivos decorrentes do contrato, seja por que o beneficiário se livrou “da adstrição antes existente, recuperou [...] uma permissão genérica de actuação, ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo”.⁵⁵² Os requisitos para aplicação são: o lapso de tempo, em que perdura a “situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjectivo que vai surgir;” a existência de fatores

⁵⁴⁹ Preceitua jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEIS. OBRIGAÇÃO DO POSTO DE GASOLINA DE ADQUIRIR QUANTIDADES MÍNIMAS MENSAS DOS PRODUTOS. REITERADO DESCUMPRIMENTO TOLERADO PELA PROMITENTE VENDEDORA. CLÁUSULA PENAL DESCABIDA. 1. Como de sabença, a **supressio** inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício. Por outro lado, e em direção oposta à *supressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento. 2. Sob essa ótica, o longo transcurso de tempo (quase seis anos), sem a cobrança da obrigação de compra de quantidades mínimas mensais de combustível, suprimiu, de um lado, a faculdade jurídica da distribuidora (promitente vendedora) de exigir a prestação e, de outro, criou uma situação de vantagem para o posto varejista (promissário comprador), cujo inadimplemento não poderá implicar a incidência da cláusula penal compensatória contratada. 3. Recurso especial não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1338432 / SP. Quarta Turma.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão). DJe 29/11/2017.

⁵⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** p. 797.

⁵⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para sua aplicação. p. 722-723.

⁵⁵² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** p. 821.

objetivos “que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito;” e por fim, “a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*”.⁵⁵³

Ainda, como abordagem ao limite do exercício de direitos subjetivos decorrente da função corretora da Boa-fé objetiva, apresenta-se a teoria do adimplemento substancial. Tal construção tem origem na *common law*, decorreu de criação doutrinária no Brasil e se encontra, maciçamente, recepcionada pela jurisprudência. Observa-se que, o inadimplemento é causa de resolução contratual, contudo quando o cumprimento das prestações estiver “muito próximo” ao final, esse direito de resolver fica impedido. O fundamento assenta-se “conjugação entre a boa-fé – como modeladora do exercício jurídico – e a utilidade contratual”.⁵⁵⁴

Nesse sentido, pelo adimplemento substancial “limita-se o direito de resolver, embora se assegure ao credor o direito de exigir o cumprimento”. Destaca-se que, sua aplicação não importa em descumprimento contratual, mas sim em viabilizar o cumprimento do restante. São requisitos para sua aplicação: que o contrato tenha prestações diferidas no tempo; que haja um cumprimento muito próximo ao final; que esse cumprimento parcial que falta seja inexpressivo perto da utilidade do contrato; e a “inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial”.⁵⁵⁵

Assim, a função corretora de limitação do exercício de direitos subjetivos promovida pela Boa-fé objetiva, apresenta-se por figuras criadas pela doutrina e jurisprudência, tem por fundamento o conteúdo do dever de conduta de agir de modo correto e leal, e sua aplicação deve ser cotejada diante dos detalhes do caso concreto.

Já a função corretora do conteúdo contratual refere-se a limitação do próprio conteúdo do pacto e não da atuação das partes. Ela se encontra relacionada à abusividade de cláusulas contratuais e ao desequilíbrio das prestações⁵⁵⁶, que,

⁵⁵³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 822.

⁵⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 759.

⁵⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. p. 761.

⁵⁵⁶ Explica Larenz que o contrato cria ou regula relações entre as partes. Quando se conclui um contrato se parte de uma situação dada, em que ele se fundamenta sobre uma base jurídica objetiva, que consiste no “*conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos os contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido*”. A quebra dessa base se dá quando desaparece a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, bem como quando a finalidade objetiva do contrato, expressa no conteúdo, se torna inalcançável, e ocorre a “*frustración*”

respectivamente, pertencem aos planos de validade e da eficácia do negócio jurídico.⁵⁵⁷

Com relação à abusividade do conteúdo do contrato, é considerada abusiva⁵⁵⁸ “a cláusula que em si mesma ultrapassa aquilo que constitui, segundo a Ordem jurídica, o padrão mínimo de equilíbrio entre as posições contratuais”. Nesse sentido, relevante observar se o vínculo contratual envolve relações entre iguais ou entre desiguais, visto que a abusividade se manifesta entre desiguais. A forma de afastar o conteúdo abusivo do contrato se dá pela nulidade dessas cláusulas.⁵⁵⁹

No que tange ao desequilíbrio das prestações, ou seja, quando ocorre a onerosidade excessiva, que provoca a desproporção, denota-se a possibilidade jurídica da resolução ou da revisão. A resolução por onerosidade excessiva vem fundamentada no artigo 478 do Código Civil e a revisão nos artigos 479 e 480 do mesmo diploma legal. Observa-se que o conteúdo da Boa-fé objetiva pode ser usado como norma de correção de conteúdo, como fundamento para promover o reequilíbrio das prestações.⁵⁶⁰

Permeiar o sistema jurídico contratual com regras éticas significa privilegiar a tutela da confiança, que se expressa pela Boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que a Boa-fé objetiva, além de resguardar padrões éticos, possui conteúdo solidarista e de equidade.

Em síntese, a Boa-fé objetiva tutela a confiança, promove a eticização do pacto, limita a autonomia privada e cria deveres anexos para ambas as partes, expandindo-se por todo o processo da obrigação, inclusive nas fases pré e pós-

de la finalidad”. Tal situação serve como fundamento para a resolução ou a revisão dos contratos. Tradução livre: “conjunto de circunstâncias e estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, de acordo com o significado das intenções de ambas as partes contratantes, possa subsistir como um regulamento dotado de significado”. LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 225.

⁵⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 626.

⁵⁵⁸ Exemplifica-se que o Código Civil, no artigo 424 como abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que estipulem renúncia antecipada de direitos nos contratos de adesão. Da mesma forma, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor apresenta rol de cláusulas que são consideradas abusivas e, por consequência, nulas. Dentre elas, o inciso IV prevê aquelas que “sejam incompatíveis com a boa-fé”. Logo, a violação da cláusula geral da boa-fé, constitui abusividade.

⁵⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 637-638..

⁵⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 646.

contratuais, gerando aos contratantes uma regra de conduta fundamentada na lealdade e correção.

Portanto, o contrato representa a dinamicidade dos negócios e promove a circulação de bens. Sua noção contemporânea, retrata o instituto como um negócio jurídico, que se fundamenta na autonomia privada, que é limitada pela função social e exige uma conduta à luz da Boa-fé objetiva. Logo, não há como conceber um contrato que não guarde uma utilidade para ambas as partes, bem como não represente uma troca justa, que aconteça com lealdade, probidade e correção.

Destaca-se que, os contratos envolvem operações econômicas, que, por sua vez, retratam o núcleo do capitalismo neoliberal, que fomenta uma sociedade de consumo, que promove a desigualdade e a exclusão, bem como devasta a natureza. Com isso, relevante compreender o fenômeno da globalização e essa conjuntura econômico-social em que os contratos são celebrados e surtem seus efeitos.

CAPÍTULO 3

A PROJEÇÃO DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE NOS CONTRATOS

O mundo sofre transformações em ritmo acelerado, o que provoca incessantes mudanças tanto no meio social, quanto nos âmbitos político, econômico, e jurídico. Todas essas alterações influenciam a noção de contrato, a fundamentação da sua principiologia, bem como a aplicação do direito contratual. Em especial, aponta-se o fenômeno da globalização, que rompe fronteiras, apresenta efeitos multifacetados, cria intenso intercâmbio entre as pessoas e complexidade na vida social, o que projeta relevantes efeitos nos contratos.

Diante dessa dinâmica trazida pela globalização, a realidade é alterada a cada momento, em que são criados novos padrões, quer entre as pessoas, no próprio meio social, quer com o Estado, quer entre Estados. Vive-se, pois, a mudança do mundo e o mundo da mudança.

A Modernidade, portanto, é marcada pelas mutações que acontecem de modo acelerado⁵⁶¹, em que a solidez e a forma rígida dos conceitos e das instituições são substituídas pelo permanente movimento, pela fluidez das relações, pela rapidez com que se dissemina o conhecimento e pela modificação das noções de tempo e espaço. No dizer de Bauman, a Modernidade que se apresenta é líquida⁵⁶².

⁵⁶¹ Menciona Rosa que a sociedade se encontra “em processo de aceleração” e destaca três âmbitos: “*la aceleración tecnológica, la aceleración del cambio social y la aceleración del ritmo de vida*”. ROSA, Hartmut. ***Alienación y aceleración: hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía***. Tradução do Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Madrid: Katz Editores, 2016. p. 21. Tradução livre: “aceleração tecnológica, aceleração da mudança social e aceleração do ritmo de vida”.

⁵⁶² Bauman por meio da metáfora, do sólido que muda para o líquido, explica a intensidade das transformações sociais que se desenvolvem na sociedade em todas as esferas, ou seja: na vida pública ou privada, nos relacionamentos humanos, no mundo do trabalho e no Estado ou instituições sociais. Refere que “seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que

Em especial, essas transformações se mostram nos contratos, pois eles revelam a dinamicidade das operações econômicas, que são realizadas por meio de acordos de vontades entre as partes para adquirir, modificar ou extinguir direitos. Tais operações econômicas ganharam relevo com a expansão do capitalismo, que relativiza a soberania dos Estados, fortalece mercados e promove fluxo de capitais, tanto pela produção de bens, quanto pelo mercado financeiro. Com isso, o modelo capitalista se caracteriza pela flutuação e desconexão do capital com o local de produção, pelo fomento do comprar e do descartar, e pelo objetivo de lucrar e acumular.

Nesse cenário, os contratos têm elementos de validade disciplinados pelo direito interno de cada Estado, sendo que no Brasil, vinculam-se à capacidade das partes, ao objeto lícito, possível, determinado ou determinável, à forma e ao consentimento. Além desses requisitos de validade, também devem ser consideradas as circunstâncias contratuais, que são fatores extrínsecos ao contrato, mas que têm relevância durante a formação e execução do mesmo. Nas palavras de Calderón essas circunstâncias *“constituyen el “microclima” o “medio ambiente” del contrato y comprenden el lugar, el tiempo, los factores económicos que rodean el contrato o fueron tenidos en cuenta al contratar”*.⁵⁶³

Desse modo, após serem abordados os contextos político e jurídico que fundamentam os contratos, nos capítulos anteriores, percebe-se que “no momento histórico atual, caminha-se na direção da despatrimonialização dos bens jurídicos, valorizando o conhecimento e a educação [...]”⁵⁶⁴, ou seja, da repersonalização do direito contratual. Contudo, em sentido contrário apresenta-se o modelo capitalista, que não possui conteúdo com viés humanista, que afronta a dignidade da pessoa humana e não distribui as riquezas com senso de justiça.

costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou - se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 15.

⁵⁶³ CALDERÓN, Maximiliano Rafael. **Concepto de contrato**. p. 23. Tradução livre: “constituem o “microclima” ou “ambiente” do contrato e incluem o local, a hora, os fatores econômicos que cercam o contrato ou foram levados em consideração no momento da contratação”.

⁵⁶⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. p.15.

Portanto, exsurge a importância de compreender a realidade socioeconômica que envolve a celebração e o cumprimento dos contratos, observando os efeitos trazidos pela globalização, em todas as suas dimensões, bem como à luz da noção da transnacionalidade. Assim, imprescindível iniciar essa análise pelo contexto econômico que o capitalismo neoliberal impõe às relações contratuais.

3.1 O capitalismo neoliberal e seus reflexos jurídicos e sociais

No Estado Liberal de Direito, a autonomia da vontade alcançou o seu auge, pois vigorava o liberalismo individualista: havia plena liberdade para contratar, o que predominava era o indivíduo e a ordem jurídica posta pelo poder político devia reconhecer o conteúdo jurídico desse liberalismo, ou seja, as liberdades que decorrem da autonomia privada. Após, no Estado Democrático de Direito e à luz do neoconstitucionalismo ocorreu a repersonalização do direito contratual, com a valorização da pessoa e o dever de respeito a sua dignidade. Contudo o capitalismo, à margem desse pensamento, seguiu a fomentar e manter o culto ao patrimônio e ao lucro, o que provoca efeitos jurídicos e sociais.

Verifica-se na história que, no intuito de superar a Grande Depressão econômica e as atrocidades da Segunda Guerra Mundial⁵⁶⁵, as ideias de “desenvolvimento e direitos humanos alcançaram proeminência na metade do século” passado, representando as principais preocupações dos Estados. No plano político surgiram os Estados Constitucionais ou, também, denominados de Estados Democráticos de Direito, cujo fundamento jurídico assenta-se em uma Constituição. Quanto ao desenvolvimento, os países buscavam o crescimento econômico para superar os problemas sociais.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Após a Segunda Guerra Mundial, em meio a Guerra Fria, com um discurso sobre “desenvolvimento” consolidou-se uma estrutura de dominação dicotômica: “desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico, civilizados-selvagens. Essa dicotomia revela-se perversa, visto que se fundamenta na lógica da acumulação de capital”. (Tradução livre). ACOSTA, Alberto. ***El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos***. Barcelona: Icaria Editorial, 2013. p.30

⁵⁶⁶ SACHS, Ignacy. ***Caminhos para o desenvolvimento sustentável***. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 47-48.

Nessa senda, nas primeiras décadas do Século XX, o desenvolvimento correspondia ao progresso⁵⁶⁷ material, ou seja, ao crescimento econômico⁵⁶⁸, incentivado pelo capitalismo. Ocorre que, só posteriormente, houve a compreensão de que o desenvolvimento “não é um fenômeno sequer parecido com a gestão das empresas”. Ele possui outras dimensões “além da econômica e da social, bastando lembrar que a justiça e a paz pertencem a outras duas dimensões: a política e a da segurança”.⁵⁶⁹

Assim, no âmbito econômico, nos contratos, a prevalência da autonomia da vontade individual revela-se “a pedra basilar do modo de produção capitalista [...]”. Vê-se que, “a ideia de mercado exigia autonomia e liberdade dos sujeitos, para que estes, mediante sua própria vontade, ingressassem no mecanismo de compra, venda, produção de mercadorias e capital e aquisição e transferência ou perda da propriedade.” Logo, apenas a ampla liberdade poderia permitir a “livre produção e circulação de riquezas. A partir deste contexto, não é difícil compreender o porquê da ideia de Estado mínimo. O Estado não deve interferir na dinâmica econômica da sociedade, devendo apenas garantir o cumprimento das regras do jogo”.⁵⁷⁰

Ainda, no plano econômico o neoliberalismo⁵⁷¹, que “implica uma tendência intelectual e política” deu ensejo ao capitalismo neoliberal, que se revelou hegemônico após a frustração do modelo socialista, ao final da Guerra Fria. O

⁵⁶⁷ Aduz Morin que o progresso se fundava no tripé “ciência/técnica/indústria”, que trazia a “emancipação individual”. Todavia, é necessário “tornar mais complexa a noção de progresso. É preciso abandonar a ideia simplista de que o progresso técnico/econômico é a locomotiva à qual estão atrelados os progressos sociais, políticos, mentais e morais”. MORIN, Edgar. Além do progresso. In: MORIN, Edgar; WULF, Christoph. **Planeta: a aventura desconhecida**. Tradução de Pedro Goergen. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 16-18

⁵⁶⁸ O desenvolvimento “depende da maneira pela qual os recursos gerados pelo crescimento econômico são utilizados”. VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 16

⁵⁶⁹ VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. p. 22.

⁵⁷⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 242.

⁵⁷¹ O neoliberalismo pode ser definido como “a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade. The role of the state is to create and preserve an institutional framework appropriate to such practices”. Tradução livre: “uma teoria de práticas de política econômica que propõe que o bem-estar humano pode ser maior pela liberação de liberdades empreendedoras individuais e habilidades dentro de um quadro institucional caracterizado por fortes direitos a propriedade privada, livre mercado, e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar um quadro institucional apropriado para essas práticas.” HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 2.

neoliberalismo trouxe em seu conteúdo, as ações de “estimular e fomentar preferentemente as atuações econômicas dos agentes individuais, pessoas e empresas privadas, sobre as ações da Sociedade organizada em grupos informais e formais, partidos políticos e governos”⁵⁷². À luz desse pensamento, o mercado e as grandes corporações protagonizaram a globalização neoliberal, por meio da mundialização de suas ações, que não se restringiram as fronteiras dos Estados.

O capitalismo pode ser representado por “uma fórmula mínima que enfatiza a exigência de acumulação ilimitada do capital por meios formalmente pacíficos”, visto que trata “de repor perpetuamente em jogo o capital no circuito econômico com o objetivo de extrair lucro, ou seja, aumentar o capital que será, novamente, reinvestido”. Essa é a marca do capitalismo, “que lhe confere a dinâmica e a força de transformação que fascinaram seus observadores, mesmo os mais hostis”.⁵⁷³

O capitalismo, então, pode ser definido como “um sistema de produção de mercadorias, centrado sobre a relação entre propriedade privada do capital e o trabalho assalariado sem posse de propriedade, esta relação formando o eixo principal de um sistema de classes.” Os empreendimentos possuem “natureza fortemente competitiva e expansionista”⁵⁷⁴, e no modelo neoliberal alargaram seus negócios no âmbito mundial, sem observar os limites dos Estados.

Logo, a economia de atuação global enterrou “os fundamentos do Estado e da economia nacional”, bem como abriu caminho para “uma subpolitização de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis.” Esse modelo econômico apresenta-se sem fronteiras pelas empresas transnacionais, que atuam no âmbito mundial e possuem o poder de mudar seus investimentos para os Estados que lhes proporcionem melhores condições de lucro, ou seja, mais incentivos financeiros, menores tributos e mão de obra com menor custo.⁵⁷⁵

⁵⁷² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 214.

⁵⁷³ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35.

⁵⁷⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 61-62.

⁵⁷⁵ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. p. 15.

Evidencia-se que no capitalismo neoliberal existe a mobilidade do capital, ou seja, das “pessoas que investem”, provocando “uma desconexão do poder face a obrigações, com efeito uma desconexão sem precedentes”. Disso aparece uma assimetria, visto que de um lado se encontra “a natureza da extraterritorialidade do poder” e de outro a “contínua territorialidade da vida como um todo”. Como consequência, o capital “é livre para explorar e abandonar” a exploração que provocou. A mobilidade propicia o ganho e exonera da responsabilidade.⁵⁷⁶ Nesse ciclo “o capital não é uma coisa, mas um processo em que o dinheiro é perpetuamente enviado em busca de mais dinheiro.”⁵⁷⁷

Ainda, essa mobilidade do capital representa o “mais poderoso” fator de estratificação social, pois se constitui na “matéria de que são feitas e refeitas diariamente as novas hierarquias sociais, políticas, econômicas e culturais em escala cada vez mais mundial”. Logo, as grandes corporações pertencem às pessoas ou grupos que nelas investem, esses são livres, possuem liberdade, e mesmo ausentes do local são superiores aos demais. Enquanto os empregados e fornecedores ficam vinculados ao local, sem mobilidade, subalternos e presos a este investimento.⁵⁷⁸

O capital transnacional “exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado”, das organizações internacionais ou das agências das Nações Unidas, como a Organização Mundial do Comércio, para tanto, passou “a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, [...] em influência política direta por meio do aparato capitalista transnacional”.⁵⁷⁹

Com isso, “o Estado não consegue regular o sistema de acumulação capitalista e [...] não cumpre suas funções sociais,” mormente “não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela sociedade de risco global”.

⁵⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.16.

⁵⁷⁷ HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 41.

⁵⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 16.

⁵⁷⁹ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. p. 26

Nesse prisma, os Estados “não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem-estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras”.⁵⁸⁰

Com relação à economia, o capitalismo demonstrou capacidade produtiva e trouxe avanços tecnológicos substanciais. Todavia, simultaneamente, produziu processos sociais desiguais entre os Estados e dentro dos Estados, visto que gera riqueza, porém a concentra no controle de algumas pessoas. São poucos que participam da distribuição dos benefícios do capitalismo⁵⁸¹, o que fomenta a desigualdade social.⁵⁸² Verifica-se que, “os centros de produção de significado e valor são hoje extraterritoriais e emancipados de restrições locais – o que não se aplica, porém à condição humana, à qual esses valores e significados devem informar e dar sentido”.⁵⁸³

Nessa linha, Vitale explica que, ao longo do Século XX e atualmente, as formas de absolutismo não são mais aquelas fundamentadas na dimensão política, mas sim no viés patrimonial. Esse absolutismo patrimonial surge da confusão que ocorre no meio social, em especial na “relação entre poder econômico e poder ideológico”, que ao invés de ser distribuído na sociedade civil, é monopolizado e concentrado nas mãos de poucos, “uma oligarquia de dinheiro”.⁵⁸⁴

Dessa maneira, o modelo de produção capitalista caracteriza-se por ser “industrialista, consumista, perdulário e poluidor” e transformar a economia no principal “eixo articulador e construtor das sociedades”. Por isso, o capitalismo

⁵⁸⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o direito transnacional. p. 27.

⁵⁸¹ Nas palavras de Quijano “o capitalismo torna-se mundial, eurocentrado, e a colonialidade e modernidade instalam-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder, até hoje”. Nessa linha, “a colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjectivos, da existência social quotidiana e de escala societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América”. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula. (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 72-73.

⁵⁸² ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 161.

⁵⁸³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 9.

⁵⁸⁴ VITALE, Ermanno. **Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2012. p. 39.

passou a enfraquecer o Estado-nação, dominar a política e subjugar a seus interesses, momento que aniquilou a ética e os valores de ser “honesto, justo e solidário”⁵⁸⁵, o que contrasta com a noção atual de contrato e as diretrizes da eticidade, equidade e socialidade.

Explica Bauman⁵⁸⁶ que “sem meias palavras, o capitalismo é um sistema parasitário. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento.” Nesse cenário, não pode atuar “sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência.” Ainda, destaca que a força motriz do capitalismo é a capacidade de buscar e descobrir “novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiossincrasias de seus novos pastos.”⁵⁸⁷

Galeano aduz que o capitalismo “transfigura tudo o que toca” e ilustra a destruição, referindo que “*existe el bosque para que el hacha lo derribe y el desierto para que lo atraviese el tren; el río vale la pena si contiene oro y la montaña si alberga carbón e hierro. Nadie camina. Todos corren, urgentes, urgidos, tras la errante sobra de la riqueza y el poder*”.⁵⁸⁸ Vê-se, então, que o modelo econômico do capitalismo exacerbou suas características de acumulação ilimitada, de concorrência, de individualismo e priorizou a ganância, ou seja, explora e aniquila em nome do lucro.

⁵⁸⁵ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 18.

⁵⁸⁶ Bauman assevera que há cem anos atrás, Rosa de Luxemburgo previu que o capitalismo iria morrer por falta de alimento, morrer de “inanição por ter devorado o último pasto de ‘alteridade’ em que se alimentava. Mas, uma centena de anos depois, parece que um resultado fatal, talvez o mais fatal, do triunfo global da modernidade é a crise aguda da indústria de remoção de lixo humano, pois cada novo posto avançado conquistado pelos mercados capitalistas acrescenta outros milhares o milhões à massa de homens e mulheres já privados de suas terras, locais de trabalho e rede comunais de proteção.” Assim, o autor compara o capitalismo a “uma cobra que se alimenta do próprio rabo” e que a distância entre uma extremidade e outra está diminuindo de modo rápido, momento que o devorador e o devorado já estão muito próximos. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 34.

⁵⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010. p. 8-10.

⁵⁸⁸ GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010. p.107. Tradução livre: “há a floresta para o machado derrubar e o deserto para o trem cruzar; o rio vale a pena se contém ouro e a montanha se contém carvão e ferro. Ninguém anda. Todos correm, urgentes, instados, após o superávit errante de riqueza e poder”.

Tal modelo promove a destruição das bases ecológicas e naturais da vida, o que leva a refletir sobre a relação entre a natureza e a sociedade. Assim, o pensamento no final do Século XIX entendia a natureza como algo dado, enviado, estranho à sociedade. Já no final do Século XX, a natureza não foi mais compreendida como algo enviado, mas sim um produto histórico, em que sua reprodução natural se encontra ameaçada ou destruída pela produção industrial.⁵⁸⁹

A devastação da natureza provocada pela produção econômica, deixou de representar apenas uma destruição do meio ambiente e passou a significar um “*componente integral de la dinámica social, económica y política*”.⁵⁹⁰ As lesões das condições naturais da vida, se transformaram em ameaças sanitárias, sociais e econômicas no âmbito global e que afetam a todas as pessoas, trazendo novos desafios às instituições políticas e sociais.⁵⁹¹ Com isso, precisa haver uma mudança de paradigma, não pode haver contraposição entre natureza e sociedade, visto que uma não pode ser pensada sem a outra.

Todavia, o contexto vigente evidencia que o capitalismo especulativo se sobrepôs ao capitalismo produtivo, momento em que grupos enriqueceram “saqueando o dinheiro público, as pensões dos operários e devastando globalmente a natureza”. A estratégia de ação envolve “salvar o sistema financeiro e não salvar nossa civilização e garantir a vitalidade da Terra.” Essa realidade é perversa, torna incompatível o “Sistema Terra” e o “Sistema Sociedade”⁵⁹² e gera desigualdade social.

A mencionada desigualdade⁵⁹³ pode ser detectada pela análise da divisão

⁵⁸⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998. p. 90.

⁵⁹⁰ Tradução livre: “componente integral da dinâmica social, econômica e política”.

⁵⁹¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. p. 90.

⁵⁹² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 18-19.

⁵⁹³ A desigualdade social e econômica provocada pelo capitalismo assola a comunidade mundial, com mais força no Hemisfério Sul. “*Esta terrible crisis que soportamos en una es también la manifestación de la prepotencia y la soberbia individual y colectiva. Nos creíamos más ricos y poderosos de lo que éramos, pensábamos más en aparentar que en ser, sin ser conscientes de nuestra fragilidad y de la propia fragilidad de nuestro modelo cultural (eurocentrismo) y económico (capitalismo, embebido en la soberbia del mercado)*.” Tradução livre: “Esta terrível crise que vivemos é também uma manifestação de prepotência e orgulho individual e coletivo. Acreditávamos que éramos mais ricos e poderosos do que éramos, pensávamos mais em fingir do que em ser, sem ter consciência da nossa fragilidade e da própria fragilidade do nosso modelo cultural (eurocentrismo) e econômico (capitalismo, embutido

geográfica que caracteriza a modernidade, em que o Hemisfério Norte detém a inovação, a tecnologia, a riqueza e controla a economia, enquanto no Hemisfério Sul impera a exclusão, a pobreza e a miséria, “decorrentes da globalização neoliberal”. Assim, no Sul encontram-se “todas as formas de sofrimentos causadas pela capitalismo global”⁵⁹⁴ que, seguramente, vieram a se agravar pelo momento pandêmico.

Vive-se um tempo de crise, mas também de resistência, em que os pontos de conflito são vários, ou seja: os decorrentes das desigualdades sociais que se revelam um problema no âmbito global; a necessidade de consolidar a democracia (que tem mais impacto na América Latina); as políticas sociais (na Europa); envolvendo a luta pela democracia e pela identidade cultural islâmica (no Oriente Médio); e, ainda, a utilização da terra e dos recursos naturais (na América Latina e na África).⁵⁹⁵

Tal realidade confirma que o capital especulativo tornou-se mais importante que o produtivo, momento que a especulação e a união de grandes grupos econômicos fizeram com que a riqueza se concentrasse nas mãos de poucos, enquanto muitos são alijados dos bens materiais e vivem em estado de miserabilidade. A par disso as crises recentes do capital financeiro (2008 em diante) agravaram ainda mais a situação e “jogaram milhões na marginalidade e na exclusão”. Com essa situação, “surtiu uma nova classe de gente: os desempregados estruturais e os precarizados”, ou seja, aqueles que realizam trabalhos precários e com baixa remuneração.⁵⁹⁶ Acrescenta-se que, esse grupo tende a aumentar em decorrência da pandemia do COVID-19 que exacerbou, ainda mais a desigualdade existente.⁵⁹⁷

na soberba do mercado).” BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *COVID-19: impactos y efectos. Una reflexión desde el inicio del fin del confinamiento*. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí: Univali, 2020. p. 78.

⁵⁹⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez. *El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contra-hegemónica*. SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (editores). **El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita**. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007. p. 19.

⁵⁹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012. p. 16.

⁵⁹⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 19.

⁵⁹⁷ Enfatiza Bravo que “en lo tocante a la cohesión social la crisis, como ya se ha manifestado, tendrá

Com intuito de minorar as desigualdades e promover a valorização da pessoa, na segunda metade do Século XX, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) criou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para promover a distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico. A justificativa de tal indicador evidenciou que o crescimento econômico “não se traduziu necessariamente em maior acesso à saúde e à educação.” Dessa forma, as políticas que planejavam o desenvolvimento deveriam se estruturar em outros valores, que não somente os econômicos.⁵⁹⁸

Observa-se que o desenvolvimento, na condição de direito fundamental, importa na efetivação da liberdade, que permite opções e escolhas às pessoas. Logo, somente haverá desenvolvimento se forem retiradas as principais objeções à liberdade, ou seja, a “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.”⁵⁹⁹

Nesse sentido, cumpre mencionar que a liberdade representa o paradigma do direito na Modernidade e sua noção, inicialmente, surgiu na Europa como produto das reivindicações da burguesia e foi “teorizada em forma do liberalismo” e em um segundo momento como “liberalismo democrático”. O liberalismo se fundamentava na individualidade e no progresso econômico, social e técnico, que ganhou relevância quando os Estados da Europa Ocidental e as

más impacto en los sectores más vulnerables: personas con problemas de salud previos, adultos ancianos, jóvenes desempleados, personas subdesempleadas, mujeres, trabajadores informales y migrantes, lo que aumentará considerablemente la desigualdad en este contexto. Debe tenerse presente como, fundamentalmente, en el ámbito laboral se producirá aumento del número de desempleados y subdesempleados, e igualmente afectará a la calidad del trabajo con la correspondiente reducción de salarios y menos medidas públicas de protección social y especialmente a los trabajadores de los sectores informales.” Tradução livre: “no que se refere à coesão social, a crise, como já foi dito, terá maior impacto nos setores mais vulneráveis: pessoas com problemas de saúde anteriores, idosos, jovens desempregados, pessoas subempregadas, mulheres, trabalhadores informais e migrantes, cuja desigualdade vai aumentar consideravelmente neste contexto. Deve-se ter em mente que, fundamentalmente, no local de trabalho haverá um aumento do número de desempregados e subempregados, e também afetará a qualidade do trabalho com a correspondente redução dos salários e menos medidas públicas de proteção social e principalmente dos trabalhadores. nos setores informais.” BRAVO, Álvaro A. Sánchez. **COVID-19: impactos y efectos. Una reflexión desde el inicio del fin del confinamiento.** p. 69.

⁵⁹⁸ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI.** 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.18-19.

⁵⁹⁹ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI.** p.34.

respectivas colônias “passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que não criasse obstáculos à nova realidade socioeconômica emergente.”⁶⁰⁰

No viés político-ideológico, a liberdade se expressava por meio de um Estado que deveria ser neutro e absenteísta e pela possibilidade de autodeterminação das pessoas dentro dos limites da lei. Por sua vez, a liberdade deu ensejo a modernidade jurídica e “caracterizou-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro.” Contudo, a liberdade, na condição de paradigma do direito, sofreu uma relativização no Estado Social, quando teve que coexistir com a noção de igualdade.⁶⁰¹

A par desse pensamento surgiu a necessidade de proteger direitos cujo conteúdo se fundamenta na solidariedade. Em especial, passou a existir a preocupação com a finitude dos recursos ambientais e com a vida no planeta. Foi na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972, em que pela primeira vez houve a discussão e elaboração de relatórios internacionais sobre o binômio desenvolvimento e meio ambiente.⁶⁰²

Logo, com intuito de dar andamento a um desenvolvimento social e econômico de modo igualitário, foi criada a categoria de desenvolvimento sustentável, definido pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, como aquele necessário para atender as necessidades da presente geração, sem comprometer o atendimento das necessidades das futuras gerações.

Contudo, adverte Garcia que não existe desenvolvimento sustentável, ou seja, que “o conceito de desenvolvimento sustentável talvez seja uma das grandes falácias de nossa era que certamente nos passará uma conta de destruição da natureza no futuro.”⁶⁰³ Veiga, também, critica a expressão desenvolvimento

⁶⁰⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011. p. 77.

⁶⁰¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. p.77-78.

⁶⁰² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p.48.

⁶⁰³ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 192.

sustentável aduzindo que ela acaba “se legitimando para negar a incompatibilidade entre o crescimento econômico contínuo e a conservação de meio ambiente”, ou seja, traz a ideia que há possibilidade de crescer sem destruir.⁶⁰⁴

No mesmo sentido, Sachs argumenta que o desenvolvimento sustentável é incompatível com o modelo capitalista, que somente visa lucros e ganhos em cada investimento.⁶⁰⁵ Outrossim, Boff menciona que “o adjetivo sustentabilidade e o adjetivo sustentável” representam “uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhe valor”.⁶⁰⁶

Com isso, o atual modelo de desenvolvimento econômico não é sustentável, visto que é predatório e visa unicamente o lucro e a acumulação, para tanto promove a escassez dos recursos naturais e a produção desenfreada de resíduos, devastando e poluindo o meio ambiente. Assim, crescimento econômico e desenvolvimento sustentável são incompatíveis.

Observa-se que o discurso dominante e que representa a linguagem oficial “afoga a realidade e outorga impunidade à sociedade de consumo” para impô-la como modelo de desenvolvimento, com inequívoco intuito de beneficiar as grandes empresas. Tal conduta promove a degradação da terra, a poluição do ar e da água, a desregulação do clima e a dilapidação dos recursos naturais.⁶⁰⁷

Ainda, o que prepondera é o lucro e a acumulação, não importando as consequências à vida do planeta e às pessoas. Destaca-se que não há como conciliar o capitalismo neoliberal e a proteção ao meio ambiente. O atual sistema fundamenta-se na fabricação de bens e no oferecimento de serviços, isto é, no fomento do consumismo⁶⁰⁸, uma sociedade de consumo ou do hiperconsumo.

⁶⁰⁴ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. p.189.

⁶⁰⁵ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p.55.

⁶⁰⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 9.

⁶⁰⁷ GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: *el mundo visto desde una ecología latino-americana*. p.10.

⁶⁰⁸ Menciona Lipovetsky que existe “una cultura de hiperconsumo, apoyada en una economía posfordiana cuyos pilares son: la multiplicación de gamas y opciones, la hipersegmentación de los mercados, la aceleración del ritmo de lanzamiento de los nuevos productos, la proliferación de la variedad, la hipertrofia del marketing, Es una nueva economía de consumo que funciona en todos los aspectos con el *hiper* por delante: cada vez más gigantesca [...], cada vez más rápida [...], con créditos cada vez más fáciles, con creciente endeudamiento de los hogares [...]”. Tradução livre: “uma cultura de hiperconsumo, apoiada numa economia pós-fordiana cujos pilares são: a multiplicação de gamas e opções, a hiper-segmentação de mercados, a aceleração do ritmo de lançamento de novos

Na sociedade de consumo⁶⁰⁹ ganha evidência o surgimento das relações de consumo massificadas e a intensificação do comércio eletrônico, fomentada pelas grandes empresas da tecnologia.⁶¹⁰ “A partir da inovação, complexidade e características do mercado digital observa-se que plataformas se utilizam de tecnologias com alto valor agregado para a melhor execução de seus objetivos.”⁶¹¹

Assim, em virtude “do elevado nível de massificação, de impessoalidade, de desarticulação para com o *homo economicus*, de desumanização da economia de mercado, é manifesta a vulnerabilidade a que este, enquanto presa, se acha exposto, e também fica vulnerável o planeta”.⁶¹² Nessa sociedade de massa “o fato característico, ainda que constitua uma redundância, é que a sociedade não é de pessoas, mas de massas. As massas se pensam como conjuntos humanos, nos quais o homem se integra como um ser anônimo e despersonalizado.”⁶¹³

Sustentam Calgaro e Pereira que “o consumo se tornou o centro da sociedade”, o que pode ser denominado de consumocentrismo⁶¹⁴, ou seja, o consumo encontra-se no “centro da vida das pessoas”. Tal fato leva ao “consumo

produtos, a proliferação da variedade, a hipertrofia do marketing, uma nova economia de consumo que trabalha em todos os aspectos com o hiper à frente: cada vez mais gigantesca [...], cada vez mais rápida [...], com créditos cada vez mais fáceis, com endividamento crescente das famílias [...]”. LIPOVESTKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El occidente globalizado: un debate sobre la cultura planetaria**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011. p. 16.

⁶⁰⁹ Refere Bauman ao explicar a importância do consumo na vida das pessoas que, “para completar a versão popular e revista do *cogito* de Descartes, ‘Compro, logo sou...’ deveria ser acrescentado ‘um sujeito’. E à medida que o tempo gasto em comprar se torna mais longo (fisicamente ou em pensamento, em carne e osso ou eletronicamente), multiplicam-se as oportunidades para se fazer esse acréscimo.” BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Aberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 26-27

⁶¹⁰ Explicam Silva, Domingues e Silveira que “o maior poder econômico está nas mãos das grandes empresas de tecnologia. Alphabet, Facebook, Microsoft, Apple, Amazon, utilizam elementos obtidos por meio de seus produtos para aperfeiçoar e desenvolver seus sistemas, e ofertar seus serviços de forma cada dia mais individualizada e particular. Além disso, muitas plataformas tem estendido e ampliado o seu rol de serviços, buscando um completo domínio da rede.” SILVA, Alaís Aparecida Bonelli; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVEIRA, Mariana Nascimento. **Dados e vantagem competitiva: a necessidade de atuação conjunta das autoridades**. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*. v. 7. n. 1. jan./jul. 2021. p. 86.

⁶¹¹ SILVA, Alaís Aparecida Bonelli; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVEIRA, Mariana Nascimento. **Dados e vantagem competitiva: a necessidade de atuação conjunta das autoridades**. p. 95.

⁶¹² BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR, 2011. p. 204.

⁶¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro**. p. 136.

⁶¹⁴ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O constitucionalismo latino-americano e a sociedade consumocentrista: por uma democracia socioecológica. In: CALGARO, Cleide (Org.). **Direito socioambiental**. Caxias do Sul: Educs, 2018. p. 17.

dirigido”, em que “existe o adestramento dos consumidores para comprar e usufruir de bens e serviços de que, muitas vezes, não necessitam.”⁶¹⁵ Assim, o consumocentrismo se “concretiza no próprio arcabouço social moderno, emergindo, lentamente, da complexidade criada através essa nova sociedade, onde o consumo se torna o centro de todas as ações, suplantando todos os valores que a ele não estejam vinculados”.⁶¹⁶

Observa-se que tal realidade decorre do capitalismo e aconteceu em diversas etapas: *“al capitalismo comercial le sobrevino el predominio del capital industrial; con este último, se intensificó el proceso de desmaterialización de la riqueza.”*⁶¹⁷ Nesse contexto, *“el contrato, además de ser un instrumento al servicio de la propiedad, pasó a ser, asimismo, un instrumento al servicio de la empresa, constituida en centro de la actividad económica”*.⁶¹⁸

Esse capitalismo neoliberal (“hipercapitalismo”) faz nascer a figura do “hiperindivíduo” que realiza muitos contratos, que é “um consumidor que vai às compras em toda a parte”, se sente mais livre em sua vida privada e é “mais dependente do mercado para a satisfação de seus desejos” (“hiperconsumismo”).⁶¹⁹ Também, encontra-se interconectado, “ligado” de modo permanente nas redes, o que evidencia que “a economia, a sociedade, a cultura, a vida cotidiana, todas as esferas são remodeladas pelas novas tecnologias da informação e da comunicação: a sociedade das telas é a da sociedade informacional” (“hipertecnologia”).⁶²⁰

⁶¹⁵ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O constitucionalismo latino-americano e o consumocentrismo: as consequências socioambientais na sociedade moderna. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 5, 2019, n. 6. p. 406. Explicam os autores que “a ideia que se apresenta [...] nasce do deslocamento do enfoque direcionado à produção, na denominada sociedade de produtores ou pré-modernidade, para direcioná-lo ao consumo, na denominada sociedade moderna ou hiperconsumista. Nessa seara o consumo passa a ser o elemento principal das atividades humanas, deslocando o ‘ser’ para o ‘ter’ ou ‘parecer’.” p. 403

⁶¹⁶ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **O constitucionalismo latino-americano e o consumocentrismo: as consequências socioambientais na sociedade moderna**. p. 404.

⁶¹⁷ APARICIO, Juan Manuel. **Contratos: parte geral**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016. p. 71. Tradução livre: “o capitalismo comercial foi superado pela predominância do capital industrial; com o último, o processo de desmaterialização das riquezas foi intensificado”.

⁶¹⁸ APARICIO, Juan Manuel. **Contratos: parte geral**. p. 71. Tradução livre: “o contrato, além de ser um instrumento a serviço da propriedade, passou também a ser um instrumento a serviço da empresa, instituído no âmbito da atividade econômica”.

⁶¹⁹ LIPOVESTKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 58-61.

⁶²⁰ LIPOVESTKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**: resposta a uma sociedade desorientada.

As linhas de pensamento crítico apontam três características negativas das economias capitalistas. Em primeiro lugar, que elas produzem desigualdades de recursos e de poder. Em segundo lugar, que as relações competitivas exigidas pelo mercado capitalista criam formas de sociabilidade empobrecidas, baseadas no individualismo (benefício pessoal) e não na solidariedade. Em terceiro lugar, promovem o aumento da exploração dos recursos naturais em todo o mundo colocando em perigo as condições físicas da vida na Terra.⁶²¹

Clarividente que a economia de atuação global, fundada no modelo capitalista neoliberal, de produzir, de distribuir e de consumir precisa de um “novo começo” por meio de um “pacto social entre os humanos e de uma pacto natural com a natureza e a Mãe Terra”.⁶²² Nesse contexto, destaca-se que “a relevância da cidadania e da participação social” não são meros instrumentos. “Elas são partes integrais daquilo que devemos preservar.” Para tanto, há necessidade de “combinar a noção básica de sustentabilidade [...], com uma visão ampla dos seres humanos – uma visão que inclua os agentes cujas liberdades têm valor, não apenas como recipientes reduzidos a meros padrões de vida.”⁶²³

Entretanto, o que transparece na realidade atual é a hegemonia do capitalismo neoliberal que sobrepõe os valores econômicos a todos os demais e se constitui “uma influência globalizante fundamental”, visto que se trata de “uma ordem econômica e não política”. Com esse viés é “capaz de penetrar em áreas distantes do mundo onde os Estados de sua origem não poderiam fazer valer totalmente sua influência política”.⁶²⁴

Dessa forma, importante compreender o fenômeno da mundialização que o capitalismo neoliberal se encontra inserido e a consequente globalização, visto que é nesse contexto que os contratos são celebrados e geram obrigações.

p.77.

⁶²¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *De las dualidades a las ecologías*. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012. p. 40-41.

⁶²² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 15.

⁶²³ SEN, Amartya. Temas-Chave do século XXI. In SEN, Amartya. KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg; Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.72.

⁶²⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 64.

3.2 Globalização: realidade de existência e dimensões

Não há como estudar o direito contratual sem refletir sobre a atual realidade de interação mundial, fazendo com que o direito privado venha a ampliar “seu paradigma para compreender esse fenômeno da globalização”. Vê-se que “o processo de globalização da economia e da sociedade tem um impacto indubitável no Direito Privado”⁶²⁵ e acrescenta-se no direito contratual. Giza-se que, os contratos envolvem operações econômicas, logo sofrem influência do modelo econômico vigente e do processo decorrente da globalização.

Nas palavras de Roppo, existem paradoxos entre os contratos como norma⁶²⁶ e a globalização. Pondera que, “*il fenomeno [...] ‘globalizzazione’ (e che sostanzialmente coincide con un gigantesco trasferimento di funzioni dagli Stati ai mercati) há col contratto um rapporto ambiguo: per un verso ne esalta la forza normativa; per altro la deprime*”⁶²⁷, visto que a força econômica das grandes corporações relativiza a soberania dos Estados.

Assim, cumpre mencionar que, o processo de mundialização pode ser dividido em quatro etapas históricas, que guardam relação com a globalização⁶²⁸,

⁶²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 243-244.

⁶²⁶ A atual concepção de contrato no Brasil “é uma concepção social deste instrumento, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.” MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 101. Verifica-se que tal noção é relativizada e subjugada pelo Capitalismo neoliberal e pela globalização.

⁶²⁷ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto del duemila**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020. p. 3. Tradução livre: “O fenômeno [...] ‘globalização’ (e que coincide substancialmente com uma gigantesca transferência de funções dos Estados para os mercados) tem com o contrato uma relação ambígua por um lado, exalta sua força normativa; por outro lado, a deprime.”

⁶²⁸ Adverte Morin que o caráter planetário dos bens e das informações abrange somente as pessoas do chamado mundo “desenvolvido” e deixa de fora os não desenvolvidos (excluídos). O autor ilustra essa mundialização referindo que “*por la mañana, toma un café suramericano o un té asiático, saca de su nevera alemana una fruta exótica, se abriga con un jersey de algodón de Egipto o de la India, conecta una radio japonesa para escuchar las noticias internacionales, se viste con un traje de lana de Australia tejida en Manchester, conduce un coche coreano mientras escucha una canción flamenca en su iPhone californiano. Puede ver películas americanas, japonesas, chinas, mexicanas o africanas. Asiste a una ópera italiana en la que la diva es afroamericana y la orquesta está dirigida por un japonés. Luego, tal vez cene chile con carne o arroz cantonés*”. Isso é a mundialização, contudo “*los pobres de los barrios de chabolas de África o de América del Sur han sido expulsados de su tierra por el monocultivo industrializado importado de Occidente, llevan una camiseta con una inscripción americana y se ganan la vida recuperando los desechos de la civilización occidental*.” Tradução livre: “de manhã, ele toma um café sul-americano ou um chá asiático, tira uma fruta exótica

são elas: a primeira marcada pelo “Colonialismo e a Implantação da Moderno-colonialidade (do século XV-XVI ao século XVIII até hoje)”; a segunda representada pelo “Capitalismo Fossilista e o Imperialismo (do século XVIII ao início do século XX até hoje)”; a terceira implementada pelo “Capitalismo Fossilista Fordista (de 1930 aos anos de 1960-70 até hoje)”; e a quarta etapa envolve a “Globalização⁶²⁹ Neoliberal ou Período Técnico-científico-informacional (dos anos 1960 até hoje)”.⁶³⁰

O processo de “mundialização” iniciou ao final do Século XV, com as grandes navegações e se intensificou ao longo do tempo, com o crescente intercâmbio entre as pessoas de diferentes Estados. Assim, a partir da década de 1960, o “individuo⁶³¹ del llamado mundo desarrollado tiene inconscientemente interiorizada la presencia de lo planetario”.⁶³² Nesse contexto, a partir de ano de 1989 com o declínio do socialismo, com o auge do capitalismo e o desenvolvimento das redes de telecomunicações instantâneas, foi possível “la unificación tecnoeconómica del Planeta”⁶³³, ou seja, o avanço do fenômeno da globalização.

de sua geladeira alemã, se enrola em um suéter de algodão do Egito ou da Índia, conecta uma rádio japonesa para ouvir notícias internacionais, se veste com um terno de lã australiana tecido em Manchester, dirige um carro coreano enquanto ouve uma música flamenca em seu iPhone californiano. Você pode assistir a filmes americanos, japoneses, chineses, mexicanos ou africanos. Assista a uma ópera italiana em que a diva é afroamericana e a orquestra é regida por um japonês. Então, talvez eu queira no Chile carne ou arroz cantonês para o jantar.” Isso é a globalização, contudo “os pobres das favelas da África ou da América do Sul foram expulsos de suas terras pela monocultura industrializada importada do Ocidente, vestem uma camiseta com inscrição americana e ganham a vida se recuperando desperdício da civilização ocidental.” MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 20.

⁶²⁹ Explica Morin que “la globalización es el estadio actual de la mundialización. Empieza en el año 1989, tras el hundimiento de las llamadas «economías socialistas». Es fruto de la conjunción entre un bucle retroactivo del auge desenfrenado del capitalismo (que, bajo la égida del neoliberalismo, invade los cinco continentes) y el auge de una red de telecomunicaciones instantáneas (fax, teléfono móvil, Internet). Esta conjunción hace posible la unificación tecnoeconómica del planeta”. Tradução livre: “a globalização é o estágio atual da mundialização. Começa em 1989, após o colapso das chamadas “economias socialistas”. É o resultado da conjunção entre um ciclo retroativo da ascensão desenfreada do capitalismo (que, sob a égide do neoliberalismo, invade os cinco continentes) e o surgimento de uma rede de telecomunicações instantâneas (fax, celular, internet). Essa conjunção possibilita a unificação técnicoeconômica do planeta”. MORIN, Edgar. **La vía: para el futuro de la humanidad**. p. 20.

⁶³⁰ PORTO-GONÇALVES. Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 23.

⁶³¹ Adverte Morin que o caráter planetário dos bens e das informações abrange somente as pessoas do chamado mundo “desenvolvido” e deixa de fora os não desenvolvidos (excluídos).” MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. p.20.

⁶³² Tradução livre: “indivíduo do chamado mundo desenvolvido internalizou inconscientemente a presença do planeta”. MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. p. 20.

⁶³³ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. p. 20. Tradução livre: “a unificação

Evidencia Luño que é possível perceber a íntima vinculação entre a globalização e o capitalismo neoliberal, razão pela qual, na atual fase, tais fenômenos andam “de mãos dadas”, o que permite mencionar uma “globalização neoliberal”. Explica que:

La “globalización” es el término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización. Dichos procesos de integración e interdependencia se producen a escala planetaria, rebasando los límites tradicionales establecidos por las fronteras de los Estados. Por tanto, la globalización supone la realización de los esquemas económicos del neoliberalismo capitalista. Entre sus efectos más importantes destacan: el desbordamiento de la capacidad de las naciones para realizar políticas y/o controles económicos en favor de poderes internacionales (Fondo Monetario Internacional) o privados (empresas y corporaciones multinacionales); la existencia de grandes redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria; el desequilibrio y asimetría del protagonismo de los distintos Estados en las redes económicas interconectadas, lo que determina la concentración de beneficios en los países del Primer Mundo (global-ricos) y el correlativo empobrecimiento de los países del Tercer Mundo (global-pobres).⁶³⁴

Nesse cenário, cumpre ressaltar que a história moderna é marcada pela evolução dos meios de transportes, sejam trens, automóveis, aviões, que propiciaram o intercâmbio de pessoas e mercadorias, no âmbito mundial. Contudo, o que mais contribuiu para a efetivação da globalização foi o surgimento do “transporte da informação”, aquele que não engloba o deslocamento de corpos físicos e que aconteceu, em especial, com o surgimento da rede mundial de computadores⁶³⁵.

técnica e a econômica do planeta”.

⁶³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. ***Derechos humanos, estado de derecho y constitucion***. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 628. Tradução livre: “A “globalização” é o termo que se refere aos atuais processos integradores da economia: financiamento, produção e comercialização. Esses processos de integração e interdependência acontecem em escala planetária, extrapolando os limites tradicionais estabelecidos pelas fronteiras dos Estados. Portanto, a globalização supõe a realização dos esquemas econômicos do neoliberalismo capitalista. Entre seus efeitos mais importantes estão: o transbordamento da capacidade das nações de realizar políticas e / ou controles econômicos em favor de potências internacionais (Fundo Monetário Internacional) ou privadas (empresas multinacionais e corporações); a existência de grandes redes de comunicação que viabilizam atividades financeiras e comerciais em escala global; o desequilíbrio e a assimetria do papel dos diferentes Estados nas redes econômicas interconectadas, que determina a concentração de benefícios nos países do Primeiro Mundo (global-ricos) e o correlativo empobrecimento dos países do Terceiro Mundo (global-pobres)”.

⁶³⁵ O pensamento de construção de um espaço transnacional começou a partir da “globalização e do alcance dos meios de comunicação. Televisões e rádios alcançavam lares muito distantes, transformando a comunicação em um meio poderoso de aproximar as pessoas. Já se percebia naquela época que as distâncias físicas em breve não constituiriam empecilho para o envolvimento

Vislumbra-se que, a internet “pôs fim – no que diz respeito à informação – a própria noção de ‘viagem’ (e de ‘distância’ a ser percorrida), tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta, tanto na teoria como na prática”.⁶³⁶

Tudo isso confirma que “a perenidade da globalização” fundamenta-se na “revolução da informação”. As outras consequências nos campos econômico, político e cultural estão sujeitas a eventual modificação, pois dependem da manutenção de “um status quo” que certamente é alterado diante da dinamicidade social. Frente a essa realidade, “o direito deve manter sua missão de fortalecer ou redefinir as instituições e alcançar uma ordem mundial justa”.⁶³⁷

Explica Aparicio que o estágio atual em que o contrato é desenvolvido encontra-se condicionado por dois fatores: “o acesso à sociedade pós-industrial” e “a globalização dos mercados”. Na sociedade pós-industrial houve um processo de desmaterialização das riquezas, que continuou a se acentuar com o predomínio do mercado financeiro. O contrato era tradicionalmente um instrumento de circulação de mercadorias, já atualmente ele pode, também ser utilizado, adicionalmente, para a criação de bens, as chamadas “novas propriedades”, ou seja, para a geração de produtos financeiros. Como consequência da globalização, a organização da economia e do mercado tem dimensões planetárias. Essa projeção, conseqüentemente, provoca a circulação de novos modelos contratuais que se adaptam às demandas do mercado.⁶³⁸

Assim, as obrigações contratuais que representam o modo jurídico de concretizar a circulação de bens e riquezas, ou seja, materializam as operações econômicas, se apresentam de modo dinâmico e complexo. Pela dinamicidade

entre as pessoas. [...]Milton Santos alertava para os perigos da globalização, que permite a violência da informação e do dinheiro, dois elementos que serão fundamentais para a inovadora abordagem de Lyotard [...]. Para o filósofo francês, na pós-modernidade a informação usurpa o espaço que historicamente foi do saber. Tal movimento está ligado à revolução trazida pelos computadores, pois informação seria, em parte, aquilo que pode ser traduzido em bits [...]”. SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard et al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 102.

⁶³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 22.

⁶³⁷ ALEGRÍA, Héctor. *Globalización y derecho*. **Revista Pensar en Derecho**. n. 0. Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2012. p. 264.

⁶³⁸ APARICIO, Juan Manuel. **Contratos: parte geral**. p. 72.

percebe-se que o vínculo contratual gera direitos e obrigações para ambas as partes, portanto, todos são credores e devedores.⁶³⁹

A complexidade, por sua vez, revela-se diante do grande aumento dos contratos de adesão, das condições gerais dos negócios, todos padronizados e destinados a atender de modo uniforme uma universalidade de contratantes, e, em contrapartida, pelo enfraquecimento dos contratos negociados e discutidos cláusula a cláusula. Acrescente-se que tal situação pode ser qualificada de hipercomplexa. Assim, a hipercomplexidade decorrente do avanço tecnológico, da universalização da comunicação, da desterritorialização das transações comerciais, provocou a massificação e a desmaterialização dos contratos.⁶⁴⁰

Desse modo, a globalização revela-se uma circunstância importante ao direito contratual e se

*constituye un concepto descriptivo, el cual tiene como objeto dar cuenta del desenvolvimiento de los fenómenos, económicos, sociales, culturales y jurídicos. Al ser realmente un hecho social constituye relaciones, opciones, prácticas y comportamientos colectivos. Por lo tanto, será a los valores que informan a la Comunidad internacional y los Estados de Derecho a los que corresponda la valoración del desarrollo del fenómeno globalizador.*⁶⁴¹

Refere Beck que o conceito de globalização é algo “inconstante” e que “buscar para ele uma definição mais parece uma tentativa de pregar um pudim na parede”.⁶⁴² Após, define a globalização como “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de

⁶³⁹ Assevera Marques que “esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal.” MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 218.

⁶⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 65.

⁶⁴¹ GÓMEZ, María Isabel Garrido. **Las transformaciones del derecho en la sociedad global**. Cizur, España: Editorial Aranzadi, 2010. p. 17. Tradução livre: “constitui um conceito descritivo, que visa dar conta do desenvolvimento dos fenômenos econômicos, sociais, culturais e jurídicos. Sendo realmente um fato social, constitui relações, opções, práticas e comportamentos coletivos. Portanto, será aos valores que informam a comunidade internacional e o Estado de Direito que corresponde a avaliação da evolução do fenômeno da globalização.”

⁶⁴² BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 46.

comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”⁶⁴³

Ainda, complementa Beck que a globalização pode ser entendida como uma “negação do Estado mundial”, ou seja, que se refere a existência de uma “sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial”, que, por sua vez, se propaga pelo “capitalismo global desorganizado, pois não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político.”⁶⁴⁴

Nesse sentido, a globalização pode ser definida “como a interação de três processos distintos, que têm ocorrido ao longo dos últimos vinte anos, e afetam as dimensões financeiras, produtivo-real, comercial e tecnológica das relações econômicas internacionais.” Tais processos envolvem: “a expansão extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais; o acirramento da concorrência nos mercados internacionais; e a maior integração entre os sistemas econômicos nacionais.”⁶⁴⁵

A globalização pode ser conceituada “como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. Representa um “processo dialético”, visto que “a transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço”.⁶⁴⁶

Desse modo, a globalização provoca a “compressão tempo/espaço”, ou seja, o encolhimento das noções de tempo⁶⁴⁷, que é retratada pela rapidez em que

⁶⁴³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

⁶⁴⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 33.

⁶⁴⁵ GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 24-25.

⁶⁴⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 69.

⁶⁴⁷ Observa Rosa que “*el aumento deliberado de velocidad de los procesos orientados a metas específicas del transporte, la comunicación y la producción [...] pueden denominarse aceleración tecnológica. [...] En particular, transformaron completamente em ‘régimen espacio-temporal’ de la sociedad. [...] En la edad de la globalización y la ‘u-tipicidad’ de la red, cada vez más se concibe el tempo como capaz de comprimir, o aun aniquilar, el espacio*”. Tradução livre: “o aumento deliberado da velocidade dos processos voltados para objetivos específicos de transporte, comunicação e

acontecem as transformações, e de espaço, pois não existem fronteiras para essas mudanças e padrões. “As distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no ‘mundo real’”. Nesse viés, a distância deixa de ser um dado geográfico (que decorre da delimitação dos Estados ou das características culturais) e se apresenta como um produto social, que se altera conforme a velocidade “da economia monetária, do custo envolvido na produção dessa velocidade”.⁶⁴⁸

A globalização “é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ - e isso significa basicamente o mesmo para todos”.⁶⁴⁹

Contudo, o vocábulo “globalização” revela-se polissêmico e suas acepções podem se referir a diversos âmbitos, ou seja:

*al ámbito jurídico de la internacionalización de la producción y alianzas globales entre empresas multinacionales, y también a la liberación del comercio y del mercado de capitales y un cambio tecnológico que erosiona las barreras que obstaculizan tal movilidad. Otras se relacionan a un fenómeno connatural de la cultura desarrollada que tiende a expandirse en un ámbito geográfico más amplio. Algunas se centran en contextos históricos, vinculados a la expansión colonial, a los modelos neoliberales cuya difusión llega a otras fronteras y estados menos desarrollados, a la disolución de la idea de lo geográfico y, finalmente, al establecimiento de un único sistema de carácter planetario, entre otras”.*⁶⁵⁰

produção [...] pode ser chamado de aceleração tecnológica. [...] Em particular, eles transformaram completamente o ‘regime de espaço-tempo’ da sociedade. [...] Na era da globalização e da ‘tipicidade u’ da web, o tempo é cada vez mais concebido como capaz de comprimir, ou mesmo aniquilar, o espaço”. ROSA, Hartmut. ***Alienación y aceleración: hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía***. p. 21-23.

⁶⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 19.

⁶⁴⁹ Observa Bauman que, “para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade.” Todavia, é algo que acontece para todos. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 7.

⁶⁵⁰ ALEGRÍA, Héctor. **Globalización y derecho**. p. 190. Tradução livre: “à esfera jurídica da internacionalização da produção e das alianças globais entre empresas multinacionais, e também à liberalização do comércio e do mercado de capitais e a uma mudança tecnológica que corrói as barreiras que impedem essa mobilidade. Outros estão relacionados a um fenômeno inato da cultura desenvolvida que tende a se expandir em uma área geográfica mais ampla. Algumas se centram em contextos históricos, vinculados a expansão colonial, aos modelos neoliberais cuja difusão chega a outras fronteiras e estados menos desenvolvidos, a dissolução da ideia do geográfico e, finalmente, ao estabelecimento de um único sistema de caráter planetário, entre outras”.

Observa-se que a globalização envolve várias perspectivas, pois, concomitantemente, “significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil.”⁶⁵¹

Com isso, destacam-se cinco dimensões e suas respectivas consequências⁶⁵² no fenômeno da globalização, sendo elas: a econômica, a política, a social, a ambiental e a cultural. Inicialmente, no viés econômico, evidencia-se que os principais agentes “não são os governos que formaram mercados comuns em busca de integração econômica, mas os conglomerados e empresas transnacionais” que dominam a economia; já no âmbito político, a globalização faz com que os Estados nacionais ainda se apresentem como atores principais da política internacional, todavia “ficam privados da possibilidade de articular uma política autônoma de desenvolvimento”.⁶⁵³

Na dimensão social, a economia global e a “nova ordem financeira internacional” promovem a exclusão e fomentam a miséria e o empobrecimento da população; a dimensão ambiental, revela que a produção agrícola ou industrial, e a urbanização modificam o meio ambiente de modo predatório e provocam devastação; por fim, a cultural, em que a globalização estimula “ao mesmo tempo diferenciação, descentramento, e padronização e segmentação”, ou seja, o âmbito

⁶⁵¹ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 46.

⁶⁵² Aponta-se que, “*en este orden de ideas, se hace mención al impacto de las nuevas tecnologías en los medios de comunicación que producen una enorme interconectividad entre las personas a escala mundial. En materia económica, se hace referencia a la caída progresiva de barreras aduaneras y por lo tanto la creciente “transnacionalidad” del comercio y las finanzas, donde se reconoce el advenimiento de los actuales mercados globales. En el campo político se observa cierta erosión en la soberanía de los Estados y como contrapartida, el nuevo protagonismo de instituciones y empresas transnacionales. Asimismo, se advierten, gracias a las nuevas redes de comunicación y el mayor intercambio comercial, fuertes influencias culturales internacionales*”. Tradução livre: “nessa ordem de ideias, cita-se o impacto das novas tecnologias na mídia que produzem enorme interconectividade entre as pessoas em escala global. Em matéria econômica, é feita referência à queda progressiva das barreiras alfandegárias e, portanto, à crescente “transnacionalidade” do comércio e das finanças, onde se reconhece o advento dos atuais mercados globais. No campo político, há uma certa erosão da soberania dos Estados e, em contrapartida, o novo protagonismo das instituições e empresas transnacionais. Da mesma forma, graças às novas redes de comunicação e ao maior intercâmbio comercial, notam-se fortes influências culturais internacionais.” ALEGRIA, Héctor. **Globalización y derecho**. p. 188.

⁶⁵³ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 80-87.

local sofre influência do global e também o influencia. Em suma, “o particular e o universal, que se interpenetram, tornando inseparáveis as instâncias local e global”.⁶⁵⁴

Para compreender essa realidade, importante frisar a diferença entre globalismo, globalidade e globalização. O primeiro é despolitizado e reflete “a ideologia do neoliberalismo”, preocupa-se unicamente com o viés econômico e ignora as demais dimensões da globalização. Assim, o globalismo é “monocausal” e “subordinador”.⁶⁵⁵

Já a globalidade revela que nenhum Estado pode se isolar do outro, visto que existe uma “sociedade mundial”⁶⁵⁶ que pode ser entendida como “o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas(determináveis) por ela”. Observa Beck que a globalidade é irreversível, pelos seguintes motivos: existe uma ligação global entre os mercados financeiros; uma incessante evolução da tecnologia da informação e da comunicação; a exigência de respeito aos direitos humanos; “as correntes icônicas da indústria cultural global”; a política mundial que é “policêntrica” (governos nacionais, empresas transnacionais e organizações não-governamentais); a pobreza que assola grande parte da população do mundo; a devastação do meio ambiente; e os “conflitos transculturais localizados”. Em face disso, nada que venha a ocorrer em algum lugar do globo terrestre será um fenômeno isolado, pois acaba produzindo reflexos para todos.⁶⁵⁷

Por essa noção de globalidade, a globalização revela-se um “processo [...] que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, que revalorizam culturas locais e põem em cena terceiras culturas[...]”. Portanto, as fronteiras da

⁶⁵⁴ VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. p. 87-100.

⁶⁵⁵ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 27.

⁶⁵⁶ Beck explica que na expressão sociedade mundial, o vocábulo “mundial” refere-se a “diferença, diversidade” e que “sociedade designa não-integração”. Logo, a sociedade mundial “não é uma megassociedade nacional que reúne e dissolve todas as sociedades nacionais; representa um horizonte que se caracteriza pela multiplicidade e pela não-integração, e cujo caminho terá sido aberto quando ele for protegido e produzido pela comunidade e pela atividade.” BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 29-32.

⁶⁵⁷ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 29-31.

globalização envolvem “sua extensão no espaço”; sua “estabilidade no tempo”; e sua “densidade (social) das redes de comunicação, das conexões e das imagens icônicas”.⁶⁵⁸

A globalização representa o estado atual da mundialização e dá origem, ao mesmo tempo, a diferentes e paradoxais processos culturais, ou seja: a homogeneização e padronização dos comportamentos à luz dos modelos norte-americanos; a resistência e a manutenção de culturas autônomas; e um processo de miscigenação cultural.⁶⁵⁹

A globalização⁶⁶⁰ atinge tanto grupos pequenos, quanto grandes, influencia o aparecimento de “identidades culturais locais em várias partes do mundo”, logo não é “um processo singular, mas um conjunto complexo de processos”. Nessa linha, menciona Giddens que o mundo se transformou em uma “sociedade cosmopolita global”, em que as influências são mútuas e acontecem de “maneira anárquica” e “fortuita”. Assim, a globalização “não é firme nem segura, mas

⁶⁵⁸ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 31-32.

⁶⁵⁹ MORIN, Edgar. **La vía: para el futuro de la humanidad.** p. 20-21.

⁶⁶⁰ Observa Boaventura de Sousa Santos que “*la globalización neoliberal no se limita a someter cada vez más interacciones al mercado o a elevar la tasa de explotación de los trabajadores, transformando la fuerza de trabajo en un recurso global al mismo tiempo que impide la aparición de un mercado laboral global. La globalización neoliberal nos ha mostrado cómo la explotación se vincula con muchas otras formas de opresión que afectan a las mujeres, las minorías étnicas, los pueblos indígenas, los campesinos, los desempleados, los trabajadores del sector informal, los inmigrantes legales e ilegales, las clases inferiores marginadas en guetos, los gays, las lesbianas, los niños y los jóvenes. Todas esas expresiones de poder opresor crean exclusión. No se puede asignar a cualquiera de esas manifestaciones, en abstracto, o a las prácticas que se oponen a las mismas ninguna posición privilegiada con respecto a la reivindicación de que «otro mundo es posible». [...] La igualdad, entendida como la equivalencia entre aquellos iguales, terminó excluyendo aquello que es diferente [...]*”. Tradução livre: “a globalização neoliberal não se limita a sujeitar cada vez mais as interações ao mercado ou elevar a taxa de exploração dos trabalhadores, transformando a força de trabalho em um recurso global e evitando o surgimento de um mercado de trabalho global. A globalização neoliberal nos mostrou como a exploração está ligada a muitas outras formas de opressão que afetam mulheres, minorias étnicas, povos indígenas, camponeses, desempregados, trabalhadores do setor informal, imigrantes legais e ilegais, classes populares marginalizadas em guetos, gays, lésbicas, crianças e jovens. Todas essas expressões de poder opressor criam exclusão. Nenhuma posição privilegiada pode ser atribuída a qualquer uma dessas manifestações, em abstrato, ou às práticas que se opõem a elas no que diz respeito à afirmação de que “outro mundo é possível”. [...] A igualdade, entendida como a equivalência entre iguais, acabou excluindo o que é diferente [...]”. SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita.** Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007. p. 47.

repleta de ansiedades bem como marcada por profundas divisões.”⁶⁶¹

Diante desse cenário, a globalização neoliberal revela-se um “processo parasitário e predatório que se alimenta da energia sugada dos corpos dos Estados-nações e de seus sujeitos”. O Estado não consegue mais proteger a sociedade, e as “forças globalizadoras” afastam, ainda mais, o poder e a política, fazendo com que o Estado-nação já enfraquecido, fique cada vez mais subjugado.⁶⁶²

Refere Retondar que a globalização se configura “não apenas enquanto força econômica do capitalismo mas, também, em uma força política e cultural, uma força civilizatória, que confere sustentação às transformações em andamento na estrutura social”.⁶⁶³ Toda essa realidade dá origem a inúmeros paradoxos e questionamentos no âmbito da globalização, o que por sua vez, guardam relevância com os contratos, como se passa a expor.

A globalização pretende desenhar uma “sociedade-mundo”, porém, encontra obstáculos, visto que precisa de um território (com intercomunicação, o que acontece de modo pleno) e de uma economia mundializada (que não se efetiva).⁶⁶⁴ Então, a globalização representada pela unificação técnico-econômica do planeta encontra-se em crise⁶⁶⁵ em virtude das resistências nacionais (étnicas e culturais) ao processo de ocidentalização, bem como ao desmoronamento do mito do progresso do Ocidente. Com isso, provoca várias crises em escala mundial e, também, sofre

⁶⁶¹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 28-29.

⁶⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 31.

⁶⁶³ RETONDAR, Anderson Moebus. **Sociedade de consumo, modernidade e globalização**. São Paulo: EDUEGG, 2007. p. 90-91.

⁶⁶⁴ Com relação à economia, observa Morin que a sociedade deveria controlá-la, porém isso não acontece, e “*este control es lo que falta, faltan también las autoridades legítimas dotadas de poder de decisión, y está ausente la conciencia de comunidad de destino indispensable para que la sociedad se convierta en Tierra-Patria.*” Tradução livre: “falta esse controle, faltam as autoridades legítimas dotadas de poder de decisão e falta a consciência de uma comunidade de destino essencial para que a sociedade se torne Terra-Pátria.” MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 21.

⁶⁶⁵ A globalização provoca várias crises, destacam-se entre elas: a crise da economia mundial, iniciada em 2008; a crise ecológica com a degradação da biosfera; a crise demográfica com o aumento da população nos países pobres, diminuição nos ricos e grande fluxo migratório, provocado pela miséria; crise urbana, em que as metrópoles asfixiam seus habitantes pela poluição e existe as divisões entre ricos e pobres; a crise rural pela desertificação da terra provocada pelo errado manejo; a crise da política em que os governantes não conseguem compreender e resolver a complexidade dos novos problemas. MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. p.23-24.

com essas crises que ela mesma cria.⁶⁶⁶

Com relação aos efeitos da globalização, necessário mencionar que a ela está se “convertendo na essência do novo Direito Econômico Internacional que suprime a participação democrática em benefício de um descarado decisionismo tecnocrático”, com isso “sepulta os mais elementares princípios de publicidade sob o império da opacidade e do segredo. Neste contexto, amplos contingentes sociais são atingidos em seus direitos mais básicos, por normas que os ignoram completamente”.⁶⁶⁷ Tais normas⁶⁶⁸ são aprovadas por uma elite, que à luz do jogo político⁶⁶⁹, usa estratégias para servir o capital e manter-se no poder, a custo da miséria da maioria.

Explica Bauman que tal realidade criou uma “nova e desconfortável percepção das coisas fugindo ao controle”, o que levou a articulação do conceito de globalização, que se caracteriza pelo “caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.⁶⁷⁰

Já, Giddens assevera que a globalização gera questionamentos e pode ser definida conforme a análise do intérprete, ou seja: sob uma ótica cética ou um viés radical. Os céticos argumentam que a globalização não é algo novo, visto que sempre existiu intercâmbio entre os povos, e “sejam quais forem seus benefícios, seus percalços e tribulações, a economia global não é especialmente diferente da que existiu em períodos anteriores”. Por outro lado, os radicais defendem que a globalização é algo “real” e que “suas consequências podem ser sentidas em toda a

⁶⁶⁶ MORIN, Edgar. *La vía para el futuro de la humanidad*. p. 21-22

⁶⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito*. RECHTD/UNISINOS, v. 2, n. 2. 2010. p. 100.

⁶⁶⁸ Explicam Ferrer e Cruz que, essa elite dita normas que “tornam absurdos certos pressupostos que o “poder” presume estejam disponíveis para conhecimento público, como o que sustenta que “o Direito se presume conhecido por todos” ou, pior ainda, aquele conforme o qual a Democracia supõe a atribuição a cada pessoa um voto.” CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. p. 100.

⁶⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. p. 100.

⁶⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 66-67.

parte”.⁶⁷¹

Ainda, aduz Giddens que a globalização “não só é nova, mas também revolucionária” e que os céticos e os radicais apenas analisam o seu âmbito econômico. Contudo, adverte que isso é um lapso, visto que a globalização “é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica”, e se potencializa pelas tecnologias de comunicação, que permitem a transmissão de informações instantâneas para todo o globo terrestre.⁶⁷²

Neste contexto, Santos apresenta três faces da globalização: primeiramente, como fábula retratando “o mundo tal como nos fazem crer”, ou seja, “a máquina ideológica que sustenta as ações preponderantes da atualidade é feita de peças que se alimentam mutuamente e põem em movimento os elementos essenciais à continuidade do sistema”. A segunda é a globalização como perversidade que revela “o mundo como ele é”, momento que o desemprego, a fome e a pobreza se espalham em todos os continentes, o meio ambiente é devastado e a riqueza se concentra nas mãos de poucos. E na terceira, o mundo como poderia ser “por uma outra globalização”, que venha a reduzir as desigualdades, respeitar as pessoas e estimular a solidariedade social.⁶⁷³

Com isso, percebe-se que, a globalização gera paradoxos globais, ao mesmo tempo, “tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”. A globalização apresenta-se de modo paradoxal, visto que, simultaneamente, contrapõem “dimensões planetárias” e um “processo ‘localizador’ de fixação no espaço”. Convivem processos ligados, contudo, que diferenciam as “condições existenciais de populações inteiras e de vários segmentos de cada população.”⁶⁷⁴

Explica Beck que a globalização representa, de modo conjunto, uma “des-

⁶⁷¹GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 18-20.

⁶⁷² GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo por nós. p. 21.

⁶⁷³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 9-11.

⁶⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 8.

localização” e uma “re-localização”, visto que a produção não acontece “globalmente”, mas em determinado local e, também, por que “os produtos e as firmas que atuam no mercado global precisam estabelecer conexões locais” para promover suas vendas. Isso revela a importância do nexo do local e do global. “O localismo é [...] a estratégia empresarial que eleva o significado prático da globalização.”⁶⁷⁵

Também, a título de paradoxos globais vislumbra-se que a globalização convive com o universalismo e o particularismo. O primeiro é caracterizado pela generalização, em que os mercados “fabricam uma cultura mundial marcada por uma forte corrente de homogeneização”, enquanto o segundo revaloriza e redescobre a cultura local e as demandas comunitárias. “Quanto mais o mundo se globaliza, mais um certo número de particularismos culturais aspira afirmar-se nele. Uniformização globalitária e fragmentação cultural andam juntas.”⁶⁷⁶

Ainda, a globalização contrapõe a conexão e a fragmentação. Produz conexões, pois possibilita a convivência e o trabalho em “locais geográficos afastados” criando “comunidades transnacionais”. Em contrapartida, fragmenta porque abala a autoridade do Estado e coloca em risco a unidade das “comunidades locais”. Do mesmo modo, a globalização promove a centralização, pela concentração do poder, do capital, do conhecimento e da riqueza; e, por outro lado, a descentralização, em que comunidades locais, “se tornam mais influentes na formação de seus espaços sociais, e também em seus contextos locais, leia-se: nacionais.”⁶⁷⁷

Logo, “o que para alguns parece globalização, para outros significa a localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel.”⁶⁷⁸ Nesse contexto, a globalização é um processo irreversível que acaba afetando a todos, visto que tudo é colocado em movimento⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 90.

⁶⁷⁶ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Mara Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.17-18.

⁶⁷⁷ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p.96-97.

⁶⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. p.7.

⁶⁷⁹ Explica Bauman que “a mobilidade galga ao mais alto nível dentre os valores cobiçados - e a

e em constante transformação. Em especial, refere-se que a globalização econômica, por meio do capitalismo, promove o controle dos negócios e do comércio do planeta, das finanças e do fluxo de informação, trazendo consequências aos contratos.

Tal situação fomenta uma “cultura mundializada, que retira sua força de um processo onde as imagens se tornaram centrais à narrativa social, principalmente por intermédio dos meios de comunicação eletrônicos”. Com isso, a globalização “se orienta por um macroprocesso social, econômico e também cultural, que deriva da expansão do capitalismo para um nível transnacional”,⁶⁸⁰ e por sua vez, abala a aplicação das normas contratuais de cada Estado frente ao poderio das grandes corporações.

Desse modo, a globalização promove a interação entre as pessoas, tanto no âmbito interno, quanto externo, essa aproximação é provocada pelo aumento da facilidade de locomoção e pela permanente interconectividade propiciada pelos avanços tecnológicos e dos meios de comunicação, em especial, a internet, que permite uma conexão em tempo real no globo. Mesmo os excluídos, seja por posição geográfica, seja por ausência de acesso a bens ou a educação, são atingidos pelos reflexos da globalização.

Portanto, além, da integração social, que modifica culturas e se alastra pelo planeta, destaca-se o intercâmbio econômico, que ultrapassa as fronteiras do Estados e cria uma economia global, dominada pelo capital transnacional, que justifica a importância da reflexão sobre a criação de espaços públicos que tratem dessas demandas transnacionais, mormente oriundas da relações contratuais.

liberdade de movimentos, uma mercadoria sempre escassa e distribuída de forma desigual, logo se torna o principal fator estratificador de nossos tardios tempos modernos ou pós-modernos. [...] Todos nós estamos, a contragosto, por desígnio ou revelia, em movimento. [...] Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. [...] Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão. [...]” BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 8-9.

⁶⁸⁰ RETONDAR, Anderson Moebus. **Sociedade de consumo, modernidade e globalização**. São Paulo: EDUEGG, 2007. p. 90-91.

3.3 A transnacionalidade e o cenário da globalização econômica

A globalização, gerou uma economia de alcance global, que cria ambientes assimétricos. Nesse cenário globalizado e assimétrico, o Estado-nação e os organismos internacionais não conseguem agir de modo efetivo diante da complexidade das demandas transnacionais.

Observa-se que conceitos como “civilização”, “desenvolvimento” e “universalização” que integravam o conteúdo do pensamento moderno buscavam ilustrar o âmbito global e tinham, em comum, a ideia de produzir “a ordem numa escala universal”. O termo universalização, que anteriormente, referia-se às questões mundiais, deixou de ter importância, encontra-se “em desuso” e não corresponde ao fenômeno vigente da globalização. No momento atual, a concepção de globalização vincula-se aos “efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às iniciativas e empreendimentos globais”.⁶⁸¹

Com isso, a globalização, na dimensão econômica, enfraqueceu o Estado-nação⁶⁸², criou novos centros de poder e “novos tipos de poder que não são alcançados pelos direitos nacional e internacional”. Tal situação produz uma sensação de “desamparo sentida por grande parte da população global nessa segunda década do Século XXI”⁶⁸³. Menciona Beck que, a sociedade mundial criada pela globalização “nos remete a um novo mundo, a uma espécie de continente inexplorado que se desvela em meio à terra de ninguém transnacional, no espaço limítrofe entre Estados e sociedades nacionais”.⁶⁸⁴

O fenômeno da transnacionalidade revela-se “vital para o futuro da raça

⁶⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p.67.

⁶⁸² O Estado tem seu poder reduzido e acaba servindo ao capital global, momento que desempenha “funções de uma empresa de segurança” e “finge estar interessado na moralidade pública, no corpo, na memória e na privacidade dos homens: essas são mercadorias valiosas numa feira política que acontece a cada quatro ou cinco anos, ou seja, na eleição.” BAUMAN, Zygmunt. DONSIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.150.

⁶⁸³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p.12.

⁶⁸⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. p.90.

humana”, pois envolve questões denominadas de “demandas transnacionais”. Tais demandas se encontram ligadas a efetividade dos direitos fundamentais difusos, que precisam de uma abordagem e regulamentação diversa daquela presente no direito internacional ou no direito interno, pois dizem respeito a toda humanidade.⁶⁸⁵

Desse modo, *“paralelamente, y fuera de las materias puramente económicas, una serie de comisiones para el seguimiento de la observancia de los derechos humanos han sido constituidas y operan en el ámbito internacional y en el interno de algunos países”*.⁶⁸⁶ Ainda, refere-se a criação de tribunais para o julgamento de crimes contra a humanidade. Com isso, pode-se vislumbrar *“una cierta globalización en orden a la legislación sobre derechos humanos y al juzgamiento incluso internacional o supranacional de las conductas de los Estados y de los particulares con relación a su efectiva materialización”*.⁶⁸⁷

Nesse contexto, importante compreender a realidade envolvida por esses direitos, pois eles ultrapassam as fronteiras dos Estados e pertencem a todas as pessoas, para então vislumbrar a noção da transnacionalidade e as consequências que provoca no âmbito jurídico. Os direitos humanos⁶⁸⁸ designam direitos pertencentes a todas as pessoas em face de sua natureza humana, que foram conquistados historicamente em diferentes dimensões ou gerações⁶⁸⁹ e merecem o

⁶⁸⁵GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200. p. 174.

⁶⁸⁶ALEGRÍA, Héctor. **Globalización y derecho**. p. 261-262. Tradução livre: “ao mesmo tempo, e fora das questões puramente econômicas, uma série de comissões para monitorar a observância dos direitos humanos foram criadas e operam em nível internacional e em alguns países.”

⁶⁸⁷ALEGRÍA, Héctor. **Globalización y derecho**. p. 261-262. Tradução livre: “uma certa globalização para a legislação sobre direitos humanos e mesmo para o processo internacional ou supranacional da conduta de Estados e indivíduos em relação à sua efetiva materialização”.

⁶⁸⁸Conforme Luño, os direitos humanos podem ser conceituados como *“um conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”* Tradução livre: “Um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, especificam as exigências da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos sistemas jurídicos a nível nacional e internacional.” LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

⁶⁸⁹Explica Garcia que “o conceito de direitos humanos tem que ser um conceito integral, um conceito que abranja a todas as demais gerações, ou pelo menos as duas primeiras gerações e que garanta a sua fundamental característica de ser integral no sentido de que ainda que cada direito humano seja autônomo eles se complementam e são interdependentes”. GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e as consequências para a teoria Contemporânea dos

reconhecimento na esfera interna, internacional e transnacional.

Dessa forma, os direitos humanos⁶⁹⁰ rompem as barreiras do direito interno e da soberania, com intuito de proteger os “cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”.⁶⁹¹ A par disso, observa-se o fenômeno da “transnacionalização dos direitos fundamentais” que “é um processo diferente e posterior ao da internacionalização dos mesmos”.⁶⁹²

Para compreender essa transnacionalização dos direitos humanos opta-se por adotar a lição de Peces-Barba. Explica o doutrinador espanhol que os direitos fundamentais podem ser entendidos por meio de uma teoria tridimensional, ou seja, através das dimensões ética, jurídica e fática.⁶⁹³ Assim, os direitos fundamentais possuem seu conceito alicerçado nessas três perspectivas, que se revelam imprescindíveis e devem coexistir. A primeira, a axiológica (ética) “relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade)” a segunda, a jurídica ligada a “sua vigência (positividade-legalidade)”; e a terceira, a fática (ou social) que diz respeito “as práticas sociais (eficácia ou efetividade)”.⁶⁹⁴

Pela dimensão ética um direito fundamental deve representar uma “pretensão moral justificada”, com base na dignidade da pessoa humana, nos ideais de liberdade, igualdade, solidariedade e segurança jurídica. Ainda, seu conteúdo deve ser passível de generalização, ou seja, de se tornar lei universal e ser aplicado

Direitos Humanos: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 7-41. p. 16.

⁶⁹⁰Carrio menciona que os direitos humanos derivam dos princípios da inviolabilidade da pessoa, da autonomia da pessoa e da dignidade da pessoa. CARRIO, Genaro R. **Los derechos humanos y su proteccion: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.14.

⁶⁹¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.1.

⁶⁹²GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 177.

⁶⁹³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109-112.

⁶⁹⁴GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVEIRO, Maurizio (Org.). **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**: edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg. Perugia: Unipg, 2016. p. 16.

a todos os seres humanos, do mesmo modo.⁶⁹⁵

Na dimensão jurídica os direitos fundamentais devem representar uma pretensão moral justificada que possa ser incorporada a uma norma jurídica, ou seja, ser positivada, para que possa “*obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial*” e ainda “*que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos*”.⁶⁹⁶

Já, a dimensão fática revela que os direitos fundamentais pertencem à realidade social, “*por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad*”.⁶⁹⁷ Observa-se a efetividade dos direitos fundamentais e sua concretização no meio social. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que o direito influencia a realidade social, a própria realidade social também influencia o direito.⁶⁹⁸

Em suma, os direitos fundamentais são compreendidos “como uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da ideia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo poderão ter a sua finalidade efetivada”.⁶⁹⁹

Pelo pensamento de Peces-Barba os direitos fundamentais são um fenômeno da modernidade e sua formação⁷⁰⁰ envolve quatro momentos: um

⁶⁹⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. p. 109.

⁶⁹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. p. 109-110. Tradução livre: “obrigar alguns destinatários correlatos das obrigações legais que surjam para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial”. “que possa ser atribuído como direito subjetivo, liberdade, poder ou imunidade a determinados titulares”.

⁶⁹⁷ Tradução livre: “portanto, condicionados em sua existência por fatores extrajudiciais de natureza social, econômica ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”.

⁶⁹⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. p. 112.

⁶⁹⁹GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. p.14.

⁷⁰⁰ Salienta Garcia que “antes, porém, do início do processo de positivação, ou melhor, do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, nos parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com a fundamental pergunta da filosofia dos direitos fundamentais que seria: qual deve ser seu conteúdo? Essa seria, em nossa opinião, a terceira pergunta fundamental relativa aos direitos, uma vez que a primeira e segunda respectivamente seriam: o por quê (?) e o para quê

processo de positivação que ocorreu a partir das revoluções burguesas, com a positivação dos direitos de liberdade (direitos individuais); o processo de generalização, como consequência de conquistas decorrentes de lutas em busca da igualdade, em que foram reconhecidos e protegidos os direitos de determinados grupos (direitos sociais); um processo de internacionalização, com intuito de ampliar a proteção para além das fronteiras dos Estados e criar um sistema de proteção que envolvesse a comunidade internacional; e um processo de especificação, que busca proteger os novos direitos de solidariedade (direitos transindividuais), levando em conta os titulares (por exemplo crianças, idosos, consumidores...), como também o conteúdo, que é pertinente a todas as pessoas, (por exemplo o meio ambiente, a paz e o desenvolvimento).⁷⁰¹

Esses “novos direitos” envolvem direitos fundamentais de terceira geração⁷⁰² e são ao mesmo tempo individuais, coletivos e difusos, podendo ser denominados de transindividuais. Caracterizam-se por serem transfronteiriços e transnacionais, e estarem ligados ao valor da solidariedade(fraternidade),⁷⁰³ envolvem demandas transnacionais, que se revelam valiosas para a vida humana, como por exemplo, o direito ao desenvolvimento, o direito dos consumidores e o meio ambiente.

Explica Garcia que as demandas transnacionais⁷⁰⁴ exigem a “criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos, que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”. A

(?) dos direitos fundamentais. Esse processo de formação do ideal dos direitos fundamentais é iniciado na época que o professor Peces-Barba chama de trânsito à modernidade, ou seja, o trânsito da idade média para a Idade Moderna – séculos XIV até XVIII.” GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005. p. 420.

⁷⁰¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. p. 154-155.

⁷⁰²Conforme Sarlet, os “direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos [...], e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57.

⁷⁰³GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 179.

⁷⁰⁴ Para Bauman “num planeta negativamente globalizado, todos os principais problemas – os metaproblemas que condicionam o enfrentamento de todos os outros – são globais e, sendo assim, não admitem soluções locais. Não há nem pode haver soluções locais para problemas originados e reforçados globalmente. A união do poder e da política pode ser alcançada, se é que pode, no nível planetário.” BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. p. 31.

justificativa para a transnacionalização do direito “é a necessidade de proteção do ser humano” e de seu “entorno natural”.⁷⁰⁵

Ressalta-se que o prefixo “trans” possui origem no latim e “significa ‘além de, através, para trás, em troca de ou ao revés’”, ou seja, “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado” e com isso não traz consigo o dualismo público e privado.⁷⁰⁶

Na mesma linha, Oliviero e Cruz explicam que o prefixo “trans” evidencia “a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados”. Ainda, verifica-se que não possui o mesmo significado que a expressão “inter”, pois essa “sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados”, enquanto, o prefixo “trans” indica “a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e da transformação dos espaços e dos modelos nacionais”.⁷⁰⁷ Ainda, “o adjetivo ‘nacional’ indica a existência de uma coletividade, que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado”.⁷⁰⁸

A transnacionalização pode ser entendida como “fenômeno reflexivo⁷⁰⁹ da globalização”, visto que “se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.”⁷¹⁰ Então, a transnacionalidade “enquanto fenômeno, não é distinto da globalização⁷¹¹,

⁷⁰⁵ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 175.

⁷⁰⁶ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-25.

⁷⁰⁷ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. p. 23.

⁷⁰⁸ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. p. 23.

⁷⁰⁹ Argumenta Stelzer que o fenômeno é reflexivo “porque a transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com [...] internacionalidade. Assim, enquanto a globalização é o fenômeno envolvente, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional.” STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 21.

⁷¹⁰ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 21.

⁷¹¹ Explica Garcia que “para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas

pois nasce no seu contexto, mas com características próprias”.⁷¹²

Nesse sentido, transnacional quer dizer que: “surtem formas de vida e de atuação cuja lógica interna pode ser explicada pela riqueza das descobertas que conduziriam os homens a erigir e sustentar mundos de convivência e relações de intercâmbio ‘sem distâncias’”.⁷¹³ Essas relações intersubjetivas transnacionais precisam observar “aspectos tanto econômicos como ambientais, culturais, éticos e estéticos. Isto é, a transnacionalidade não pode se limitar a globalizar a dimensão econômica, mas compreender que há diferenças culturais e de valores” entre as diferentes regiões e civilizações do globo.⁷¹⁴

Dessa forma, relevante refletir sobre a possibilidade de criação de “espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”, com intuito de obter respostas mais eficientes aos fenômenos globais. Com isso, necessária “não apenas a justaposição de instituições ou superação/transposição de espaços territoriais” mas sim a criação de “novas instituições multidimensionais”, com intuito de proporcionar respostas mais satisfatórias às demandas globais.⁷¹⁵

Explica Stelzer que a transnacionalização é um fenômeno multifacetado, polissêmico e complexo, constitui-se em uma faceta da globalização, que acarreta discussões e perpassa por resistência na aceitação. Ainda, se caracteriza pela desterritorialização das relações humanas e da produção, pela ultra valorização do capitalismo e pelo enfraquecimento da soberania dos Estados.⁷¹⁶

No que tange à desterritorialização vislumbra-se que a transnacionalidade

com a globalização econômica como alguns pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta.” GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade**: um estudo preliminar. p. 175.

⁷¹² STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 50.

⁷¹³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 67.

⁷¹⁴ SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard et al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 120.

⁷¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

⁷¹⁶ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 25.

“desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global.”⁷¹⁷ Giddens aborda a nação cosmopolita e faz referência ao que ele chama de “suavização de divisas”. Argumenta que os Estados iniciaram seu surgimento quando “desenvolveram ‘divisas’ claras, em vez das ‘fronteiras’ mais vagas [...]”. Todavia, agora, novamente as divisas dos Estados “estão se tornando fronteiras”⁷¹⁸ por causa de seus laços com outras regiões e seu envolvimento com agrupamentos transnacionais de todos os tipos.”⁷¹⁹

A desterritorialização, também, abrange as relações humanas, sendo provocada pela fluidificação da noção de espaço (diluição das divisas), bem como pela facilidade de comunicação e de informação entre as pessoas. Esses fatores sustentam a liberdade de ação fomentado pelo “cibermundo hipertélico” que está à disposição das pessoas, inclusive na palma da mão (pelos smartphones) em que “o usuário tem acesso imediatamente a um excesso de informações desordenadas e não hierarquizadas; ele tem a liberdade de se projetar onde quiser, de aprender, de olhar, de abrir seu caminho [...]”.⁷²⁰ Esse “cibermundo” promove os contratos eletrônicos pela facilidade de celebração e pelo massivo ataque da publicidade.

Ao lado disso, vê-se a “ultra valorização do capitalismo”⁷²¹ que desequilibra o sistema de solidariedade que deve existir entre os Estados, entre as pessoas e entre as gerações, promove a desigualdade social, esgota os recursos

⁷¹⁷ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 22.

⁷¹⁸ A noção de divisa é uma das causas do nascimento do Estado-nação. Assim “divisas são linhas precisas traçadas num mapa. Que designa o território da nação, e qualquer violação delas é encarada, como um ataque à integridade da nação. Os Estados estão novamente passando a ter fronteiras em vez de divisas, mas não pelas mesmas razões que no passado. Os Estados primitivos tinham fronteiras porque possuíam um aparato político inadequado: não eram capazes de fazer valer sua autoridade em seus perímetros externos. As divisas dos Estados atuais estão se tornando fronteiras [...] A União Europeia é o protótipo, mas a suavização das divisas está acontecendo também em outras partes do mundo.” GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da socialdemocracia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000. p.142.

⁷¹⁹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da socialdemocracia**. p. 142.

⁷²⁰ LIPOVESTKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. p. 80.

⁷²¹ Sousa Santos alega que o capitalismo está assumindo características que parecem do século XVIII e XIX, ao mesmo tempo em que convive com a revolução das tecnologias. Esta é a grande contradição do capitalismo, neste momento, por isso que os recursos naturais são cada vez mais importantes. E na América Latina, a luta pelo controle dos recursos naturais, pela biodiversidade, pela água, pela própria terra, está em toda parte. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. p.17-18.

naturais, e ainda, coloca em risco a vida no Planeta Terra. Desse modo, “o capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes, que se estendem pelo globo. O capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e o nacional não podem competir com ele.”⁷²²

Também, a transnacionalidade se caracteriza pelo enfraquecimento dos Estados soberanos, visto que perderam influência política no âmbito econômico. Sob a pressão dos “mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos atores estatais.”⁷²³ As grandes corporações multinacionais concorrem com os Estados, e relativizam o seu poder, nas palavras de Habermas: “o dinheiro substitui o poder.”⁷²⁴

Analisando, de modo conjunto, os aspectos da desterritorialização, da ultra valorização do capitalismo e da relativização da soberania dos Estados, que marcam os traços definidores da transnacionalidade, vislumbra-se que:

*La soberanía se diluye y con ella los perfiles del Estado moderno sometido a dos fuerzas opuestas que lo debilitan y transforman. Por un lado, la recuperación del protagonismo de las comunidades locales y regionales que no sólo disputan las competencias internas del estado central, sino que se hacen cada día más presentes en el contexto internacional estableciendo su propias relaciones al margen del estado. Por otro, en un proceso centrífugo imparable, el a veces sutil desplazamiento de decisiones a una pléyade de instancias supranacionales. Esto en cuanto a lo público, porque, además, en el ámbito privado la actividad mundial es cada día más el espacio de las corporaciones, entidades con sus propios intereses, de localización flexible y poco dadas al control estatal. El proceso no es otro que el de una progresiva desterritorialización de los procesos económicos y de los mecanismos de toma de decisiones que produce una dispar (por áreas y regiones) pero continua disolución de la soberanía, dando paso a un nuevo espacio transnacional de caracteres singulares.*⁷²⁵

⁷²² OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. p. 26.

⁷²³ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 99.

⁷²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. p.100.

⁷²⁵ FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, transnacionalidade y transformaciones del derecho*. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. (Org.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 20. Tradução livre: “A soberania se dilui e com ela os perfis do Estado moderno são submetidos a duas forças opostas que o enfraquecem e o transformam. Por um lado, a recuperação do protagonismo das comunidades locais e regionais que não só disputam os poderes internos do Estado central, mas estão cada vez mais presentes no contexto internacional, estabelecendo as suas próprias relações

Tal realidade retrata a inversão das posições dos poderes político econômico e ideológico⁷²⁶, visto que nesse contexto globalizado, o poder econômico encontra-se em primeiro lugar e determina as decisões políticas mais relevantes. Embora o poder político tenha o monopólio da força sobre as pessoas, em face de sua soberania, quem determina as decisões mais estratégicas é o econômico. Com isso, o poder econômico não só conquistou a primazia, como também “*su supremacía se expresa devorando a los otros dos, privándolos de autonomía y derruyendo sus murallas*”.⁷²⁷

Observa-se que “o capital transnacional exercita a sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado” e também das organizações internacionais. Ele converte “o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras”. Por outro lado, os Estados “não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem-estar para a população a riqueza que circula” diariamente em seu território.⁷²⁸

Outro traço característico da transnacionalidade que é a “emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal”, ou seja, de um direito que seja transnacional, para fazer frente as modificações ocorridas a partir do Século XX, em especial decorrentes da globalização.⁷²⁹ O direito transnacional teria por mote disciplinar contextos globais e pode ser definido como

fora do Estado. Por outro lado, em um processo centrífugo imparável, a mudança às vezes sutil de decisões para uma infinidade de instâncias supranacionais. Isso em termos de público, porque, além disso, na esfera privada, a atividade mundial é cada vez mais o espaço das corporações, entidades com interesses próprios, de localização flexível e pouco submetidas ao controle do Estado. O processo não é outro senão o de uma desterritorialização progressiva dos processos econômicos e dos mecanismos de tomada de decisão que produz uma dissolução díspar (por áreas e regiões), mas contínua, da soberania, dando lugar a um novo espaço transnacional de caráter único”.

⁷²⁶ Menciona Vitale que, o poder ideológico se apresenta pela grande mídia, e na hierarquia dos poderes, se encontra em segundo lugar. VITALE, Ermanno. **Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional**. p.87.

⁷²⁷ VITALE, Ermanno. **Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional**. p. 89. Tradução livre: “sua supremacia se expressa devorando os outros dois, privando-os de autonomia e derrubando seus muros”.

⁷²⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais**. p. 69.

⁷²⁹ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 50.

um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.⁷³⁰

A expressão “direito transnacional”⁷³¹ foi cunhada por Philip Jessup, em 1956. Embora os estudos dele tenham que ser entendidos à luz da realidade da metade do século XX, vê-se que “sob a inédita terminologia de transnacional” teve o “mérito de mesclar o Direito internacional público e privado” e, também, incluir o “Direito nacional, tanto público quanto privado”, na mesma denominação. Ainda, incluiu “atores estatais e não estatais na arena mundial”, bem como investiu “o transpasse existente entre as áreas dos negócios e da política”.⁷³²

Atualmente, o mundo encontra-se em uma “lógica transnacional”, existem empresas transnacionais e, também, problemas e demandas transnacionais. Em que pese, “o direito ainda esteja em processo de construção de um espaço transnacional, [...] ainda se vê vinculado à lógica internacional”, o que “não exclui o fato de existirem outras dimensões da vida, como o mercado, já funcionando em âmbito transnacional”.⁷³³

Stelzer menciona que “as duas facetas da transnacionalidade jurídica” tiveram origem “na seara do comércio, ora mundial propriamente dito, na categoria da nova *lex mercatoria*⁷³⁴; ora na seara do comércio regional, caracterizado pelo

⁷³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. p. 65

⁷³¹ Para Jessup o direito transnacional consistia em: “*All law which regulates actions and events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*”. Tradução livre: “Toda lei que regulamenta ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Estão incluídas as leis internacionais públicas e privadas, assim como outras regras que não se enquadram totalmente nessas categorias padrão”. JESSUP, Philip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 3.

⁷³² STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 36-37.

⁷³³ SOARES, Josemar Sidinei. **Premissas humanistas para um direito transnacional**. p. 100

⁷³⁴ Observa-se que, a “*lex mercatoria represents a veritable legal order different from and independent of the various domestic laws on the one side and public international law on the other, what ultimately matters is the extent to which States nowadays permit parties to an international commercial contract, by referring to the *lex mercatoria*, to escape the application of any domestic law*”. BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*. **HeinOnline**. Rev. n. 199. 2000. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em 02.fev.2020. p.199. Tradução livre; “*lex mercatoria* representa uma verdadeira ordem jurídica diferente da independente das várias leis domésticas, por um lado, e públicas direito internacional, por outro lado, o que importa em última

mercado europeu e pelo Direito comunitário.” A criação dessas normas decorre do fato do Estado não conseguir “atender às especificidades e a celeridade dos negócios além fronteira”, então tolera “um corpo normativo transnacional” produzido à margem da soberania estatal.⁷³⁵

Corroborando com essa ideia, a tendência “expansiva” do constitucionalismo, que além de representar um fenómeno no âmbito nacional dos Estados, também, têm apresentado um viés transnacional, decorrente da criação de diversas organizações internacionais e jurisdições acima⁷³⁶ do direito interno, com carácter supra estatal. No entendimento de Reyes tal comportamento revela um “constitucionalismo transnacional”.⁷³⁷

Na mesma linha, defende Ferrajoli um constitucionalismo internacional que se fundamenta na igualdade de todos os seres humanos.⁷³⁸ Que embora, o projeto seja tido por improvável ou utópico, no momento, a médio e longo prazo pode se tornar realidade, como condição de sobrevivência do género humano, “*el desarme generalizado y la globalización de las garantías de los derechos fundamentales y de los bienes comunes y vitales, como límites y vínculos a los actuales poderes globales, de outro modo salvajes y destructivos*”.⁷³⁹

Nesse contexto, o direito transnacional poderia envolver normas reguladoras dos direitos humanos, de direito penal internacional, de direito ambiental

análise é até que ponto os Estados Atualmente, as partes contratantes de um contrato comercial internacional referem-se à *lex mercatoria*, para escapar à aplicação de qualquer lei nacional”.

⁷³⁵ STELZER, Joana. **O fenómeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. p. 50.

⁷³⁶ Explica Reyes que o constitucionalismo transnacional decorre de “*delcaraciones, pactos o convenios sobre derechos humanos, cuya vigencia se ha venido asegurando incluso mediante la existencia de unos tribunales supraestatales capaces de interpretarlos y aplicarlos*” como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução livre: “declarações, pactos ou convenções sobre direitos humanos, cuja validade foi assegurada inclusive pela existência de tribunais supraestaduais capazes de interpretá-los e aplicá-los”. REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p. 37.

⁷³⁷ REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. p. 37.

⁷³⁸ Sustenta Ferrajoli que “a constitucionalização da globalização” não pode se limitar, apenas, aos mercados e aos capitais, mas deve se converter na “refundação da política, do direito e da democracia, com base na igualdade dos direitos de todos os seres humanos”. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 89-90

⁷³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 89. Tradução livre: “o desarmamento generalizado e a globalização das garantias dos direitos fundamentais e dos bens comuns e vitais, como limites e vínculos aos atuais poderes globais, de outra forma selvagem e destrutiva”.

internacional, de comércio internacional e outras. No direito contratual, em que pese os contratos sejam disciplinados pelo direito nacional (no Brasil, por meio do Código Civil e nas relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor), vislumbra-se que os costumes internacionais e os tratados internacionais, também, estabelecem normas que vêm a ser inseridas ao direito pátrio dos Estados.

Quanto aos costumes são normas decorrentes das práticas e condutas de comércio internacional, aduz Lorenzetti, como exemplo os contratos de resseguros, de franquias, de exploração de patentes. Já em relação aos tratados, evidencia os que positivam “direitos fundamentais” que, após, se “incorporam nas Constituições”.⁷⁴⁰

Assim, no que tange aos tratados, podem ser distinguidos em aqueles que contêm normas de direitos humanos, os que disciplinam relações comerciais entre os Estados e os caráter regional, decorrentes do direito comunitário.

Inicialmente, no viés dos tratados internacionais que positivam direitos humanos, aponta-se como exemplo a Comissão Americana dos Direitos Humanos e sua confrontação com a regulação do contrato de depósito no Brasil. Vê-se que, nos termos do artigo 652 da codificação civil⁷⁴¹ brasileira prevê a prisão civil do depositário que não restituir ao depositante, o bem depositado, sob a sua guarda e conservação. A mesma permissão legal encontra guarida no inciso LXVII, do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁴², que no rol dos direitos fundamentais fixa a prisão civil do depositário infiel. Todavia, tais dispositivos não podem ser aplicados, em virtude do país ser signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, em que esta hipótese não se encontra no rol das causas que autorizam a prisão civil⁷⁴³. Diante

⁷⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 244.

⁷⁴¹ Artigo 652 do Código Civil brasileiro: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

⁷⁴² Artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal: [...] “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁷⁴³ Artigo 7 da Convenção Americana dos Direitos Humanos: “Direito à liberdade pessoal. [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

disso foi editada a Súmula Vinculante de n. 25 pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁴⁴, declarando ilícita a prisão civil do depositário infiel.

Veja-se que o fundamento da Convenção Americana dos Direitos Humanos é promover o respeito e a valorização da pessoa não importando sua nacionalidade⁷⁴⁵. Essa dignidade da pessoa humana serve de base para a diretriz da eticização do direito civil, que é formada pela boa-fé objetiva e insere a mesma no conceito de contrato. Com isso, o conteúdo da boa-fé objetiva, que reside no dever dos contratantes de agir de modo leal e correto, encontra amparo na dignidade da pessoa humana, que se mostra uma demanda transnacional. Logo, a boa-fé objetiva pode constituir um princípio transnacional, que protege a confiança, o que traria a eticização dos contratos realizados em qualquer local do globo, tendo como razão a dignidade da pessoa humana.⁷⁴⁶

Quanto aos tratados que regulam relações de comércio internacional, menciona-se a CISG⁷⁴⁷ - Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - de 1980, fruto de trabalho da comunidade internacional para unificar as normas dos diferentes Estados relativas aos contratos internacionais de compra e venda de bens e com isso trazer previsibilidade, segurança jurídica, quebra de barreiras culturais e menor custo para

⁷⁴⁴ Súmula Vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”

⁷⁴⁵ Refere uma das partes do preâmbulo da Convenção Americana dos Direitos Humanos: “[...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; [...]”.

⁷⁴⁶ Salienta-se que “antes de ser cidadão, cada sujeito é pessoa humana [...]”. Os direitos humanos não desvinculam o sujeito de sua nacionalidade, obviamente, mas ressaltam a condição humana inerente a cada pessoa, sendo esta anterior e provavelmente mais importante que aquela de cidadã, ainda que esta também represente importância muito elevada, já que aqui se situam as esferas dos direitos civis e políticos”. SOARES, Josemar Sidinei. **Premissas humanistas para um direito transnacional**. p. 107.

⁷⁴⁷ O texto da CISG- Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi “resultado de um notável esforço coordenado por países de culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes de diversas partes do mundo, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL”. O Brasil aderiu ao tratado em 2013. HONNOLD, John. O. **Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention**. 3 ed. 1999. p. 4.

as transações.⁷⁴⁸

E, também, com o intuito de uniformizar normas de direito privado e facilitar as relações contratuais no âmbito do comércio internacional, o UNIDROIT - Instituto para a Unificação do Direito Privado, instituto independente, com sede na cidade de Roma, publicou, em 1994⁷⁴⁹, publicou os “Princípios do UNIDROIT” para Contratos Comerciais Internacionais”, em que constam normas, dentre elas princípios para a regular as mencionadas relações jurídicas.⁷⁵⁰

Verifica-se que o comércio transfronteiriço⁷⁵¹ gera mais indagações que as transações comerciais domésticas, pois entram em cena as leis de cada Estado e as normas de direito internacional. Tais situações trazem “incertezas adicionais em relação a questões como qual tribunal é competente, qual lei nacional de contratos que tribunal será aplicável e se uma sentença resultante será executada em outro Estado-nação”. Ainda, os tribunais nacionais não possuem a melhor estrutura “com relação ao conhecimento, recursos linguísticos, custos e duração do procedimento”, o que aponta no mercado, a “arbitragem comercial” na posição dominante da resolução de litígios transfronteiriços.⁷⁵²

Ainda, no que se refere aos tratados de integração⁷⁵³, percebe-se que

⁷⁴⁸ HONNOLD, John. O. **Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention**. p.4.

⁷⁴⁹ O Brasil depositou a Carta de Adesão ao Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) em 1993, ato que foi promulgado através do decreto n. 884 de 2 de Agosto de 1993.

⁷⁵⁰ A boa-fé se encontra no rol dos Princípios da UNIDROIT, dispõe o Artigo 1.7: “Boa-fé e lealdade negocial (1) As partes devem proceder em conformidade com as exigências da boa-fé no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir nem limitar o alcance desta obrigação”.

⁷⁵¹ Refere-se que a globalização econômica “has led to a fundamental transformation of commercial law with regard to the relative weight of public law and private ordering: ‘private governance on the transnational plane becomes much more comprehensive, systematic and ubiquitous.’” Tradução livre: “levou a uma transformação fundamental do direito comercial no que diz respeito ao peso relativo do direito público e da ordem privada: “a governança privada no plano transnacional torna-se muito mais abrangente, sistemática e onipresente.” CALLIESS, Graf-Peter. *The Making of Transnational Contract Law*. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. 2007. Vol. 14: Iss. 2, Article 12. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/iijls/vol14/iss2/12>. Acesso em 07 jul 2021. p. 472.

⁷⁵² CALLIESS, Graf-Peter. *The Making of Transnational Contract Law*. p. 472. Em tradução livre no texto.

⁷⁵³ Explica Roppo que “o contrato europeizou-se. Hoje já não é possível pensar no contrato em termos puramente domésticos, na lógica restrita do ordenamento nacional único. Hoje é possível, e mesmo obrigatório, falar sobre um direito europeu dos contratos Um direito contratual europeu, que é um direito formalmente ‘comunitário’, porque surge, em larga medida, das directivas, dos regulamentos e dos planos de acção dos órgãos do governo da União, em vez de emergir das

“têm [...] seu impacto ao estabelecer como objetivo a harmonização legislativa”⁷⁵⁴, para facilitar a circulação de bens e fomentar a economia dos blocos, fortalecendo a economia de cada Estado e no todo.

À luz da característica da transnacionalização de ultra valorizar e expandir o capitalismo, importante mencionar que, para a análise econômica do direito, a exploração de uma parte pela outra é facilitada naqueles contratos que possuem uma “assimetria estrutural de informações” em benefício da parte que obtém a vantagem excessiva. Este desequilíbrio deve ser visível, ou seja, exceder um limite, que deve ser entendido em cada circunstância contratual específica.⁷⁵⁵

Sob a análise econômica do direito, a aplicação da boa-fé permite reduzir os custos dos contratos, em especial aquelas despesas realizadas pelos contratantes, com intuito de se protegerem da má-fé do outro. Também, possibilita aumentar o benefício decorrente “do contrato concebido como instrumento de criação de riqueza; e, por último, dificulta a uma parte obter uma redistribuição a seu favor dos benefícios do contrato que seja manifesta e gravemente injusta”.⁷⁵⁶

Cumprе mencionar que as transações econômicas envolvidas nos contratos guardam relação com o meio ambiente, quer para sua produção, mormente no sentido de exaurir recursos naturais, poluir, gerar exacerbada produção de resíduos, quer para a sua distribuição e venda. “A questão ambiental é um dado evidente da emergência de uma lógica transnacional. O direito ambiental aborda assuntos que não se reduzem ao cenário interno, mas influenciam interesses distantes”. O meio ambiente, na condição de demanda transnacional, interessa a todos e em todos os lugares, “a degradação ambiental provocada por uma região atravessa facilmente as fronteiras, vindo a influenciar a saúde de pessoas em

sentenças do tribunal de Justiça; e é, ao mesmo tempo, um direito ‘comum’, na medida em que não é gerado somente por via institucional, política ou burocrática, mas também – de um modo menos formalizado, mas não menos eficaz- através do circuito das trocas culturais, da circulação transfronteiriça dos modelos, das elaborações acadêmicas e através das interações entre os protagonistas das profissões legais.” ENZO ROPPO. O contrato. p. 3-4

⁷⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. p. 244.

⁷⁵⁵ CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel. **Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil**. p. 45.

⁷⁵⁶ Em tradução livre. CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel. **Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil**. p. 45.

regiões e países distantes”.⁷⁵⁷

Frente a todas as implicações da Transnacionalidade com o direito, em especial, pela presente pesquisa com os contratos, mostra-se necessária e urgente

a emergência de novas estratégias globais de governança transnacionais, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, poderá ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, sua defesa e sua melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade. Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios.⁷⁵⁸

Assim, a globalização atingirá a todos “se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo⁷⁵⁹ tipo”, em face das “novas relações de interdependência” e das “novas necessidades”, o que exige “novos sujeitos capazes de fazer frente aos desafios globais” mormente pela valorização “do político, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica”, para que se alcance “um redescobrimento do bem comum” e “de um saber-viver juntos”.⁷⁶⁰

Desse modo, “qualquer espaço público transnacional” deve ser do “interesse de todos e pertencer a todos” caso contrário, não faz sentido. A Globalização econômica não pode apenas beneficiar as empresas multinacionais e provocar a exclusão. “Este é o grande desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos globalizados. Que o local e o global se

⁷⁵⁷ SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard et al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013. p.106.

⁷⁵⁸ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o direito transnacional. p. 27.

⁷⁵⁹ Aduzem Oliviero e Cruz que, “os novos poderes transnacionais, presentes na nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre o Direito Transnacional, que viabilize a democratização das relações entre estados fundada na cooperação e na solidariedade, com o intuito de assegurar a construção das bases e das estratégias para a governança, a regulação e a intervenção transnacionais”. OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. p. 23.

⁷⁶⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 24.

complementem.”⁷⁶¹

Nesse contexto de críticas e construções alternativas ao capitalismo neoliberal, as contribuições dos povos indígenas ganharam destaque, em especial no Equador, pelo “Bem Viver”, por meio de propostas que incluem diversas questões ao desenvolvimento. O “Bem Viver” busca resgatar diversidades, valores e respeitar o “outro”. Surge como parte de um processo que permitiu empreender e fortalecer a luta pela reivindicação de povos e nacionalidades, em sintonia com as ações de resistência de populações marginalizadas e periféricas. Propõe saídas descolonizantes, em todas as áreas da vida humana, não se baseia em uma ética de progresso ilimitado, de acumulação de bens, de competição entre seres humanos e de devastação social e ambiental.⁷⁶²

O Bem Viver se fundamenta na ética do suficiente para a comunidade e não apenas para o indivíduo. Sua preocupação central não é acumular e viver melhor, mas sim “viver bem aqui e agora, sem arriscar a vida das futuras gerações”. Isso significa distribuir riqueza e renda, agora, para começar a estabelecer as bases de uma sociedade mais justa e equitativa, isto é, mais livre e igual.⁷⁶³

Vê-se que, o Bem Viver constitui um importante passo qualitativo do “desenvolvimento” e seus múltiplos sinônimos, propõe uma visão de mundo diferente da ocidental, a partir de raízes comunitárias não capitalistas. Rompe com as lógicas antropocêntricas do capitalismo e apresenta-se como passo revolucionário que impõe a mudança para uma visão biocêntrica, assumindo as consequências políticas econômicas, culturais e sociais envolvidas.⁷⁶⁴

Contudo, atualmente, os contratos representam uma ferramenta para a realização da movimentação de riquezas no capitalismo neoliberal, encontram-se inseridos na interação promovida pela Globalização, que por sua vez cria novos

⁷⁶¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 34.

⁷⁶² ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 61.

⁷⁶³ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 61.

⁷⁶⁴ ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 71.

centros de poder, em um viés transnacional. Logo, necessárias respostas às demandas transnacionais que se fundamentam no valor da solidariedade, para que se efetive um modelo econômico que tenha mais equidade com as pessoas (humanidade) e mais equilíbrio com a natureza.

À luz desse pensamento, imperiosa a adoção de estratégias globais de governança transnacional, que possam normatizar e promover a concretização de direitos, cujo conteúdo envolve o acesso de todos os seres humanos ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político, de modo pleno e com isso, promova o respeito à pessoa humana.

Diante dessa realidade, importante analisar e refletir sobre a teoria da argumentação jurídica, para compreender as decisões judiciais envolvendo conflitos decorrentes de contratos, nesse cenário globalizado, que possam retratar a tutela da confiança e o respeito à pessoa humana.

CAPÍTULO 4

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

A perspectiva filosófica da Argumentação Jurídica provoca a reflexão e leva a ruptura de um pensamento dedutivista, liberal-individualista e positivista, seja no estudo, seja na aplicação do direito, que nos Estados Democráticos de Direito, à luz do neoconstitucionalismo, exige uma nova postura argumentativa para efetivar os direitos positivados nas Constituições, que envolvem valores escolhidos por uma sociedade e que têm por fundamento a respeito à pessoa humana. Tal pensamento ganha relevância quando da prestação jurisdicional, em que a decisão deve aplicar e preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Esse paradigma filosófico da argumentação provoca um Giro Argumentativo que exige uma nova postura do operador do direito, em especial, na dimensão argumentativa da prestação jurisdicional. Desse modo, pretende-se abordar o assunto à luz do pensamento de Manuel Atienza. Destaca o autor que, “a importância e o interesse atual pela argumentação guardam relação com a democracia, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”.⁷⁶⁵

Nesse contexto, importante gizar que a par da argumentação, também se apresenta a hermenêutica jurídica, em seu viés filosófico, desempenhando destacado papel na aplicação do direito, na conjuntura atual. A propósito do tema, verificam-se renomados autores que estudam a matéria e, por sua vez, divergem nos posicionamentos e criam diferentes linhas de raciocínio. Para fins desse estudo, pretende-se abordar dois pensamentos: um sustentado por Manuel Atienza, com fundamento na Teoria da Argumentação Jurídica, que ele projeta lastreado nos estudos de Viehweg, Perelman e Toulmin como precursores e de Alexy e MacCormick, na condição de autores das teorias da Argumentação Jurídica

⁷⁶⁵ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 1.ed. 5ª Reimpressão. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 363. Tradução livre no texto.

consideradas “standard”; e outro à luz da hermenêutica, defendido por Lenio Luiz Streck, como base no modelo hermenêutico-filosófico, fundamentada por Heidegger e Gadamer.

Os defensores de ambos pensamentos promoveram embate⁷⁶⁶, com um antagonismo de ideias, cada qual defendendo a relevância de um campo de estudo sobre outro: Streck sustenta a primazia da Hermenêutica Filosófica sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, referindo que a hermenêutica se encontra no âmbito da compreensão, logo antecede a argumentação, que se apresenta como uma fase de justificação do que foi compreendido. Explica que, a hermenêutica está em primeiro plano e atua em uma dimensão prévia, pois “querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica”.⁷⁶⁷ Defende que, a hermenêutica e a argumentação pertencem a diferentes âmbitos da ciência do direito, não sendo possível o sincretismo.

Por outro lado, Atienza refere à prevalência filosofia analítica, ou das, das teorias da Argumentação Jurídica sobre a hermenêutica. Sustenta que as teorias argumentativas são anteriores, estão em primeiro plano e “vão muito além, isto é, desenvolvem as ‘intuições’ dos hermeneutas até convertê-las em ferramentas úteis para compreender a prática jurídica e nela atuar com sentido”.⁷⁶⁸ Menciona, ainda,

⁷⁶⁶ Os autores travaram o embate por meio de quatro publicações no site Consultor Jurídico, cada qual defendendo sua posição. O embate iniciou com: uma entrevista de Atienza (“Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em 08.09.2021); seguiu com uma resposta de Streck e Oliveira (“É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 08.09.2021); após uma tréplica de Atienza (“Teorias da Argumentação Jurídica e hermenêutica não são incompatíveis”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 08.09.2021); e, para encerrar outra resposta de Streck e Oliveira (“Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 08.09.2021).

⁷⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael de. **Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 08.09.2021).

⁷⁶⁸ ATIENZA, Manuel. **Teorias da Argumentação Jurídica e hermenêutica não são incompatíveis**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 08.09.2021.

que as teorias da argumentação e a hermenêutica não são incompatíveis.⁷⁶⁹

A partir desses pensamentos, procede-se a análise dos posicionamentos da Hermenêutica Filosófica e da Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza. Contudo, desde logo, salienta-se que não será conferida importância à discussão sobre qual o pensamento prepondera, ou se prepondera. Evidencia-se que cada um, com seus fundamentos, auxilia no aprimoramento da aplicação do direito e no estudo acadêmico do direito. Logo, parte-se do pressuposto que, as duas abordagens decorrem da filosofia e “não são incompatíveis” ou excludentes, por isso merecem ser consideradas.⁷⁷⁰ Nessa senda, inicia-se com a argumentação jurídica na concepção de Manuel Atienza.

4.1 A Argumentação Jurídica por Manuel Atienza

A argumentação revela um processo em que se juntam dados, razões, fatos, informações e provas com intuito de confirmar um argumento. Sua noção, no entendimento de Manuel Atienza, é de extrema importância para a produção das normas jurídicas (fase legislativa), para a aplicação do direito (tanto para os advogados, quanto para os magistrados) e para a dogmática jurídica. Mormente, no Estado Democrático de Direito evidencia-se o papel da Argumentação Jurídica na atividade judicial, em face do dever constitucional de motivação das decisões, o que ganha relevo na aplicação da boa-fé objetiva nos contratos.

⁷⁶⁹ ATIENZA, Manuel. **Teorias da Argumentação Jurídica e hermenêutica não são incompatíveis**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 08.09.2021.

⁷⁷⁰ Pela “a análise conjunta de ambas as linhas teóricas permite a conclusão de que há dois momentos de operacionalização da linguagem, um no nível primário e pessoal (enfocado pela hermenêutica) e outro intersubjetivo (descrito pelas teorias argumentativas e discursivas), que se relacionam mutuamente em um círculo funcional, de influências recíprocas e sistêmicas. Isto porque a pessoa se insere no mundo por meio da linguagem (racionalidade pessoal) e, também, interage com outros por intermédio dela (racionalidade intersubjetiva). ZANON JUNIOR, ORLANDO LUIZ. Hermenêutica e teorias argumentativas: contraposição ou complementação. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Univali. v. 21. n. 3. set./dez 2016. p. 934. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9686/5437> Acesso em 23 jun. 2021.

O vocábulo argumentação deriva do latim *argumentatio* e significa “fornecer razões que deem suporte a certas conclusões; é, basicamente, uma atividade de justificação.” A argumentação apresenta razões para gerar a convicção a respeito de uma conclusão. Nessa linha, “argumentar significa defender uma pretensão com boas razões, expor essas pretensões às críticas” o que, por sua vez, “implica oferecer um conjunto de elementos a favor de uma conclusão ou oferecer dados favoráveis a uma conclusão.”⁷⁷¹

A argumentação ocorre tanto em contextos teóricos, quanto em práticos, e o que explica seu aparecimento é a existência de um problema, ou seja, uma questão. Logo, argumentar “é algo que ocorre no contexto de resolução de problemas, embora a resolução de muitos deles (inclusive os jurídicos) normalmente requer outras habilidades, além da argumentativa.”⁷⁷² Com isso, passa-se a apresentar pontos relevantes do pensamento de Manel Atienza, no tange a argumentação jurídica na aplicação do direito.

4.1.1 A importância da argumentação na aplicação do direito

A argumentação interessa as mais diversas disciplinas, o que, por sua vez, gera uma pluralidade de noções. Em especial, no direito sua definição se mostra complexa pela ambiguidade da expressão “argumentação”, como também pela necessidade de revelar seus sentidos e ainda para explicar a relação existente entre eles.

Nessa linha, Atienza assevera que existe diferença entre “conceito e concepção” da argumentação.⁷⁷³ O conceito agrega uma noção mais ampla, em um plano abstrato, que se caracteriza por quatro elementos, que sempre se fazem presentes quando o assunto tratado é argumentação, quais sejam:

⁷⁷¹ MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 60.

⁷⁷² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 1.ed. 5ª Reimpressão. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 108.

⁷⁷³ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 94.

*1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos, o fragmentos de argumentos, que no consisten en un uso explícito del lenguaje; al menos, del lenguaje hablado o escrito. 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas y la conclusión). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.*⁷⁷⁴

Com isso, observa-se que a argumentação aparece como consequência da “competência comunicativa racional” do ser humano, visto que os argumentos objetivam sustentar um ponto de vista por meio de razões que o explicitem ou comprovem. Desse modo, os elementos que compõem os argumentos são: a linguagem, uma ou mais premissas e as regras norteadoras que disciplinam como chegar à conclusão.⁷⁷⁵

Com relação às concepções da argumentação, Manuel Atienza aduz que elas refletem as interpretações dos elementos que formam o conceito e podem se apresentar sob três enfoques: o formal (leva em conta a forma dos argumentos), o

⁷⁷⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 109-110. Tradução livre: “1) Argumentar é sempre uma ação relativa a uma linguagem. Pode-se dizer que é um uso da linguagem que se caracteriza (em relação a outros usos: descritivo, prescriptivo, etc.) pela necessidade de fundamentar: argumenta-se quando uma determinada tese é defendida ou combatida e se fundamentam isto. De resto, há argumentos, ou fragmentos de argumentos, que não consistem num uso explícito da linguagem; pelo menos, da linguagem falada ou escrita. 2) Uma argumentação pressupõe sempre um problema, uma questão (de natureza muito diversa), cuja resposta deve ser fundamentada em razões adequadas ao tipo de problema em questão. 3) Uma argumentação envolve um processo, uma atividade e o produto ou resultado dessa atividade. Como atividade, a argumentação é tudo o que ocorre entre colocar o problema e resolvê-lo; Como resultado, em uma argumentação é sempre possível distinguir essas três entidades: premissas, conclusão e inferência (a relação entre as premissas e a conclusão). 4) Discutir é uma atividade racional, no duplo sentido de que é uma atividade orientada para um fim e que existem critérios para avaliar um argumento; Em outras palavras, sempre parece fazer sentido perguntar se um argumento é bom ou ruim, melhor ou pior do que outro, aparentemente bom, mas na verdade ruim, e assim por diante.”

⁷⁷⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação**. p. 60.

material (considera o conteúdo dos argumentos) e o pragmático (abrange a atividade linguística que busca persuadir), como se passa a expor.

A concepção formal da argumentação envolve uma série de proposições estruturadas, ou seja, compreende a argumentação como um conjunto de enunciados. Essa aceção é característica da lógica, em que são apontados critérios (regras de inferência) para que o raciocínio possa ser válido.⁷⁷⁶ O viés formal não se preocupa em proceder interpretação dos fatos⁷⁷⁷ e não analisa a correção ou não das premissas e da conclusão, visto que não analisa a matéria e o contexto.

Verifica-se que os argumentos possuem uma estrutura, uma forma⁷⁷⁸, que vem apresentada pela lógica formal, que envolve três elementos, quais sejam: as premissas, a conclusão e a inferência. Exemplifica Atienza: “*el juez que cometa un acto de prevaricación debe ser condenado con una pena mínima de un año; el juez J ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto, el juez J debe ser condenado a una pena mínima de un año*”.⁷⁷⁹ Nesse caso, a análise formal da argumentação pode ser assim apresentada: uma premissa que é um enunciado condicional e tem duas proposições uma antecedente e outra consequente; a segunda premissa é a afirmação do enunciado condicional antecedente; e a conclusão que é a afirmação do enunciado consequente. Já a inferência é a relação que se estabelece entre as

⁷⁷⁶ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 286.

⁷⁷⁷ Refere Taruffo que “*en cuanto a la posibilidad de usar el silogismo en la actividad decisoria, es algo sin lugar a dudas posible, pero no se trata del único instrumento lógico necesariamente utilizable. Además, debe relevarse el hecho de que el silogismo puede aplicarse sólo en la medida en la que las proposiciones que el mismo debería vincular presenten determinadas características lógicas: ello lleva a concluir que sólo en casos excepcionales el juicio de hecho puede seguir un orden lógico de tipo deductivo*.” Tradução livre: “quanto à possibilidade de utilização do silogismo na atividade decisória, é algo sem dúvida possível, mas não é o único instrumento lógico necessariamente utilizável. Além disso, deve-se destacar o fato de que o silogismo só pode ser aplicado na medida em que as proposições que ele deve vincular apresentam certas características lógicas: isso leva à conclusão de que somente em casos excepcionais o juízo de fato pode seguir uma ordem lógica tipo dedutivo.” TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 146.

⁷⁷⁸ A forma de um argumento é o que resta dele mesmo, quando se faz a abstração do significado das proposições que o compõe e do contexto que se está argumentando. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 171.

⁷⁷⁹ Tradução livre: “o juiz que cometer prevaricação deve ser condenado com pena mínima de um ano; O juiz J cometeu um ato de invasão; portanto, o juiz J deve ser condenado a uma pena mínima de um ano”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 171.

premissas e a conclusão.⁷⁸⁰

No âmbito formal, a validade da inferência é fornecida por uma “regra de inferência” denominada de “*modus ponens*”, que parte de um “enunciado condicional” e da “afirmação do seu antecedente”, para chegar a uma conclusão, que é a afirmação do consequente. Logo, essa regra de inferência⁷⁸¹ é apenas formal, visto que não “prescreve, ordena ou permite uma conduta”, mas tão somente oferece “garantia” que a transição de um enunciado ao outro é formalmente válida. Com isso, assevera Atienza que, como, nessa concepção existe a “*abstracción de los elementos materiales y pragmáticos, la validez o corrección formal de un argumento no disse nada (o disse muy poco) sobre su posible solidez y carácter persuasivo*”.⁷⁸²

Desse modo, o argumento mais frequente na aplicação do direito é o silogismo subsuntivo que possui uma forma de “*modus ponens*”. Nessa linha, os argumentos mais característicos podem ser agrupados em quatro espécies, quais sejam: o argumento *a contrario sensu*; *a priori*; *a fortiori*; e o por redução ao absurdo.

O argumento *a contrario sensu* é utilizado para evitar que seja aplicada uma consequência jurídica a um caso não previsto de modo expresso na norma. Já, o argumento *a priori* ou por analogia é usado quando a lei não dispõe a respeito do tema, então a solução é buscada em caso semelhante. O argumento *a fortiori* ou de “com maior razão” é empregado para reforçar um argumento prévio ou também quando um caso não expressamente previsto em lei encontra amparo nas razões pelas quais a lei foi produzida, até com mais intensidade para o caso novo. E por último, os argumentos por redução ao absurdo podem ser usados para descartar uma determinada interpretação da norma, sob pena de conduzir a algo que seja inaceitável, logo, absurdo.⁷⁸³ Todavia, na motivação da decisão jurídica podem

⁷⁸⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 171.

⁷⁸¹ Explica Atienza que a inferir significa “passar de alguns enunciados para outros”, revela-se uma atividade e que uma inferência representa o resultado dessa atividade. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 173.

⁷⁸² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 173. Tradução livre: “abstração de elementos materiais e pragmáticos, a validade ou correção formal de um argumento nada diz (ou diz muito pouco) sobre sua possível solidez e caráter persuasivo”.

⁷⁸³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 179.

aparecer outros argumentos com intuito de promover a justificação externa, seja a premissa normativa, seja a fática.

Ainda, com relação ao silogismo subsuntivo, observa-se que a subsunção representa a regra geral na argumentação nas decisões judiciais, o que compõe a justificação interna da decisão. Tal situação envolve menos problemas interpretativos quando a premissa normativa do argumento é representada por uma “regra de ação”, que proíbe, ordena ou permite uma conduta. A ela se soma a premissa fática, ligada ao passado (o fato que ocorreu) e surge a conclusão. Contudo, quando a premissa normativa do argumento for uma “regra de fim”, que venha a proibir, ordenar ou permitir que as partes alcancem um determinado fim, a argumentação é mais complexa e o juiz tem mais discricionariedade. As regras de fim se direcionam ao futuro, por isso são mais abertas.⁷⁸⁴

Por último, não se deve ser contra a lógica na Argumentação Jurídica, mas sim contra o “imperialismo da lógica”, de que sem ela existe arbitrariedade. A lógica é útil à Argumentação Jurídica, somente não representa um instrumento suficiente para o estudo e para a utilização dos argumentos.⁷⁸⁵

A segunda concepção da argumentação é a material, que se preocupa não com a forma, mas com os conteúdos que tornam os argumentos corretos ou não. Assim, para ser considerada uma boa argumentação, deve seguir os elementos formais e ainda conter certas condições de carácter substantivo.⁷⁸⁶

À luz do enfoque material da argumentação, argumentar não consiste em apresentar “*una serie de proposiciones estructuradas de una determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre como es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre como debe alguien actuar en él*”.⁷⁸⁷ Fundamenta-se nas premissas e na conclusão, não enquanto enunciados formais que pertencem a uma estrutura, mas pelo seu conteúdo “de verdade e de

⁷⁸⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 183.

⁷⁸⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 186.

⁷⁸⁶ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. p. 117.

⁷⁸⁷ Tradução livre: “uma série de proposições estruturadas de uma certa forma, mas é, antes, a atividade de oferecer razões (boas razões) sobre como é o mundo (algum aspecto dele) ou sobre como alguém deve agir nele”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 275.

correção” (de “lógica material”).⁷⁸⁸ O foco encontra-se nas razões, nos argumentos a favor de uma ou outra interpretação.⁷⁸⁹

Nessa perspectiva a Argumentação Jurídica é compreendida como uma teoria das premissas e é por ela que os magistrados apresentam (ou deveriam apresentar) sua argumentação na motivação das decisões, em que pese, algumas vezes não exista uma clara distinção entre o contexto da descoberta (fatores sociais, psicológicos, econômicos e outros que explicam a decisão) e o contexto da justificação (razões que a justificam). Contudo, a ação de motivar a decisão revela a aceitação do juiz, de que não existem razões que expliquem sua conclusão que não estejam justificadas nela. Se ele não motivar de modo pleno estará apresentando uma aparência de justificação, o que não é aceitável.⁷⁹⁰

Com isso, o raciocínio do juiz é do tipo prático, que visa motivar suas ações por meio da justificação em sentido estrito⁷⁹¹, que se fundamenta em premissas que são normas ou valores. Assim, as razões dos argumentos são as premissas, não na condição de meros enunciados linguísticos, mas à luz de seu conteúdo, para que possam ser qualificados como verdadeiros ou corretos para o caso posto em juízo.⁷⁹²

As razões jurídicas são premissas oriundas do sistema, denominadas de razões sistemáticas, ou seja, os enunciados jurídicos, e outras extrassistemáticas formadas por elementos que o próprio sistema auxilia para fixá-los (como é o caso das premissas fáticas). Com relação às razões sistemáticas as normas que formam o sistema jurídico podem ser divididas em constitutivas (regras e princípios) e reguladoras.⁷⁹³

As primeiras funcionam na argumentação como razões operativas, em

⁷⁸⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 275.

⁷⁸⁹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. p. 288.

⁷⁹⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 277.

⁷⁹¹ Aduz Atienza que a justificação pode ser instrumental ou em sentido em sentido estrito. Na primeira, as razões da argumentação justificam um meio de satisfazer um desejo ou interesse, por exemplo, está frio, o fogo ameniza o frio, logo acender a lareira minora o frio. E, a justificação em sentido estrito é aquela utilizada pelos magistrados para fundamentar as suas decisões, com base em normas ou valores, visto que as decisões não podem ser justificadas por desejo ou interesse. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 278.

⁷⁹² ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. p. 261.

⁷⁹³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 281.

que as regras são razões peremptórias, razões formais e razões que não dependem do conteúdo; enquanto os princípios razões não peremptórias, razões substantivas e razões que dependem do conteúdo. Por sua vez, os princípios podem ser razões de correção, quando forem os princípios em sentido estrito, ou razões de fim, quando forem relativas às diretrizes. Já as normas constitutivas funcionam como razões auxiliares, e se apresentam por regras que conferem poderes ou são meramente constitutivas, como é o caso das presunções.⁷⁹⁴

Cumprе destacar que na concepção material da argumentação, as noções de relevância e de peso das premissas ocupam lugares centrais. Desse modo, a relevância de uma premissa, não envolve somente demonstrar que ela é um caso particular de um esquema geral em análise, mas há necessidade da presença de três elementos: a aplicabilidade, a interpretação e a validade. A relevância da aplicabilidade possui caráter formal e se apresenta pelo silogismo subsuntivo, em que a premissa normativa deve se encaixar nos fatos. Já a relevância da interpretação da premissa, diz respeito ao processo de interpretação para chegar ao seu conteúdo, para ele ter sido compreendido de modo adequado. Por último, a relevância de que o enunciado da premissa resulte válido, assim, as premissas normativas devem ser normas válidas e as premissas fáticas devem ser submetidas a critérios externos para atestar que são verdadeiras.⁷⁹⁵

No que tange ao peso ou força das premissas, guarda relação com os casos difíceis, quando existe lacuna normativa, ou a situação não está adequadamente prevista na norma (lacuna axiológica). A solução é recorrer aos princípios, que são razões não peremptórias, com intuito de sopesar todas as razões e com base na ponderação compreender o que tem peso maior.⁷⁹⁶

A terceira concepção da argumentação possui um viés pragmático⁷⁹⁷, considera a argumentação um processo e não afasta as acepções formal e material. Essa dimensão envolve uma atividade linguística, que visa persuadir um auditório a

⁷⁹⁴ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 281.

⁷⁹⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 283.

⁷⁹⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 284.

⁷⁹⁷ Refere Atienza que a linguagem apresenta as dimensões sintática, semântica e pragmática. Que atualmente está ocorrendo o “giro pragmático” em que se dá ênfase às relações entre a linguagem e os usuários, no uso da linguagem. ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 363.

respeito de uma solução para um problema. A argumentação é vista como uma atividade, e dentro dessa concepção vislumbram-se a retórica e a dialética.⁷⁹⁸

A Argumentação Jurídica envolve uma ação, que acaba sendo vinculada à persuasão. Para tanto, a dialética apresenta-se como a arte da conversação e sua teoria se concebe a partir da contrariedade⁷⁹⁹, de interlocutores que debatem; e a retórica “é a arte da persuasão pelo discurso, é também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral, que tornam um discurso persuasivo para seu receptor”.⁸⁰⁰

A dialética considera a argumentação como uma, que produz importante efeito, ou seja: a atividade de argumentar é formada por momentos (e não por enunciados), e os participantes vão passando por fases apresentando seus argumentos, utilizando a linguagem, e ao final alcançam a finalidade do diálogo ou decidem por fim nele⁸⁰¹, como acontece, por exemplo, nos debates orais da audiência de instrução e julgamento.

Por sua vez, a retórica compreende a argumentação como uma atividade em que existe um orador que dirige um discurso oral ou escrito a um auditório, com objetivo de convencer os ouvintes.⁸⁰² Na retórica judicial podem ser apontadas cinco fases em que ocorrem as operações, sendo elas: a *inventio* para fixar o estado da causa e buscar argumentos, com base no texto legal; a *dispositio* que tem por escopo a organização do discurso; a *elocutio* que consiste na apresentação do mesmo de modo atrativo; a *memoria* que inclui o estudo para memorizar; e a *actio* que envolve o estudo das regras para a apresentação.⁸⁰³

Com relação ao debate dialético, observa-se que ambos os participantes (o participante e o oponente) têm papel ativo, a contradição constitui tema central, as

⁷⁹⁸ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. p. 334.

⁷⁹⁹ NOUR, Soraya. Dialética. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. Explica a autora que dialética é uma palavra composta “formada por (relação, troca, intermediação) e por (falar). p. 208.

⁸⁰⁰ IORIO FILHO, Rafael Mario. Retórica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 723.

⁸⁰¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 367.

⁸⁰² ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 289.

⁸⁰³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 369.

intervenções dos debatedores são curtas, o discurso dialético avança em “espiral”, encontra-se mais vinculado à filosofia, pela “descoberta da verdade”. E, ainda, as regras que regem a dialética são regras de comportamento, em que o cumprimento pode ser confiado a um juiz.⁸⁰⁴

Em contrapartida na retórica somente uma das partes fala, é chamado de orador; o restante é considerado auditório ou destinatário, comporta-se de modo passivo, e a persuasão constitui tema central. O discurso retórico é unidirecional e a retórica se inclina mais à literatura, à psicologia e outros tipos de valores. As regras da retórica têm caráter técnico (podendo cumprir ou não, podendo usar o não), o papel central deve ser o convencimento do auditório, isto é, a persuasão.⁸⁰⁵

Entretanto a retórica e a dialética, também têm pontos em comum, quais sejam: as duas colocam a argumentação em destaque, compreendendo-a como uma “atividade social” e que é “orientada a conseguir alguns nos participantes”. Também, cumpre referir que certos discursos podem ser parte dialéticos e parte retóricos.⁸⁰⁶

Por fim, aduz Atienza que uma concepção da Argumentação Jurídica puramente pragmática, que não considere as dimensões formais (lógico-dedutivas) e materiais revela-se inadequada, visto que não engloba questões centrais da argumentação, em especial não compreende que o discurso jurídico não diz respeito somente a aceitação, mas sim com outros valores, como justiça, verdade, certeza.⁸⁰⁷

Com relação às características, verifica-se que a argumentação mostra-se como um “processo discursivo e racional” que pretende apresentar motivos e razões para o ouvinte alcançar uma determinada conclusão, contudo ele ficará livre de aceitar ou rejeitar a proposição. Por isso, a argumentação, também, possui como característica ser sempre direcionada a um auditório, não podendo ser julgada falsa ou verdadeira, mas sim, mais ou menos convincente, conforme receba maior ou menor apoio dos ouvintes. Ainda, a argumentação assegura que um enunciado não

⁸⁰⁴ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 367.

⁸⁰⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 367.

⁸⁰⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 373.

⁸⁰⁷ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 373.

esteja contaminado pelo arbítrio ou pela opinião pessoal, mas sim fundamentado pelas razões e dados expostos.⁸⁰⁸

Nessa linha, refee-se que existem as falácias que se constituem em argumentos que parecem ser bons, mas não o são⁸⁰⁹. Elas representam ilícitos argumentativos, condutas que contrariam as regras de argumentação, que por sua vez podem ser realizadas por dolo ou culpa. As falácias, também, podem ser classificadas, de acordo com as regras de argumentação que violem, em formal (lógico-dedutivo), material (metodológico) e pragmática (acontecem nos diálogos e com mais ênfase na retórica).⁸¹⁰

O interesse pelo estudo da argumentação guarda relação com o aumento da pesquisa no campo da filosofia que visa investigar sobre a linguagem. Ela tem relevância na área do direito, da política, da crítica de arte, de literatura, para fixar estratégia nas atividades da administração de empresas e outros campos em que seja necessário produzir ou reforçar o convencimento de um ouvinte. Esse cenário teve como importante ponto de partida as obras de Perelman e Olbrechts-Tyteca, em conjunto, e de Toulmin, na década de 50, do século passado.⁸¹¹

Ressalta-se o “Giro Argumentativo” que caracterizou a filosofia do direito, nas últimas décadas, fazendo com que o direito pudesse ser compreendido, como o *“conjunto de los fenómenos jurídicos, desde el punto de vista argumentativo, de la persuasión racional.”*⁸¹²

No âmbito do direito, a argumentação representa importante função, inclusive com o desenvolvimento de uma Teoria da Argumentação Jurídica, que se mostra ligada à substituição “do paradigma cientificista pela ideia de uma ciência do Direito mais abrangente”.⁸¹³ Em outras palavras, que defende “uma ciência do Direito

⁸⁰⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação**. p. 61.

⁸⁰⁹ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 352.

⁸¹⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 370.

⁸¹¹ MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação**. p. 61.

⁸¹² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 11. Tradução livre: “conjunto de fenômenos jurídicos, do ponto de vista argumentativo, de persuasão racional”.

⁸¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação Jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São

que passa a pretender encontrar instrumentos não só para *explicar* como se forma uma decisão jurídica, mas para *justificá-la*: em suma, o teórico do Direito passa a perguntar menos *como(?)* e mais *por quê(?)*.⁸¹⁴

A argumentação possui relação com a prática jurídica, visto que diz respeito à experiência jurídica, ao modo de atuar, à aplicação do direito. Por vezes, é erroneamente denominada pela doutrina de “raciocínio jurídico”, método jurídico”, ou ainda, de “lógica jurídica”. Nessa linha, cumpre explicar que a argumentação não se cinge à lógica, inclusive isso que origina a atual “Teoria da Argumentação Jurídica”, pois o raciocínio jurídico não é apenas entendido pelo pela lógica formal, essa somente representa um elemento necessário, contudo nem sempre suficiente.⁸¹⁵

Embora seja denominada de Teoria da Argumentação Jurídica, o vocábulo “teoria” não é compreendido em oposição a prática, visto que as teorias⁸¹⁶ da argumentação guardam forte relação com a prática, no sentido de se preocupar com “a *aplicação* judicial ou administrativa do Direito e com a *correção racional* dos argumentos empregados nos discursos de *justificação* dessas decisões jurídicas.”⁸¹⁷

A Argumentação Jurídica pode ser compreendida nas três concepções apresentadas por Atienza, sem que elas sejam incompatíveis. Com isso, cada um dos enfoques, seja o formal, o material e o pragmático encontram-se “conectados com algum valor básico dos sistemas jurídicos”, ou seja, a certeza na concepção formal; a verdade e a justiça na material; e a aceitabilidade e o consenso na pragmática. Logo, “*el ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que*

Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 65. Grifo dos autores.

⁸¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p.65. Grifo dos autores.

⁸¹⁵ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 15-16.

⁸¹⁶ Verifica-se que “toda Teoria da Argumentação Jurídica – qualquer que seja o seu referencial teórico dominante, desde as que se alicerçam sobre a retórica aristotélica e a tópica, como a de Perelman, aparecida no início da década de 1950, até as que se fundam em regras argumentativo-discursivas influenciadas tanto pelo universalismo kantiano quanto pela teoria do discurso de Habermas, como a de Alexy, do final dos anos 70 – revela indisfarçável preocupação com a prática”, ou seja, com a aplicação do direito. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p. 64-65.

⁸¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p.65. Grifo dos autores.

*sea posible la persuasión.*⁸¹⁸

Desse modo, argumentar “e sempre uma acção relativa a uma linguagem”, ela sempre “pressupõe um problema” e pode ser caracterizada como “um processo” (uma atividade de argumentar e como “o produto ou o resultado da mesma”. Com isso, é uma atividade racional não só dirigida a um fim, mas a estabelecer critérios para sua avaliação.⁸¹⁹

A argumentação interessa a todos os setores da sociedade, todavia mostra-se mais relevante ao direito, nos Estados Democráticos de Direito, momento que se vislumbra a maior preocupação dos juristas pelos aspectos argumentativos, o que pode ser justificado pelos seguintes fatores: as principais teorias do direito do Século XX não deram a necessária atenção à dimensão argumentativa do direito; a aplicação do direito nos Estados Constitucionais “parece consistir, de maneira relevante, em argumentar”, o viés argumentativo, encontra-se em destaque; as modificações nos sistemas jurídicos dos Estados Constitucionais faz com que cresça a importância da argumentação, ou seja, a constitucionalização do direito importa na melhora quantitativa e qualitativa da fundamentação das decisões, sejam judiciais ou administrativas; a característica do ensino jurídico que prioriza o caráter argumentativo, e não somente o conteúdo jurídico; e a diminuição da “importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimação do poder”, visto que uma sociedade democrática “exige cidadãos capazes de argumentar racional e competentemente com relação às ações e às decisões da vida em comum”.⁸²⁰

O direito representa um fenômeno complexo que pode ser compreendido por diversos enfoques, dos quais se destacam o estrutural, o funcional e o ideal⁸²¹. O

⁸¹⁸ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 113-114. Tradução livre: “O ideal de motivação judicial poderia, portanto, ser expresso dizendo que se trata de colocar boas razões no caminho certo para que a persuasão seja possível.”

⁸¹⁹ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. p.94-97.

⁸²⁰ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 21.

⁸²¹ Atienza explica as perspectivas em que o direito pode ser entendido, por meio de metáforas ligadas a arquitetura, em que o enfoque estrutural seria descrever as partes que compõem o edifício jurídico e como essas parcelas se relacionam entre si. A funcional revela a função de cada parte do edifício, dentro do todo, nesse caso a atuação dos operadores do direito, para analisar se é eficaz. E por fim, no enfoque ideal, não se observa um edifício construído, com suas falhas e imperfeições, mas sim como ele poderia ser, o modelo que ele poderia representar. ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 19.

primeiro entende o direito como um conjunto de normas e o identifica com o normativismo jurídico. Já o segundo vislumbra o direito à luz da função que ele cumpre no meio social, equivalente a “posturas realistas, sociológicas” que veem o direito como a conduta dos aplicadores, ou seja, o “direito em ação”. O terceiro viés corresponde a um direito modelo, um “direito justo”, em outras palavras “uma proposta do que se deveria entender por direito racional”.⁸²²

Nesse sentido, seguindo o pensamento de Atienza, sustenta-se que as perspectivas estrutural, funcional e ideal não se excluem e que o direito as “pressupõe e, de certo modo as unifica e torna operativas”. Portanto, embora o direito não seja apenas argumentar, a argumentação revela-se extremamente importante, diante dos “fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas”, pois fornece aos juristas “instrumentos” que possibilitam “guiar e dar sentido à sua atividade”.⁸²³

Com isso, o direito em todas as suas dimensões pode ser visto como uma “uma trama muito complexa de decisões –vinculadas com a resolução de certos problemas práticos – e de argumentos, isto é, de razões a favor ou contra essas (ou outras) decisões.”⁸²⁴

Importante destacar que a expressão “justificação” da decisão judicial nas teorias da Argumentação Jurídica deve ser compreendida “em contraposição à *explicação* ou *descoberta*, pois o seu interesse é muito maior pelo *contexto de justificação* das decisões do que pelo seu *contexto de descoberta*.”⁸²⁵

Desse modo, o direito não pode ser definido ou entendido apenas como argumentação, todavia, o viés argumentativo auxilia de maneira expressiva para a construção de uma melhor teoria e uma melhor prática do direito.⁸²⁶

⁸²² ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 19.

⁸²³ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 19.

⁸²⁴ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 20.

⁸²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. *Argumentação Jurídica*. p.66. Grifo dos autores.

⁸²⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p.107.

4.1.2 As teorias da Argumentação Jurídica

As teorias da Argumentação Jurídica acreditam na “possibilidade de uso prático da razão”, ou seja, na “racionalidade prática”, por isso são incompatíveis com o rigor do “positivismo metodológico da ciência do Direito”, que considera “arbitrária” qualquer subjetividade na interpretação, que dependa de valoração e de escolhas.⁸²⁷

Com base nesse pensamento, que na metade do Século XX, começaram a ser construídas as principais teorias da Argumentação Jurídica, que buscavam romper com as noções do positivismo jurídico, em especial, da “neutralidade científica no plano da dogmática jurídica”, visto que a tarefa da ciência do direito não é só “descrever” e o cientista não pode manter-se neutro ao fazer o estudo do direito e interpretá-lo. Desse modo, as teorias da Argumentação Jurídica “se apresentam como teorias analítico-normativas dos discursos de justificação das decisões judiciais.”⁸²⁸

A Teoria da Argumentação Jurídica pode ser definida como “um método de análise racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos legislativos em geral), dos enunciados da dogmática, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas”, em resumo de “todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a justificação das decisões judiciais”.⁸²⁹

À luz do pensamento de Atienza a argumentação é dotada de uma pluralidade de noções no mundo jurídico, o que pode ser vista na contraposição de entendimentos nos autores das teorias precursoras e da denominada de “teoria *standard*”.⁸³⁰ Na primeira destacam-se Viehweg com a tópica, Perelman com a nova retórica e Toulmin com a lógica informal. Já, na teoria *standard* podem ser mencionados Alexy e MacCormick.⁸³¹

⁸²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p.65.

⁸²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p.65.

⁸²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. **Argumentação Jurídica**. p.66.

⁸³⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p.109.

⁸³¹ Seguiu-se a indicação de autores promovida por Manuel Atienza, visto que ele construiu o seu pensamento a partir desses autores. Assim, no item 4.2 abordam-se os principais pontos da Teoria da

Nesse contexto, o pensamento de Viehweg, sobre a Argumentação Jurídica, partiu da retomada da noção da tópica de Aristóteles e Cícero, como um modo de amenizar o formalismo decorrente do positivismo jurídico. Assim, pela tópica jurídica, a aplicação do direito aconteceria por meio de raciocínios baseados em problemas, visto que as normas jurídicas estão em constante mudança, devendo ser aplicadas conforme as necessidades de cada processo, com a intenção de determinar o que é justo. Logo, a tópica pretende “a *problematização* do sistema jurídico”.⁸³²

Nas palavras de Viehweg, o ponto mais importante na análise da tópica é “*la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema*”.⁸³³ O autor define problema como toda a questão que “*permite más de una repuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única repuesta como solución*”.⁸³⁴ Ou seja, todo o problema objetivo e concreto provoca um jogo de sugestões, ao que se denomina tópica.

Desse modo, entendendo que a jurisprudência deve ser concebida como uma fonte de permanente discussão de problemas, sua estrutura deve ser determinada partindo do problema, para buscar pontos de vista para a sua resolução. Assim, constata-se que seus conceitos e proposições devem estar ligados de modo especial com o problema, visto que se referem as proposições de conteúdo⁸³⁵ jurídico.⁸³⁶

A tópica de Viehweg é caracterizada por três elementos: o objeto que é o

Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

⁸³²MENDONÇA, Paulo Roberto S. Viehweg, Theodor. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 841-842. Grifo do autor.

⁸³³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007. p. 55. Tradução livre: “a afirmação de que é uma técnica de pensamento orientada para o problema”.

⁸³⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 57. Tradução livre: “Permite mais de uma resposta e isso requer necessariamente um entendimento preliminar, segundo o qual se torna o aspecto da questão que deve ser levado a sério e para o qual se deve buscar uma única resposta como solução”.

⁸³⁵Nessa linha, aduz Atienza que a noção de tópico ou de lugar comum de Viehweg, situa-se na concepção material da Argumentação Jurídica, visto que se encontra vinculado não só ao sentido de forma ou estrutura da proposição, mas também de conteúdo para oferecer boas razões. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 276.

⁸³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. p. 158

problema, que deu início ao processo; o instrumento com o qual opera, denominado de “*topoi*”, de lugar comum ou tópicos; e por fim, o tipo de atividade pela qual se manifesta, ou seja, a discussão do problema, a busca e exame das premissas, por meio do discurso da argumentação.⁸³⁷ A propósito da noção de problema⁸³⁸, refere Atienza, que para Viehweg corresponde a um “caso difícil”.⁸³⁹

Com isso, “na concepção de Viehweg, o sistema jurídico nada mais é do que um catálogo de tópicos historicamente consolidados, mas que passa por um constante processo de mutação e ampliação alimentado pelos procedimentos de aplicação do direito.”⁸⁴⁰

Também, como precursor das atuais teorias da argumentação vislumbra-se o pensamento de Perelman, que questionou o estudo das ciências sociais e humanas, realizado no século XIX, com base na lógica formal e propôs um novo paradigma com fundamento na lógica argumentativa. Assim, juntamente com Olbrechts-Tyteca, construíram uma teoria da argumentação, cujo método se fundamenta na teoria do discurso persuasivo, resgatando a retórica da antiguidade. Assim, criaram a Nova Retórica que se alicerça em juízos de valor, ligados à dimensão social e histórica.⁸⁴¹

Dessa forma, “entre a força da arbitrariedade das crenças e da demonstração científica, existe uma lógica do verossímil que constitui a argumentação.”⁸⁴² Defende Perelman, que “os raciocínios demonstrativos, as inferências formais são corretos ou incorretos”, por outro lado, “os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a

⁸³⁷ AMADO, Juan Antonio García. **Teorías de la tónica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 94.

⁸³⁸ Explica Roesler que “o argumento de Viehweg pode ser resumidamente compreendido do seguinte modo: problema é toda a questão que permite mais de uma resposta e que nos aparece como algo que precisa não só ser levado a sério como decidido, ou seja, sobre o qual se exige de nós uma posição. Para que algo se coloque como um problema, é preciso que esteja de antemão inserido em um sistema, mesmo que disso não tenhamos consciência, e a partir do qual se pode construir uma resposta.” ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da Argumentação Jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 4, n. 3, 3º Quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica; Acesso em 15 mai. 2021. p. 5.

⁸³⁹ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 34.

⁸⁴⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto S. **Viehweg, Theodor**. p. 842.

⁸⁴¹ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Retórica**. p. 725.

⁸⁴² IORIO FILHO, Rafael Mario. **Retórica**. p. 725.

intensidade da adesão de um auditório.” Portanto, verifica-se que “todas as técnicas de argumentação visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas, que podem, aliás, resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas.”⁸⁴³

O conceito principal na teoria de Perelman é o de auditório, que recebe a apresentação da justificação, em uma audiência. Assim, esses receptores podem ser um grupo concreto (juízes de um tribunal) ou uma comissão parlamentar. Nessa audiência os membros aceitam uma posição com base em argumentos racionais, se convencidos pela justificação. *“La aceptación por parte de la audiencia universal es así un criterio de la argumentación racional y objetiva”*.⁸⁴⁴

Aduz Atienza, que Perelman estabelece as técnicas argumentativas, dividindo-as em dois grupos os de associação e os de dissociação. E que na Argumentação Jurídica, diferente das outras ciências, é difícil haver acordo entre as partes, pois os argumentos possuem caráter de controvérsia. Contudo, o pensamento antagônico contido neles pode ser superado pela imposição de uma decisão por uma autoridade judicial.⁸⁴⁵

Ainda, como precursor das teorias padrões da Argumentação Jurídica, verifica-se o estudo de Toulmin, que critica a visão da lógica, que acontece somente de modo formal dedutivo, pois esse viés só se aplica nas ciências exatas. Defendeu a necessidade de compreender que a lógica se relaciona à forma como as pessoas pensam, argumentam e interferem nos fatos, o que se denomina de razão prática, ou seja, uma lógica operativa e aplicada, que elege como modelo a jurisprudência e não a geometria. Para tanto, teceu um paralelo entre lógica e jurisprudência, concluindo que no centro se situava a crítica da razão.⁸⁴⁶

Desse modo, quando alguém afirma algo, assume o desafio de justificar,

⁸⁴³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 147.

⁸⁴⁴ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 332-333. Tradução livre: “A aceitação pelo público universal é, portanto, um critério de argumentação racional e objetiva”.

⁸⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 53-63.

⁸⁴⁶ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 81-82.

para vencê-lo, apresenta argumentos que compreende suficientes para comprovar sua alegação. Após isso poderão ser tecidas críticas, *“usando todas las categorías de la lógica aplicada que sean necesarias según la naturaleza de la situación. La cadena de preguntas y críticas a la que llegaremos no tiene por qué tener, em si misma, nada de psicológico o de sociológico”*.⁸⁴⁷ Ou seja, o que interessa saber é se essa argumentação corresponde a uma norma e se devemos aceita-la ou recusá-la.⁸⁴⁸

Portanto, Viehweg, Perelman e Toulmin, na condição de precursores, contribuíram para a construção da teoria standard da Argumentação Jurídica, em que se destacam os pensamentos de MacCormick e Alexy. O primeiro entende que os argumentos inseridos no contexto prático, se dirigem a um auditório e têm a função de persuadir, logo se relacionam ao tema e ao auditório. Logo, *“el objetivo práctico de la persuasión subyace una función de justificación, o al menos de justificación ostensible”*.⁸⁴⁹

A teoria de MacCormick possui uma função integradora. Ainda, a argumentação prática, no geral, e a Argumentação Jurídica, no particular, possuem função de justificação (sentido objetivo). Assim, essa função de justificar se encontra presente, mesmo quando, a argumentação busca persuadir (sentido subjetivo), visto que somente pode persuadir se os argumentos estão justificados. Com isso, justificar uma decisão jurídica significa dar razões que mostrem que aquela decisão assegura *“la justicia de acuerdo con el derecho”*.⁸⁵⁰

Ainda, em sua Teoria da Argumentação Jurídica, MacCormick defende que o raciocínio dedutivo mostra-se “incapaz de resolver todos os problemas de justificação em contextos jurídicos” e as limitações decorrentes do viés dedutivo,

⁸⁴⁷ TOULMIN, Stephen E. **Los usos de la argumentación**. Tradução de María Morrás e Victoria Pineda. Barcelona: Ediciones Península, 2007. Tradução livre: “usando todas as categorias de lógica aplicada que são necessárias de acordo com a natureza da situação. A cadeia de perguntas e críticas a que chegaremos não deve ter, em si, nada de psicológico ou sociológico”.

⁸⁴⁸ TOULMIN, Stephen E. **Los usos de la argumentación**. p. 275.

⁸⁴⁹ MACCORMICK, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho**. Tradução de José Ángel Gascón Salvador. 1. ed. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 43. Tradução livre: “o objetivo prático da persuasão está subjacente a uma função de justificação, ou pelo menos justificação ostensiva”.

⁸⁵⁰ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 107-108. Tradução livre: “justiça de acordo com a lei”.

envolvem dois problemas, quais sejam: de fixação (escolha)⁸⁵¹ das premissas desse raciocínio dedutivo; e o segundo, em virtude das “normas jurídicas, sendo sempre expressas em linguagem natural, (português, inglês, etc.), estão contaminadas da intrínseca vagueza e indeterminação das linguagens naturais”.⁸⁵²

Já, Alexy parte de uma teoria geral da argumentação prática e a projeta para o campo do direito, compreendendo o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral. Com isso, ele não pretende elaborar somente uma teoria normativa da Argumentação Jurídica, mas também uma teoria analítica e descritiva. Sustenta que o procedimento do discurso jurídico, se define pelas regras e formas do discurso prático geral, e por outro lado, pelas regras e formas próprias do discurso jurídico, ou seja, a sujeição à lei, aos precedentes e à dogmática.⁸⁵³

Nessa linha, as normas jurídicas constroem uma “pretensão de correção”, com objetivo de “fundamentar teoricamente critérios para um sistema de regras do discurso.” Para Alexy, o conceito de discurso prático envolve “uma atividade racional de fundamentação de preceitos normativos em relação a questões práticas, na qual podem participar uma quantidade ilimitada de indivíduos.”⁸⁵⁴

Destarte, Alexy diferencia a justificação das decisões judiciais sob duas

⁸⁵¹ Refere MacCormick que “*el proceso de evaluación de la fuerza relativa de argumentos opuestos será sin duda una cuestión de grado, una cuestión de opinión en la que es necesario el juicio. Si a menudo los argumentos parecen empatados, ¿cómo podemos saber con seguridad cuál es el más fuerte? La respuesta es que muy escasas veces podemos saberlo con certeza, no de la misma forma que en los argumentos demostrativos donde la aceptación de las premisas como axiomáticas o como empíricamente verdaderas nos permite derivar de ellas una conclusión que no puede ser puesta en duda si se mantienen sus premisas*”. Tradução livre: “o processo de avaliação da força relativa dos argumentos opostos será, sem dúvida, uma questão de grau, uma questão de opinião em que o julgamento é necessário. Se os argumentos muitas vezes parecem empatados, como podemos saber com certeza qual é o mais forte? A resposta é que muito raramente podemos saber com certeza, não da mesma forma que em argumentos demonstrativos onde a aceitação das premissas como axiomáticas ou como empiricamente verdadeiras nos permite derivar delas uma conclusão que não pode ser duvidada se suas premissas são mantidos”. MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho Una teoría del razonamiento jurídico**. Traducción José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores Lima, 2016. p. 51.

⁸⁵² MICHELON JR, Claudio. Neil MacCormick. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 557.

⁸⁵³ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 149-164.

⁸⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Robert Alexy. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 33.

ólicas: a interna que verifica se a decisão seguiu logicamente as premissas que se apresentam como fundamentação, relacionando-se ao silogismo jurídico;⁸⁵⁵ e a externa cujo objeto é a “correção” ou fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna. Tais premissas podem ser de vários tipos. “Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo; (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.”⁸⁵⁶

Após a breve menção dos pensamentos de Viehweg, Perelman, Toulmin, na condição de precursores, e MacCormick e Alexy, como representantes da teoria padrão, ressalta-se que tais concepções foram idealizadas, com intuito de reconhecer a insuficiência da Argumentação Jurídica que toma como base, unicamente, a lógica formal dedutiva.

Portanto, sob o ponto de vista de Manuel Atienza, verifica-se a importância da Argumentação Jurídica na aplicação do direito, tanto no seu aspecto formal, quanto, nos âmbitos material e pragmático. Salienta-se que, parte do direito consiste em argumentar, logo relevante ao jurista, diante do problema, ter capacidade e habilidade de apresentar bons argumentos, seja na fase de produção das normas jurídicas, seja na de aplicação do direito, à luz de casos concretos e, também, na dogmática jurídica, pelo estudo da argumentação partindo de situações abstratas.

Tudo isso, acontece em uma sociedade dinâmica, que inserida em um Estado Constitucional, necessita de decisões a problemas cada vez mais complexos, que exigem uma argumentação arrojada, para que haja a efetiva justificação da decisão apresentada. Assim, o pensamento da teoria *standard* da Argumentação Jurídica leva a abertura de um campo de investigação e reflexão sobre o estudo da argumentação e seu papel no direito. Nesse diapasão, cumpre ressaltar a Teoria da Argumentação Jurídica elaborada por Manuel Atienza.

⁸⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219.

⁸⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. p. 228.

4.2 A Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza

A Teoria da Argumentação Jurídica envolve o estudo dos argumentos que servem de base para a fundamentação das decisões. Importante contribuição à aplicação do direito pode ser obtida quando se estuda a teoria da argumentação construída pelo filósofo espanhol Manuel Atienza.

Da sua apresentação denota-se que, Manuel Atienza é “Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante”, estudioso da Teoria da Argumentação Jurídica e autor de inúmeras obras sobre a matéria. Em especial cumpre destacar que, o pensamento de Atienza ocupa importante lugar no cenário teórico da filosofia atual do direito, apresentando três principais características, quais sejam: “a atenção ao aspecto argumentativo do fenômeno jurídico, entendendo-se a práxis do jurista basicamente como uma operação interpretativa e argumentativa”; ainda “a recusa da perspectiva positivista de que para fazer Ciência do Direito é necessário isolar o fenômeno jurídico dos fenômenos sociais correlatos, com a Moral ou a Política”; e, por fim, “o abandono da questão da cientificidade do discurso jurídico dogmático como um ponto de honra para a legitimação de seu papel social.”⁸⁵⁷

Com isso, relevante analisar os principais pontos do pensamento de Manuel Atienza, no que tange à Teoria da Argumentação Jurídica. Refere o autor que, se propôs a construí-la partindo do que “qualificou como teorias *standard*”, com intuito de superar possíveis limitações que as mesmas pudessem ter. Desse modo, partiu da análise de outras teorias e optou por denominar o seu estudo de “teoria-mosaico”, isto é, a teoria elaborada por Atienza foi composta, “em boa medida, com pedaços tomados de obras de outros autores [...] que se articulavam entre si para compor um conjunto mais ou menos unitário”.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ ROESLER, Claudia Rosane. Apresentação. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROSLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

⁸⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba. Alteridade, 2017. p. 9. Importante mencionar que nesse livro houve a tradução de parte da obra ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 1.ed. 5ª Reimpressão. Madrid: Editorial Trotta,

Explica Atienza, que não lhe interessava elaborar uma teoria original, mas sim um estudo que fosse “útil para os juristas”. Mencionou que a originalidade residia “na seleção das peças” de cada teoria e na “maneira de combiná-las”⁸⁵⁹, e com isso promover uma reflexão à luz dos principais autores contemporâneos que abordam a Argumentação Jurídica, para compreender que não se trata de uma só concepção que envolve a argumentação.

Além disso, defende Atienza que as teorias da Argumentação Jurídica objetivam refletir os argumentos utilizados no contexto jurídico, que por sua vez, podem acontecer em três momentos distintos: na produção do direito, na aplicação do direito e na dogmática jurídica.

No primeiro âmbito a argumentação acontece ainda no período pré-legislativo, no qual surge uma necessidade social que precisa ser regulamentada por lei, ou também, na fase legislativa em que um assunto encontra-se em discussão no Poder Legislativo ou Executivo. Nessa fase os argumentos apresentam-se com um viés mais político e moral, do que jurídico. Explica Atienza, que as atuais teorias da argumentação não se preocupam com esses cenários.⁸⁶⁰

Já o segundo campo de utilização de argumentos jurídicos é na aplicação das normas jurídicas para solucionar conflitos, seja no sentido estrito pela atividade jurisdicional, seja no sentido amplo pelos órgãos administrativos, ou mesmo pelos particulares. Nessa senda, relevante distinguir se a argumentação refere-se aos fatos ou ao direito discutidos na contenda, visto que a teoria da argumentação dominante se preocupa com a aplicação do direito, os chamados “casos difíceis”, que envolvem a interpretação do próprio direito. Contudo, relevante destacar que a maioria das lides postas em juízo ou apresentadas administrativamente aos órgãos públicos referem-se a fatos e por isso ficam de fora da discussão dessas teorias da Argumentação Jurídica.⁸⁶¹

Em um terceiro momento, os argumentos jurídicos guardam relevância

2018, e não da sua totalidade. Ainda, destaca-se que o próprio autor faz um prefácio especial a essa edição.

⁸⁵⁹ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. p. 9.

⁸⁶⁰ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 2.

⁸⁶¹ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 2.

com a dogmática jurídica, que na condição de uma atividade complexa pode relacionar-se no cumprimento de três funções, quais sejam: fornecer critérios para a produção do direito, para a aplicação do direito e para “ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico”: ⁸⁶²

As teorias da Argumentação Jurídica que tratam da dogmática jurídica acabam se preocupando mais com a aplicação do direito, com intuito de fornecer elementos que facilitem as decisões jurídicas. O que distingue a dogmática e a aplicação do direito, na Argumentação Jurídica, é que a primeira se ocupa com os argumentos dos casos em abstrato, enquanto na segunda os argumentos são utilizados para a resolução dos casos em concreto. Contudo, ambas se relacionam e se complementam, em especial, nos casos difíceis em que os aplicadores do direito recorrem a dogmática. ⁸⁶³

A teoria de Atienza envolve uma noção de argumentação que “exige e ao mesmo tempo permite diferentes concepções internas de seus elementos e não de um único modo de relação”, englobando as dimensões formais, materiais e pragmáticas. Tal pensamento possibilita a construção da “atividade justificativa dos juristas mais rica e mais realista”. ⁸⁶⁴

Vislumbra-se que a mencionada teoria se revela “normativa em seu propósito de auxiliar a melhorar a prática jurídica, apresentando exigências de correção para ela, mas que também quer se mostrar mais próxima dos mecanismos reais de construção dos argumentos”. ⁸⁶⁵ Nessa linha, torna-se relevante compreender como analisar e como avaliar a Argumentação Jurídica, e, ainda, como proceder para argumentar, pelo entendimento de Manuel Atienza.

⁸⁶² ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 2.

⁸⁶³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 2-4.

⁸⁶⁴ ROESLER, Claudia. Apresentação da tradutora. In: ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentação Jurídica*. p. 7.

⁸⁶⁵ ROESLER, Claudia. Apresentação da tradutora. In: ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentação Jurídica*. p. 7.

4.2.1 Argumentação Jurídica: como analisar, como avaliar e como argumentar

A dimensão argumentativa do direito envolve uma teoria complexa, em que precisam ser consideradas as concepções em um tríplice viés⁸⁶⁶, quais sejam: formais (que parte de um problema formal, da lógica, com resolução dedutiva), materiais (que parte de um problema que deve ser explicado à luz das ciências, da tecnologia, da moral e do direito, com intuito de justificar fatos ou atos, por exemplo) e pragmáticos (que parte de um problema que não pode ser tido como formal ou material, pois seu escopo é persuadir alguém, sobre de algo) pertinentes a toda a argumentação.⁸⁶⁷

Com base nisso, necessário percorrer um caminho que se apresenta por três grandes indagações, quais sejam: como analisar a Argumentação Jurídica; como avaliar a Argumentação Jurídica; e como argumentar no direito. Dessas perguntas, o analisar e o avaliar a argumentação podem ser entendidas como “*ex post*”, visto que pressupõem uma argumentação já apresentada. Por outro lado, o argumentar, apresenta-se “*ex ante*”.⁸⁶⁸

Inicialmente, aborda-se que o “analisar a Argumentação Jurídica” apontando que envolve inúmeras tarefas, entre elas: “representar⁸⁶⁹ os argumentos e as argumentações”, quando envolverem argumentações complexas, formadas por vários argumentos; “mostrar quais são os elementos” que podem ser distinguidos na argumentação, para existir uma representação adequada; e “analisar com detalhe cada uma dessas partes” para compreender as que possuem maior relevância na

⁸⁶⁶ As três concepções sobre as quais a argumentação pode ser entendida à luz do pensamento de Manuel Atienza foram abordadas no item 4.2.1, quando da apresentação do conceito de argumentação e suas dimensões.

⁸⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 103.

⁸⁶⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 423.

⁸⁶⁹ Atienza refere que a representação deve seguir um método que se fundamenta em “diagramas e setas”, que retratam o fluxo de informações referente ao caso. As linhas traduzem os passos não argumentativos e as setas indicam argumentos a favor ou contra. Contudo, “*la representación de una argumentación no equivale a su análisis, sino que es un instrumento, una ayuda para llevarlo a cabo*”. Tradução livre: “a representação de uma argumentação não equivale à sua análise, mas é um instrumento, um auxílio para realizá-la”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 425-429.

argumentação.⁸⁷⁰

Nessa linha, Atienza diferencia a argumentação, os argumentos e as linhas argumentativas, Define que a argumentação “es el conjunto de pasos, actos de enjuaje y enunciados que median entre planteamiento de una pregunta inicial – el problema que da lugar a la argumentación – y la respuesta a la misma – la solución”.⁸⁷¹ Já, o argumento “es una razón a favor o en contra de una determinada tesis”.⁸⁷² E a linha argumentativa “es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla”.⁸⁷³

Também, importante para a “análise” da Argumentação Jurídica, o “conteúdo proposicional”, que é composto pelas razões (por meio de orações linguísticas), que envolvem enunciados fáticos e normativos. Por fim, a dimensão pragmática que engloba o problema a ser resolvido e as possíveis soluções. Nesse ponto, revelam-se importantes as perguntas que são apresentadas pelo argumentador durante o processo.⁸⁷⁴

Ainda, com relação ao “analisar a Argumentação Jurídica”, Atienza⁸⁷⁵ assevera que no discurso judicial justificativo, verifica-se relevante identificar os tipos de questões que configuram a controvérsia da demanda, que podem ser denominados de questões controvertidas e de casos difíceis, que se apresentam pela seguinte tipologia: questões processuais⁸⁷⁶; questões de prova⁸⁷⁷; questões de

⁸⁷⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 424.

⁸⁷¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 425. Tradução livre: “é o conjunto de etapas, atos de fala e enunciados que medeiam entre colocar uma questão inicial - o problema que dá origem ao argumento - e a resposta a ele - a solução”.

⁸⁷² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 425. Tradução livre: “é uma razão a favor ou contra uma determinada tese”.

⁸⁷³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 425. Tradução livre: “é um conjunto de argumentos orientados na mesma direção: defender uma tese ou atacá-la”.

⁸⁷⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 426.

⁸⁷⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 431-432.

⁸⁷⁶ As questões processuais são resolvidas por normas processuais, que dizem respeito, por exemplo, à competência, legitimidade, procedimento adequado e outros. Assim, “antes de plantearse el problema de cómo debe decidir la cuestión de fondo, el juez se plantea si debe decidirla.” Tradução livre: “Antes de considerar o problema de como ele deve decidir a questão substantiva, o juiz se pergunta se ele deve decidi-la”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 432.

⁸⁷⁷ As questões de prova levam a um raciocínio indutivo. A dificuldade encontra-se na confiabilidade dos meios de provas. “El juez tiene que combinar el manejo racional de la prueba, de la inducción, con el Derecho probatorio que forma parte de su sistema jurídico. Y ese Derecho puede contener normas que prohíban el uso de ciertos medios de prueba, que requieran un estándar de prueba más

qualificação⁸⁷⁸; questões de aplicabilidade⁸⁷⁹; questões de validade⁸⁸⁰; questões de interpretação⁸⁸¹; questões de discricionariedade⁸⁸²; e questões de ponderação⁸⁸³.

Cumprе salientar que, o ponto a ser debatido na Argumentação Jurídica pode ser encaixado em mais de uma das questões apresentadas, combinadas entre si de diversos modos, em face da sua complexidade. Assim, primordial identificar o núcleo da lide, ou seja, a controvérsia objeto da Argumentação Jurídica, para a partir disto analisar o conteúdo da mencionada argumentação.⁸⁸⁴ Nessa senda, a análise da Argumentação Jurídica perpassa pelo caminho de delimitar a contenda e compreender quais questões expostas estão atreladas a elas.

Na dimensão argumentativa, Atienza sustenta que além de entender a Argumentação Jurídica realizada, por meio da sua análise, mostra-se importante

o menos exigente". Tradução livre: "O juiz deve conciliar o manejo racional da prova, da indução, com o direito probatório que faz parte de seu ordenamento jurídico. E esse Direito pode conter normas que proibam o uso de certos meios de prova, que requeiram um padrão de prova mais ou menos exigente". Como por exemplo critérios de como proceder a inquirição de uma testemunha. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 434.

⁸⁷⁸ Nas questões de qualificação, a argumentação acontece a partir de definições. As dificuldades que surgem, decorrem da definição de certas palavras que são complexas, como por exemplo: "razoável, equitativo, dignidade" e outras. As questões de qualificação diferem-se das de interpretação, visto que nas primeiras as "definições" aparecem como premissas e nas segundas como conclusão. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 435.

⁸⁷⁹ As questões de aplicação envolvem estabelecer se existe ou não norma que possa ser aplicada a controvérsia. Acaso ela exista, definir qual é. Verifica-se que o "*pluralismo jurídico característico de la época de la globalización, la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio*" levam a esse tipo de problema. Tradução livre: "pluralismo jurídico característico da era da globalização, a coexistência de vários sistemas jurídicos no mesmo espaço". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 435.

⁸⁸⁰ No viés da validade, o que a argumentação observa é se a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto respeita o sistema jurídico vigente. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 436.

⁸⁸¹ Nas questões de interpretação, os argumentos se referem à definição em si mesma. Assim, o esquema argumentativo da interpretação é composto de "enunciado a interpretar", "um "enunciado interpretativo" e um "enunciado interpretado". Por exemplo: "todos tem direito à vida" "todos" os "nascidos", logo "todos os nascidos têm direito à vida". A dificuldade nessas questões é a justificação da segunda premissa do enunciado interpretativo. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 437.

⁸⁸² As questões de discricionariedade na análise da Argumentação Jurídica encontram-se ligadas às normas de fim que estabelecem que em "*determinadas circunstancias, un sujeto tiene la obligación de (o le está prohibido o permitido) alcanzar un fin, un estado de cosas (valioso, cuando se trata de una obligación)*." Destaca-se, nesse caso, que a maneira de alcançar esse fim não é estabelecida anteriormente e existe a liberdade de escolha. Tradução livre: "certas circunstâncias, um sujeito tem a obrigação de (ou é proibido ou permitido) atingir um fim, um estado de coisas (valioso, quando se trata de uma obrigação)". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 438.

⁸⁸³ A ponderação relaciona-se aos princípios, essa necessidade deriva da existência de lacunas normativas ou lacunas axiológicas. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 438.

⁸⁸⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 439.

responder a indagação de “como avaliar a Argumentação Jurídica”, se “um argumento é bom ou mau”.⁸⁸⁵ Nesse sentido, refere que a avaliar um argumento “*no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción; como tampoco deben confundirse la evaluación de los argumentos teóricos y las creencias o teorías que los mismos avalan*”.⁸⁸⁶ Desse modo, existem boas decisões que são mal argumentadas, bem como decisões errôneas com boa argumentação.⁸⁸⁷

As argumentações e as decisões podem ser consideradas boas ou ruins observando dois âmbitos: o sentido técnico quando é hábil de apresentar argumentos eficazes para atingir a finalidade; e no sentido moral, quando essa argumentação têm argumentos moralmente bons. Assim, o que se constitui em bom ou mau argumento varia conforme o contexto do caso concreto. Contudo, não quer dizer que não existam critérios objetivos para proceder na mencionada avaliação.⁸⁸⁸

Antes da análise dos critérios de avaliação da Argumentação Jurídica nas decisões judiciais, convém mencionar que, os céticos entendem que o direito tem caráter indeterminado, logo não existem critérios objetivos para estimar a qualidade dos argumentos. Fundamentam, em especial, que nos casos difíceis não existe um consenso sobre qual seria a solução da lide, logo inadmissível estabelecer critérios.⁸⁸⁹

Afirma Atienza, que esse argumento cético pode ser atacado por quatro maneiras, sendo elas: o fato das pessoas não anuírem sobre qual seria a resposta correta de um caso, não significa que ela não exista; embora a objetividade no direito seja construída de forma distinta das outras ciências, o que por vezes não tenha uma única resposta ao problema, não significa dizer que o direito não tem objetividade (possibilidade de fixação de critérios); a falta de consenso na solução do caso, não representa a falta de acordo sobre quanto aos critérios para avaliar a argumentação, mas sim à sua aplicação; e negar critérios objetivos de avaliação,

⁸⁸⁵ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. p. 99.

⁸⁸⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 547 Tradução livre: “Não é exatamente o mesmo que avaliar uma decisão ou ação; nem deve ser confundida a avaliação dos argumentos teóricos e das crenças ou teorias que eles sustentam”.

⁸⁸⁷ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 547.

⁸⁸⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 548-549.

⁸⁸⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 550.

implica na impossibilidade de tecer qualquer crítica às decisões judiciais.⁸⁹⁰

Por sua vez, Atienza entende que existem critérios que conferem certa objetividade ao direito, no sentido de permitir a avaliação da Argumentação Jurídica trazida pelo magistrado na decisão, sendo eles: a universalidade, a coerência, a aceitabilidade das consequências, a moral social e a moral justificada.⁸⁹¹

A universalidade serve como requisito de avaliação tanto para problemas normativos, quanto para os de fato, momento que se encontra incluída na justificação interna. No viés normativo revela-se um critério lógico, em que a premissa maior decorre da norma, que se constitui um preceito de ordem universal e constrói a *ratio decidendi*. No contexto fático a universalidade também transparece, pois a premissa fática encontra fundamento em enunciado do tipo universal, ainda que o mesmo seja de “carácter probabilístico”, ou seja, essa premissa será usada nos casos em que se derem as mesmas circunstâncias.⁸⁹²

A coerência⁸⁹³ como critério de avaliação se refere a compatibilidade da decisão, em relação a “valores, princípios y teorías”. Ressalta-se que, a coerência normativa parte do sistema jurídico e é contextual, uma vez que os princípios e valores não são os mesmos em todos os ramos do direito e nem em todos os ordenamentos jurídicos, variando conforme o contexto. Já, a coerência narrativa leva em conta a experiência acumulada em outros casos, possibilita que se dê como comprovado um fato, tendo em vista que é o melhor que se assenta diante de uma série de fatos probatórios, “*leyes científicas, relaciones de causalidade, máximas de experiencia, etc., que nos permiten explicar el mundo*”.⁸⁹⁴

Ainda, a coerência justifica a forma de argumentar quando a interpretação não puder ser unicamente dedutiva, em face das premissas conterem informações

⁸⁹⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 550-551.

⁸⁹¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 554.

⁸⁹² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 554-555.

⁸⁹³ A coerência guarda importância com a Argumentação Jurídica, em um sentido amplo, que engloba todos os critérios de justificação, pois uma decisão coerente é sinônimo de decisão justificada. E, em um sentido restrito a coerência representa apenas um dos critérios de avaliação dos argumentos. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 555.

⁸⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 556. Tradução livre: “leis científicas, relações causais, máximas de experiência, etc., que nos permitem explicar o mundo”.

insuficientes para o intérprete chegar a uma conclusão ou se a informação inicial for contraditória. No primeiro caso, agrega informação por analogia, no segundo suprime o que é incompatível, em ambos só mantém o que mantém identidade com o sistema, ou seja, “a coerência”.⁸⁹⁵

O terceiro critério de avaliação da Argumentação Jurídica nas decisões judiciais é a adequação das consequências, que dizem respeito às questões normativas e as de fato. Nele avaliam-se os efeitos para o futuro, pois não se leva em conta somente o resultado daquela decisão, mas outros que venham a acontecer e se conectem com ele por laços de causalidade. Atienza alerta que é uma atividade complexa e que existe a dificuldade de fixar limites, pois os órgãos judiciais não contam com recursos adequados para “prever efeitos, estados de coisas do futuro”.⁸⁹⁶

A moral social, também, tem influência na argumentação nas decisões judiciais, haja vista que o juiz não pode deixar de apreciar o que é considerado pela coletividade, essa noção enseja que a decisão se mostre persuasiva e inclusive encontra-se vinculada aos ideais democráticos. Atienza defende que esse critério da moral social não é satisfatório porque não é simples identificar a opinião majoritária; que essas opiniões mesmo majoritárias podem conter preconceitos; que a invocação à democracia não se mostra justificado em critérios objetivos; as Constituições dos Estados Democráticos de Direito “incorporaram um código moral”, à luz das declarações de direitos; e que o Direito não traz razões de caráter justificativo, logo a moral social, também, não pode trazer, tais critérios só podem advir de uma “moral racionalmente justificada” que pode não corresponder a moral social.⁸⁹⁷

Com relação ao critério da moral justificada para avaliar a Argumentação Jurídica, Atienza não entende cabível a aplicação no âmbito geral, e apresenta objeções para a sua utilização, ou seja: não se faz necessário recorrer a este critério, em virtude do positivismo e da consequente separação entre direito e moral. Contudo, explica que alguns defendem que o apelo à moral é possível quando o

⁸⁹⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 556.

⁸⁹⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 557-558.

⁸⁹⁷ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 560.

sistema remete a conceitos morais, como por exemplo, dignidade humana, liberdade, igualdade, etc., assim, tais conteúdos devem ser buscados na filosofia moral e política. Com isso, surge a dúvida se essas noções devem ser interpretadas dentro do direito ou se podem ser usados critérios externos, como da moral social. Observa-se que na argumentação das premissas (seja normativa, seja fática) guardam relação com o pensamento de que o magistrado deve obedecer ao direito, o que revela a natureza moral.⁸⁹⁸

A segunda objeção à utilização da moral justificada reside na afirmação, que “não é possível de fazê-lo”. Envolve a dúvida de qual é a moral justificada e se ela existe. Para Atienza, o pensamento do “construtivismo”, defendido por Rawls, Habermas e Nino, é o que melhor explica, em que “os princípios de uma moral justificada seriam aqueles a que chegaria por consenso um conjunto de agentes que discutiram respeitando certas regras mais ou menos idealizadas.” Também, refere-se que “objetividade moral é análoga, mas não equivalente à científica”. A fundamentação da sentença pode incorporar um componente moral, contudo a argumentação judicial tendo o aspecto normativo, como essencial.⁸⁹⁹

Além dos critérios objetivos da universalidade, da coerência, da adequação das consequências, da moral social e moral justificada, também, a razoabilidade revela-se como importante fator de avaliação da Argumentação Jurídica nas decisões judiciais, em especial quando existe contradição ou insuficiência entre os mencionados fatores. Todavia, o conteúdo da razoabilidade retrata o “limite do justificável” e do “juridicamente aceitável”. Nesse prisma, traz à tona a noção de equilíbrio e de balanceamento entre ideias contrapostas, para encontrar pontos de consenso entre as mesmas. Ainda, envolve a aceitabilidade, em que ao considerar os fatores do caso, consegue uma articulação entre os pensamentos opostos.⁹⁰⁰

Para explicar “como analisar” e de “como avaliar” a Argumentação

⁸⁹⁸ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 560

⁸⁹⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 561.

⁹⁰⁰ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 563-564.

Jurídica, Atienza aponta a importância compreender “como argumentar”⁹⁰¹. Inicialmente, assevera que, se constitui em uma indagação ambígua, e pode ser compreendida “como se deve argumentar” ou de “como se argumenta de fato”.⁹⁰²

Disso verifica-se que a Argumentação Jurídica busca resolver problemas jurídicos, que embora inseridos em uma diversidade têm traços em comum, como segue: nos problemas práticos que decorrem de lides reais ou potenciais, destacam-se fatores afetivos, atinentes ao aspectos de comportamento e motivacionais e os práticos, que se referem ao uso adequado dos instrumentos processuais; ainda, problemas bem estruturados, em que o estado inicial e a meta são claros e mal estruturados, em que não existe essa distinção; os problemas são colocados em um meio institucional, que comanda o processo de resolução; os problemas jurídicos têm relação com a moral, pois a solução não guarda exclusividade de ser técnica; a linguagem traduz o problema e a solução.⁹⁰³

Defende Atienza que para obter a solução de um problema argumentativo no direito, ou seja, para estabelecer o “como argumentar”, mostra-se relevante separar quatro fases, que denomina de: identificação e análise do problema, proposta de solução, comprovação e revisão da solução e redação do texto. Adverte que tais divisões não são lineares, pois existem interações entre elas, bem como que variam conforme a Argumentação Jurídica seja realizada pelos juízes (Judiciário), pelos advogados ou pelo legislador.⁹⁰⁴

A primeira parte refere-se a identificação e análise do problema, ou seja, determinar o “estado da causa”. O caminho varia conforme a quem couber argumentar, ou seja, juiz (de qual instância), advogados ou legisladores. Contudo, a tarefa que possuem é analisar e avaliar as argumentações previamente existentes, o que pode acontecer por representação gráfica de setas, indicação da questão

⁹⁰¹ Aduz Atienza que, a abordagem do direito como argumentação tenta conectar os elementos que decorrem de uma concepção dinâmica e instrumental do direito, que parte da noção de conflito. ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 79.

⁹⁰² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 424.

⁹⁰³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 645-646.

⁹⁰⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 647.

controvertida (questões processuais, de prova, de qualificação, de validade e outras) e com isso promover a avaliação dos argumentos.⁹⁰⁵

A segunda fase diz respeito a proposta de solução, que com relação ao juiz é a de indicar a resposta correta e precisa ao caso, com base nos argumentos e teses apresentadas pelas partes. A estratégia que ele poderia usar é a “busca para trás”, fixar a resposta que entende correta e buscar nos elementos do processo, se existem elementos sólidos para que ela se sustente. Com relação ao advogado, a proposta de solução apontada será aquela que juridicamente plausível que beneficie o seu cliente.⁹⁰⁶

Após, como terceiro momento surge a comprovação e a revisão, com intuito de analisar a solidez das fases anteriores. Nesse passo, o juiz teria que fazer uma atividade de raciocínio para contrapor argumentos a sua própria resposta e promover a sua avaliação. Se compreende que essas objeções são plausíveis, compreenderá que sua solução não é a mais correta e deverá revisá-la, reformando-a ou propondo uma outra.⁹⁰⁷

Por fim, na sequência dessas fases preparatórias apresenta-se a de redação do texto, para que se proceda na elaboração do discurso. Nesse momento podem ser ressaltadas duas distinções importantes, quais sejam: as partes do discurso e a exposição do discurso. Com relação às partes do discurso, Atienza refere, que se tratam das disposições e que seguem uma ordem⁹⁰⁸ que passa do *exordium*, para a *narratio*, para a *divisio*, para a *argumentatio* e por fim, a *peroratio*.⁹⁰⁹

Já, a exposição do discurso acontece por meio da linguagem jurídica, que representa uma linguagem técnica, funcional, que tem suas próprias especificidades,

⁹⁰⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 647.

⁹⁰⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 648.

⁹⁰⁷ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 648.

⁹⁰⁸ O *exordium* representa o início, a abertura que visa chamar a atenção do auditório; na *narratio* são contados os fatos e questões litigiosas; na *divisio* são separados os pontos a serem tratados, em especial os contenciosos, dos não contenciosos; na *argumentatio* são expostos os argumentos; e na *peroratio* são recapitulados os argumentos e existe um fecho que visa apelar à emoção do auditório. ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 649.

⁹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 649.

deve ser sóbria, impessoal e ter o propósito de resolver o problema que é apresentado, de uma maneira clara e persuasiva. As regras para alcançar encontram fundamento na retórica, por meio da clareza, da precisão e da concisão. Recomenda Atienza que a redação não deve se demasiadamente extensa.⁹¹⁰

Para concluir o pensamento de “como argumentar”, Atienza refere que argumentar bem não é somente uma questão de técnica, mas que envolve a ética, ou seja, tem um sentido técnico e ético. Explica que, as regras éticas, também, são regras argumentativas e que existe uma ligação no discurso entre os elementos racionais, emocionais e éticos que visam persuadir. Na Argumentação Jurídica, por exemplo, verifica-se que o juiz não cumpre com as regras éticas e, portanto, não realiza uma boa argumentação quando utiliza tom de voz depreciativo para narrar os argumentos de alguma das partes, quando se porta de modo imoderado ou mesmo quando atua sem a devida imparcialidade.⁹¹¹

Após, a abordagem do pensamento de Atienza sobre como “analisar” e “avaliar” a Argumentação Jurídica, apresentando a classificação das questões e os critérios que avaliam a objetividade do raciocínio jurídico, e também, da identificação do processo de “como argumentar”, imprescindível apresentar o projeto de Teoria da Argumentação Jurídica defendido pelo jurista espanhol.

4.2.2 Suporte teórico da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza

Atienza parte da premissa que a lógica formal dedutiva não consegue abarcar todos os aspectos da Argumentação Jurídica. Desse modo, explica que a partir da década de 50 do século passado, originou-se a Teoria da Argumentação Jurídica, que tem por expoentes Viehweg, Perelman e Toulmin, na condição de precursores e MacCormick e Alexy, que representam os principais estudiosos da teoria denominada de standard. Portanto, com base nos pensamentos desses autores, Atienza construiu um projeto próprio de Teoria da Argumentação Jurídica.

⁹¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 651.

⁹¹¹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 652.

Nesse sentido, Atienza defende que a Teoria da Argumentação Jurídica deve ser compreendida sob três dimensões: *“considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. [...] se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, como lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifesta o latente, cumple.”*⁹¹²

Assim, com relação ao objeto, Atienza parte do pressuposto que a teoria padrão da Argumentação Jurídica é insuficiente e desenvolve uma teoria alternativa levando em consideração quatro aspectos: que a Argumentação Jurídica deve dar relevância para a argumentação de fatos; que a Teoria da Argumentação Jurídica deve se importar com os argumentos que se relacionam à produção do direito; com relação a aplicação do direito a teoria da argumentação não deve se apoiar somente na adjudicação e esquecer a resolução dos problemas; e, por fim, a teoria da argumentação não deve ter um caráter tão somente prescritivo, mas deve possuir, também, um viés descritivo,⁹¹³ como se passa a analisar:

Inicialmente, no que tange ao objeto, Atienza compreende que a Argumentação Jurídica precisa dar importância aos fatos, e não somente aos aspectos normativos, visto que grande parte das argumentações são produzidas fora dos tribunais. Desse modo, deveria haver uma maior aproximação entre as teorias da argumentação, seja a jurídica, seja a das outras áreas, seja a científica, seja a da vida ordinária. Com isso haveria um maior contato da Argumentação Jurídica, não só com a teoria do direito, mas também com a sociologia e outras investigações de caráter empírico.⁹¹⁴

No segundo aspecto pertinente ao objeto, defende Atienza que a Teoria da Argumentação Jurídica deve analisar os argumentos apresentados na fase de produção do direito e não somente aqueles produzidos na interpretação, na aplicação do direito e na dogmática jurídica. Alega a interação entre a teoria da legislação e a Teoria da Argumentação Jurídica, em que estão ligadas por uma

⁹¹² ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 204. Tradução livre: “considerando qual é o objeto, método e função da mesma [...] seria uma questão de ver o que a teoria em questão explica, como explica e para que, isto é, que finalidade instrumental ou não, manifesta ou latente, cumpre”.

⁹¹³ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 204-207.

⁹¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 205.

racionalidade Linguística (o emissor deve transmitir a mensagem- que é a lei- com fluidez ao destinatário; uma racionalidade jurídico-formal em que a nova lei deve ser inserida de modo harmônico no sistema jurídico; uma racionalidade pragmática, na qual a conduta dos destinatários se adequa ao previsto na lei; uma racionalidade teleológica, pois a lei deve alcançar objetivos sociais; e a racionalidade ética, pois as condutas prescritas pela lei e seus fins pressupõem valores suscetíveis de justificação ética.⁹¹⁵

Logo, a racionalidade na aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica depende da racionalidade da legislação, visto que os magistrados, os advogados no processo ou a dogmática jurídica, apresentam seus argumentos e partem do que foi legislado no parlamento, que é o responsável por produzir as normas jurídicas.⁹¹⁶

O terceiro aspecto com relação ao objeto, refere-se a aplicação do direito, em que a teoria da argumentação deve levar em conta que esse processo não consiste somente em aplicar as normas jurídicas, mas verificar quais os critérios de correção dos argumentos, que devem operar em um modelo complexo da racionalidade prática, para resolver os problemas jurídicos que envolvem aquela lide. Uma teoria da argumentação que se preocupe com os argumentos que visem a solução do conflito, visto que isso é importante tanto no plano prático, quanto no teórico.⁹¹⁷

No quarto e último âmbito, o objeto da teoria da argumentação deve ter um caráter descritivo (e não só prescritivo), capaz de englobar os argumentos que tem lugar de fato na vida jurídica e isso acontece em dois sentidos: primeiramente, no contexto da justificação há necessidade de um método que permita “descrever”

⁹¹⁵ ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante número 6, 1989. p. 385-403. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf. Acesso em 20 jun. 2021. p. 385.

⁹¹⁶ Na teoria da legislação podem ser vislumbradas três fases: a pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa. “Cada una de las tres fases está delimitada por dos extremos que marcan el comienzo y el final del proceso que en el esquema se representa a través de una serie de operaciones intermedias. Dicho proceso es de tipo circular, pues el resultado a que lleva una operación posterior siempre es posible que repercuta en una anterior.” Tradução livre: “Cada uma das três fases é delimitada por dois extremos que marcam o início e o fim do processo representado no diagrama por meio de uma série de operações intermediárias. O referido processo é circular, uma vez que o resultado de uma operação posterior é sempre possível afetar a anterior.” ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. p. 398.

⁹¹⁷ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 206.

como se devem ser fundamentadas de fato, as decisões, ou seja: *“tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación se puede llevar a cabo un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo”*.⁹¹⁸ No segundo sentido, o estudo da Argumentação Jurídica não se limita apenas ao contexto da justificação⁹¹⁹, mas também ao contexto do descobrimento.⁹²⁰

A segunda dimensão da Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Atienza, diz respeito à metodologia, ou seja a representação da argumentação e os critérios de correção. Aduz o autor que, uma Teoria da Argumentação Jurídica deve ter um *“método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación [...], así como de criterios [...] para juzgar sobre la corrección [...] de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas.”*⁹²¹

Alega que a principal crítica à teoria padrão da Argumentação Jurídica é que ela não criou um procedimento para a argumentação e limitou-se a recorrer à lógica formal dedutiva, e que esse mecanismo, por si só, não se mostra suficiente para retratar a argumentação, pois a mesma não se limita a um argumento a favor e outro contra. Explica que a noção lógica de argumentação serve para indicar se existe ou não existe *“una conexión necesaria o de deducibilidad entre unas proposiciones (las premisas) y otra u otras (las conclusiones). Pero parece que esto no es suficiente para reconstruir o que habitualmente entendemos por argumento o*

⁹¹⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 115. Tradução livre: “tanto no contexto da descoberta quanto no contexto da justificação, um tipo de discurso duplo pode ser realizado: descriptivo e prescriptivo”.

⁹¹⁹ Atienza coloca como importante distinguir o contexto de descoberta do contexto de justificação, embora no direito, nem sempre apareça de modo nítido, pois uma razão explicativa também pode ter força justificativa. Explica a diferença, aduzindo que: *“Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación”*. Tradução livre: “Cada um desses dois aspectos das decisões constitui o objeto de estudo de diferentes disciplinas: o contexto da descoberta teria que ser tratado por várias ciências sociais (psicologia, sociologia, etc.); enquanto a teoria do direito (e, portanto, a Teoria da Argumentação Jurídica) estaria situada exclusivamente no contexto da justificação”. ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 115.

⁹²⁰ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 207.

⁹²¹ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 207-208. Tradução livre: “método que permite representar adecuadamente o real processo de argumentação [...], bem como os critérios [...] para julgar sobre a justeza [...] desses argumentos e seus resultados, decisões judiciais”.

por buen argumento”.⁹²²

No que tange à representação dos argumentos, Atienza sustenta que a argumentação não é linear, mas se revela complexa, como a trama de um tecido. Logo, o procedimento para uma melhor Argumentação Jurídica, seria representar os argumentos por meio de um diagrama que permitisse observar seus aspectos: o sintático, por meio da relação que os argumentos guardam entre si⁹²³; o semântico, que traduz o sentido dos enunciados⁹²⁴; e pragmático⁹²⁵, ou seja, a indicação do tipo de ato de linguagem realizado com o enunciado.⁹²⁶

Dessa forma, a Argumentação Jurídica pode ser considerada como um processo para solucionar o problema jurídico apresentado e é composto por uma série de atos, que Atienza agrupa em cinco momentos⁹²⁷, quais sejam: (1) primeiramente, identificar o problema⁹²⁸ a ser resolvido, como caso difícil; (2) após

⁹²² ATIENZA, Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante número 8, 1990. p. 41-42. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10798/1/Doxa8_02.pdf. Acesso em 20 jun. 2021. Tradução livre: “uma conexão necessária ou dedutível entre algumas proposições (as premissas) e outra ou outras (as conclusões). Mas parece que isso não é suficiente para reconstruir ou que geralmente entendemos por argumento ou por bom argumento”.

⁹²³ Por exemplo o “a --> b: ‘a’ é um argumento independente em favor de ‘b’”; a --< b: “‘a’ é um argumento contra ‘b’”; O estar a favor, estar contra, conjunta ou separadamente... são representados por flechas. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 208.

⁹²⁴ O viés semântico é representado por letras minúsculas que traduzem o sentido dos enunciados. Por exemplo “a” é um argumento; “b” é outro argumento, eles se relacionam por meio das flechas. ATIENZA, Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica*. p. 48-49.

⁹²⁵ O viés pragmático utiliza figuras geométricas para distinguir tipos diferentes de enunciados, ou dito de outro modo, para diferenciar os atos de linguagem que integram o ato de linguagem mais complexo, que consiste em argumentar. Assim, as figuras representam argumentos que trazem, por exemplo, o “*planteamiento de un problema; afirmación de un enunciado empírico (universal o singular); adopción de un enunciado normativo que obliga, prohíbe o permite hacer algo; formulación de una pregunta que se puede hacer en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas; asunción de un juicio de valor; establecimiento e una definición o de un postulado de significado; adopción de un principio (que puede considerarse algo a mitad de camino entre un valor y una norma); etc.*” Tradução livre: “declaração de um problema; afirmação de uma afirmação empírica (universal ou singular); adoção de uma declaração normativa que obriga, proíbe ou permite que algo seja feito; formulação de uma pergunta que pode ser feita no decorrer da argumentação e que pode ter uma ou mais saídas; assunção de um julgamento de valor; estabelecimento de uma definição ou postulado de significado; adoção de um princípio (que pode ser considerado algo intermediário entre um valor e uma norma); etc.”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 209.

⁹²⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 208-209.

⁹²⁷ ATIENZA, Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica*. p. 55.

⁹²⁸ Os problemas jurídicos podem ser: “1) *Problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso. [...] 2) Problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso. [...] 3)*

determinar se na situação existe insuficiência (lacuna) ou excesso de informações (contradição), Quando as premissas contêm toda a informação necessária para chegar a uma conclusão, a argumentação assume um processo dedutivo; (3) na sequência estabelecer as hipóteses⁹²⁹ de solução ao problema, com novas premissas, que contenham informações necessárias para se chegar a uma conclusão.

Ainda, no itinerário do processo de argumentar (4) justificar as hipóteses da solução, ou seja, apresentar os argumentos favoráveis à interpretação apresentada. Se o problema era de insuficiência de informação, o conjunto de argumentos “aduzidos e estruturados” retratam uma argumentação analógica. Por outro lado, se o problema resultar do excesso de informação, a argumentação acontece mediante a redução do absurdo.⁹³⁰

E no último estágio da argumentação (5) passar das hipóteses (que são as novas premissas), agora confirmadas ou justificadas para a solução. Desse modo, verifica-se que exsurtem as duas formas de argumentação: a analogia e a redução do absurdo, que por sua vez acontecem por um número indeterminado de argumentos substantivos “*de enunciados o conjuntos de enunciados que cabe utilizar para la justificación de los pasos a dar en el contexto de estas dos formas y de las posibles combinaciones de estas dos formas.*”⁹³¹

Assim, a metodologia da Argumentação Jurídica pela teoria de Atienza

Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar. [...] 4) Problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.” Tradução livre: “(1) Problemas de relevância, que ocorrem quando há dúvidas sobre qual é a regra aplicável no caso. [...] 2) Problemas de interpretação, que surgem quando há dúvidas sobre como deve ser entendida a norma ou normas aplicáveis ao caso. [...] 3) Problemas de evidência, que surgem quando há dúvidas sobre a ocorrência de determinado evento. [...] 4) Problemas de qualificação, que surgem quando há dúvidas sobre se determinado fato não discutido se enquadra no âmbito de determinado conceito contido na presunção de fato ou na consequência jurídica da norma”. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** p. 211.

⁹²⁹ ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica.** p. 55. O autor refere que a fixação das hipóteses depende do problema identificado, ou seja, se de insuficiência (lacuna) ou de excesso (contradição) de informação. Na primeira deve ser reformada a norma, para ampliar o alcance; e na segunda deverá haver opção por uma interpretação, descartando as demais.

⁹³⁰ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** p. 212-214.

⁹³¹ ATIENZA, Manuel. **Para una teoría de la argumentación jurídica.** p. 59. Tradução livre: “de declarações ou conjuntos de declarações que podem ser usados para justificar os passos a serem dados no contexto dessas duas formas e as combinações possíveis dessas duas formas”.

envolve a representação dos argumentos e não somente a lógica formal dedutiva conforme exposto, bem como os critérios que julgam a sua correção. Nesse ponto ele critica a teoria standard, pois essa sustenta que os critérios de correção têm por fundamento a racionalidade prática, o que se mostra insuficiente, em especial para os casos difíceis. Defende Atienza que a noção da racionalidade prática deve abarcar a teria da equidade, da razoabilidade que oferecem critérios em especial para solucionar os casos difíceis. Assim, a Teoria da Argumentação Jurídica não poderia *“tener un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral.”*⁹³²

Após, trazer as abordagens do objeto e do método da Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza, indispensável apresentar quais as finalidades da mesma, enumerando três funções que ela deve cumprir: de caráter teórico ou cognitivo; de natureza prática ou técnica; e de viés político ou moral.

Pela função teórica, a Teoria da Argumentação Jurídica deveria colaborar para o desenvolvimento de outras disciplinas, jurídicas ou não, para permitir uma melhor compreensão do fenômeno jurídico, bem como da prática de argumentar. Com isso, entender o direito, ao mesmo tempo, como um sistema de normas (teoria do direito) e como um sistema de procedimentos (Teoria da Argumentação Jurídica) e que a integração entre ambas pudesse construir uma teoria da sociedade.⁹³³

Já, a função prática ou técnica significa que a Teoria da Argumentação Jurídica deve fornecer orientação útil para a produção, interpretação e aplicação do direito. Logo, para que a teoria da argumentação cumpra essa função instrumental, tanto na prática, quanto na dogmática jurídicas, deve estar munida de um método que permita representar os argumentos e fixar critérios de correção. Também, deve cumprir a função prática de construir um “sistema jurídico experto”. Ainda outra finalidade prática refere-se ao ensino do direito, em que a Teoria da Argumentação Jurídica deve dar ênfase ao “aprender a pensar” e ao “aprender a argumentar” como

⁹³² ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** p. 216. Tradução livre: “ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas necessariamente deveria incorporar conteúdos de cunho político e moral”.

⁹³³ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** p. 216.

um jurista e não só limita-se a conhecer o direito positivo.⁹³⁴

A terceira função, denominada de política ou moral se relaciona a uma concepção mais crítica com relação aos direitos nos Estados Democráticos de Direitos. Sustenta Atienza que, a Teoria da Argumentação Jurídica⁹³⁵ deve envolver-se com uma ideologia “política e moral” no que tange aos direitos positivados nos Estados Democráticos de Direito, ou seja, uma postura mais realista, visto que a par dos casos fáceis, também existem os difíceis e os trágicos.⁹³⁶

Conclui-se que a Argumentação Jurídica passou a ter um papel central na cultura jurídica, em especial, por que a prática do direito nos Estados Constitucionais exige a fundamentação das decisões e para isso indispensável a argumentação. Ao lado desse componente do constitucionalismo⁹³⁷, também, vislumbra-se uma sociedade complexa e um “pluralismo jurídico”, que enseja a “utilização de mecanismos como a conciliação, a mediação, a negociação” que pressupõe “um aumento do componente argumentativo”.⁹³⁸ Assim, o direito é argumentação.

⁹³⁴ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 217.

⁹³⁵ A teoria padrão da Argumentação Jurídica faz a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Com relação aos primeiros, o sistema jurídico fornece uma resposta correta que não é contestada. Já, “*un caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección*”. Logo, é possível propor mais de uma resposta correta que se enquadra no direito positivado. Todavia, Atienza explica que, também existe uma terceira categoria, a dos casos trágicos, ou seja, “*un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo*”, não existe solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e ou moral. Tomar uma decisão nesses casos, não significa ter uma alternativa simples, mas sim um dilema. ATIENZA, Manuel. *Sobre lo razonable en el derecho. Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 27. p. 99-101. Disponível em file:///C:/Users/Geral/Downloads/REDC_027_093.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021. Tradução livre: “Um caso é difícil quando, em relação a ele, é possível encontrar, em princípio, mais de um ponto de equilíbrio entre demandas opostas, mas que necessariamente deve ser levado em conta na decisão e, portanto, uma decisão deve ser tomada (e justificado) escolha”. Tradução livre: “um caso pode ser classificado como trágico quando, em relação a ele, não há solução que esteja acima do equilíbrio mínimo”.

⁹³⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. p. 218.

⁹³⁷ Observa Carbonell que “*o neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente*.” Tradução livre: “o neoconstitucionalismo gera uma explosão de atividade judicial e comporta ou requer algum grau de ativismo judicial, em grande parte superior ao observado anteriormente”. CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 155.

⁹³⁸ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. p. 20-23.

Com isso, a Argumentação Jurídica possui um caráter justificativo, em que a atividade judicial envolve o argumentar, por meio do apresentar e justificar os argumentos. Ao lado da relevância da Argumentação Jurídica, pelo pensamento de Atienza, que envolve bons argumentos, apresentados de forma adequada e que devem levar à persuasão, também, é indispensável mencionar a importância da interpretação nas decisões judiciais, por meio da hermenêutica jurídica.

4.3 As decisões judiciais e a hermenêutica jurídica

A hermenêutica desenvolveu-se no decorrer da história como uma teoria da interpretação, possuindo como objetivo suprir a necessidade de explicar textos que não podiam ser diretamente contatados pelo intérprete em face da distância temporal, espacial e de nível de linguagem.⁹³⁹ Por meio dela o intérprete pretendia dar o sentido do escrito, realizando uma interpretação que o explicasse, ou seja, que buscasse torná-lo claro e inteligível. Contudo, atualmente ganhou destaque na aplicação do direito.

A evolução do conceito de hermenêutica como forma de reflexão é considerada uma criação da Modernidade, eis que seu aparecimento remonta ao século XVII. Porém, etimologicamente, a palavra hermenêutica, de origem grega, deriva do verbo “*hermeneúein*” e do substantivo “*hermênêia*”, significando, respectivamente, interpretar e interpretação. Da mesma forma, o autor levanta a possibilidade de a origem da palavra ser atribuída ao deus Hermes, que servia de mediador entre os homens e os deuses.⁹⁴⁰

Nesse sentido, observando a raiz grega do vocábulo, percebe-se que a

⁹³⁹ Como forma de buscar a compreensão correta a hermenêutica foi utilizada numa fase inicial, em três níveis: “primeiro, para auxiliar as discussões sobre a linguagem do texto (o vocabulário e a gramática), dando eventualmente origem à filosofia; segundo, para facilitar a exegese da literatura bíblica; e terceiro, para guiar a jurisdição.” BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 24.

⁹⁴⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 52-55.

hermenêutica designa “o processo de ‘tornar compreensível’”, especialmente, a linguagem. Assim, associado a Hermes, e pelo uso antigo da palavra, podem-se destacar três significados para hermenêutica: o de dizer, de explicar e de traduzir. Contudo, todos se referem à interpretação.⁹⁴¹

Desde o início⁹⁴², a hermenêutica representou a “ciência da interpretação”, porém, modernamente, sua concepção foi sendo estabelecida sob diversos fundamentos, ou seja, segundo o enfoque bíblico, filológico, científico, das ciências do espírito, existencial e cultural.⁹⁴³ As diferentes óticas clarificam pontos importantes na teoria hermenêutica, sugerem respostas às questões suscitadas pelos intérpretes e revelam o princípio hermenêutico de que “a interpretação é moldada pela questão a partir da qual o intérprete aborda o seu tema.”⁹⁴⁴ Ressalta-se que as orientações que definiram a hermenêutica, na ordem acima referida, tiveram, cada qual, maior abrangência em um determinado período histórico, que se estendeu do século XVII até nossos dias, mas todas ainda hoje se manifestam no pensamento hermenêutico.

Na hermenêutica jurídica, hodiernamente, percebe-se a predominância de duas teorias: a primeira, trazida por Betti⁹⁴⁵, seguidor de Schleiermacher e Dilthey,

⁹⁴¹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 24.

⁹⁴² Grondin sintetiza a evolução da hermenêutica passando pelos seguintes modelos: na Antiguidade com “regras hermenêuticas esparsas, até que, com a Reforma de Lutero, despertou o desenvolvimento de uma hermenêutica sistemática, que só se teria tornado universal com Schleiermacher, como doutrina universal da arte do entendimento; Dilthey teria, então, ampliado esta hermenêutica para uma Metodologia universal das ciências do espírito [...], e Heidegger teria, ao depois, ancorado a questão da hermenêutica no terreno ainda mais fundamental da facticidade humana.” GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. p. 26.

⁹⁴³ Aduz Palmer que “todos estes adjectivos classificativos são de certo modo inadequados e não satisfatórios; uso-os de um modo experimental e provisório para indicar a alteridade entre as seis diferentes abordagens. A hermenêutica bíblica tem muitas orientações diferentes; só no século dezoito incluía a gramática, a história, o pietismo e outras escolas, e continuou a ser maximizada até aos dias de hoje. A hermenêutica ‘Filológica’ também gozou de um desenvolvimento complexo no século dezoito. A ‘científica’ é de certo modo ilusória no que se refere a Schleiermacher pretendendo apenas sugerir a tentativa feita por este autor de dar à hermenêutica uma base universal e sistemática. A *geisteswissenschaftliche* refere-se ao projecto de Dilthey. A ‘existencial’ cobre as concepções hermenêuticas de Heidegger e de Gadamer. Por último a ‘cultural’ sugere imperfeitamente a riqueza das aplicações que Ricoeur faz da hermenêutica na sua procura de uma filosofia mais adequada, centrada na interpretação dos símbolos. A hermenêutica jurídica é, de um modo geral, omitida.” PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. p. 43.

⁹⁴⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. p. 75.

⁹⁴⁵ Ressalta Streck que Betti desenvolveu “uma teoria baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, na qual a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma

denominada de clássica, que sustenta a “hermenêutica como um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação”; e a segunda, representada por Gadamer, que, seguindo os ensinamentos de Heidegger, defende “a hermenêutica como uma exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda a compreensão.”⁹⁴⁶

Desse modo, a Hermenêutica Clássica apresenta-se como pensamento dominante na hermenêutica jurídica, momento que os operadores se encontram vinculados a um universo que se limita a abordar o método de aplicação do direito, ocupando-se em extrair da norma o que ela contém, bem como em esclarecer o verdadeiro sentido dos vocábulos. Tal modelo, fundamenta-se na subsunção e na dedução, traz uma noção, por vezes equivocada, pois somente reproduz sentidos. Em contrapartida, apresenta-se a matriz teórica da Hermenêutica Filosófica, baseada na produção de sentido por meio da compreensão, que representa uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica.

Assim, necessário compreender os fundamentos das duas correntes, para concluir como cada uma delas pode colaborar para a interpretação do direito contratual, em especial da cláusula geral da boa-fé objetiva, à luz da repersonalização, promovida pela Lei Maior. Logo, passa-se a expor os dois caminhos para a interpretação e aplicação do direito, quais sejam: a Hermenêutica Clássica e a filosófica.

4.3.1 O modelo hermenêutico clássico: crise e viragem

A hermenêutica representa a teoria da interpretação, a “arte da interpretação”, e, até o final do século XIX, apresentou-se como uma “disciplina auxiliar”, mostrando-se como hermenêutica teológica, filológica e jurídica.⁹⁴⁷ A partir

abordagem objetivo-idealista.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110.

⁹⁴⁶ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. p. 55.

⁹⁴⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. p. 23.

daí, a teoria hermenêutica transcendeu os limites que a acoplavam às outras ciências, atingindo um novo sentido⁹⁴⁸, ou seja, passou a representar uma disciplina que elabora regras para a compreensão do pensamento humano, que é expresso por meio de palavras. Assim, como uma disciplina normativa, metódica e técnica, designada de clássica, a hermenêutica caracterizou-se por fixar regras e traçar métodos para uma boa interpretação, inclusive no direito.

Com isso, para a Hermenêutica Clássica a aplicação do direito é feita interpretando e explicando as normas jurídicas por meio de um pensamento dogmático preso à metafísica. Nela aparecem três fases⁹⁴⁹: a primeira, na qual o jurista conhece (*subtilitas intelligendi*); a segunda, que é a interpretação (*subtilitas explicandi*), e, por último, quando aplica (*subtilitas applicandi*). Nessa linha, o intérprete busca extrair da norma seu conteúdo, vendo o universo numa relação sujeito-objeto e tendo a ilusão de certeza no processo interpretativo. A linguagem, por sua vez, “é apenas o instrumento que comunica/transporta essências e/ ou conceitos verdadeiros”.⁹⁵⁰

Para a Hermenêutica Clássica, as palavras refletem a essência das coisas e interpretar é explicar, dar o significado do vocábulo, revelar o sentido da norma. A Hermenêutica Clássica é normativa e o aplicador, em sua decisão, busca a solução do caso na norma geral, ou seja, nas possibilidades que o sistema jurídico lhe disponibiliza para agir. Assim, com base na norma geral ele cria a norma individual que se consubstancia na sentença, portanto, com caráter normativo.

⁹⁴⁸ Refere Palmer que “a hermenêutica, enquanto se define como estudo da compreensão das obras humanas, transcende as formas linguísticas de interpretação. Os seus princípios aplicam-se não só a obras escritas, mas também a quaisquer obras de arte. Visto isto, a hermenêutica é fundamental em todas as humanidades – em todas as disciplinas que se ocupam com a interpretação das obras do homem. É mais do que meramente interdisciplinar, porque os seus princípios incluem um fundamento teórico para as humanidades; os seus princípios deviam colocar-se como um estudo essencial para todas as disciplinas humanísticas PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. p. 22

⁹⁴⁹ Menciona Silva Filho que “a tradição hermenêutica que antecedia a romântica separava os momentos da compreensão (*subtilitas intelligendi*) e da interpretação (*subtilitas explicandi*), pois considerava esta última um recurso excepcional ao que se deveria acorrer no caso de mal-entendido ou obscuridade. Com a generalização do mal-entendido operada por SCHLEIERMACHER e pela hermenêutica romântica, estes dois momentos passaram a ser indissociados. Contudo, o momento da aplicação (*subtilitas applicandi*) restou desconectado, como uma possibilidade posterior ao processo compreensivo-interpretativo.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 57-58.

⁹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 125.

Da mesma forma, a Hermenêutica Clássica é dedutivista, subsuntiva e lógica. O intérprete, após estabelecer o sentido, o alcance e as consequências jurídicas da norma, parte de um movimento vertical, isto é, da premissa maior sobre a premissa menor, resultando na incidência, qual seja, a subsunção; logo, o fato fica subsumido na norma. A Hermenêutica Clássica apresenta-se com cunho reprodutivo, sustentando que a verdadeira interpretação acontece quando se adiciona “a subjetividade do autor [...] com a objetividade da coisa”, ou seja, quando se pretende desvendar o que “o autor quis dizer sobre algo.”⁹⁵¹

A interpretação não produz o sentido, somente o reproduz. Assim, o discurso jurídico-dogmático esconde as condições de produção de sentido, momento em que “a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’.”⁹⁵²

Nesse contexto, verifica-se a presença do Senso Comum Teórico definido por Warat, entendido como “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” No sentido geral, representa uma “paralinguagem”, isto é, uma crença universal⁹⁵³ que se localiza além dos significados, fixando de “forma velada a realidade jurídica dominante” e produzindo “uma linguagem eletrificada e invisível,” que se apresenta no direito positivo para servir o poder.⁹⁵⁴

O direito, que é desvelamento, que tem por missão investigar e mostrar a

⁹⁵¹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 111.

⁹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 95.

⁹⁵³ Explica Warat que “nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência.” WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13.

⁹⁵⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei**: temas para uma reformulação. p. 15.

verdade perante o poder, é atingido pelo Senso Comum Teórico, que é velamento.⁹⁵⁵ Desse modo, os juristas aceitam costumes e crenças como verdades universais, deixando de fazer investigação ou crítica. O senso comum vela a realidade e conduz a que o conhecimento seja visto como algo estático, que deve ser aceito pelo homem sem qualquer indagação.

Percebe-se que, o discurso jurídico-dogmático, baseado no Senso Comum Teórico, não é capaz de trazer a noção da pessoa humana inserida em um contexto social. Ao contrário, oculta a realidade e nega a possibilidade de solucionar problemas em uma “sociedade díspar/excludente como a brasileira,”⁹⁵⁶ marcada por desigualdades e injustiças sociais.

Com isso, representa um fator impeditivo à realização do Estado Democrático de Direito, produzindo, na afirmação de Streck, uma “crise de paradigma de dupla face”.⁹⁵⁷ Esta crise dúplice origina-se, como a própria nomenclatura expressa, em face de dois fatores, quais sejam: a crise do modelo liberal-individual-normativista e a crise do paradigma da filosofia da consciência.

A propósito, com relação à primeira crise vê-se que seu fundamento reside no o modelo liberal-individualista, que privilegia a classe burguesa, a propriedade e o setor de produção, que teve seu momento de glória quando da Revolução Francesa e com o surgimento do Estado Liberal de Direito, mas que, ainda, hoje, vem priorizado pelo capitalismo. Após, esse modelo estatal foi sucedido pelo Estado Social de Direito e depois pelo Democrático de Direito, que à luz da democracia e dos direitos fundamentais, adotou como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana e a justiça social, entre outros, contudo a influência liberal-individualista continua forte na aplicação do direito.

⁹⁵⁵ Warat resume a questão do Senso Comum Teórico mencionando que “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O Senso Comum Teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável [...] da história do poder.” WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei**: temas para uma reformulação. p. 15.

⁹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 94.

⁹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 68.

Em que pese, o Estado brasileiro encontrar-se sob a égide do Estado Democrático de Direito⁹⁵⁸, a aplicação do direito, em sua maioria, mantém-se atrelada a um modelo oriundo do paradigma liberal-individualista, sedimentado, ainda, no Estado Liberal e incapaz de concretizar o conteúdo da repersonalização do direito civil. Assim, a aplicação do direito permanece vinculada a um modelo antigo e ultrapassado, que não corresponde à realidade social e “não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do novo modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988.”⁹⁵⁹

Nessa senda, o sistema jurídico encontra-se preparado, apenas, para resolver litígios “interindividuais”, observando o ser humano de modo abstrato, em uma relação jurídica prevista com detalhes na lei. Contudo, a realidade atual é diversa daquela do Estado Liberal, momento em que os conflitos passaram ao estágio de “transindividuais”, em uma sociedade complexa, marcada pela revolução tecnológica.⁹⁶⁰ Desse modo, a aplicação do direito à luz do individualismo e do formalismo não consegue trazer uma solução que concretize a dignidade da pessoa humana.

Assim, a manutenção do discurso dogmático fundamentado no paradigma liberal-individualista⁹⁶¹, de forma livre e irrestrita, na sociedade atual conduz a que o Estado Democrático de Direito não consiga cumprir seu objetivo de transformar a realidade, tampouco de melhorar as condições sociais. Por consequência, ao invés

⁹⁵⁸ Observa-se que, “a efetividade do direito passa a depender justamente da observação dessa realidade policontextual, havendo a premente necessidade de debate contemporâneo ultrapassar discussões relacionadas à validade do direito para, com isso, reconhecer no diálogo e na interdiscursividade as alternativas possíveis para um sistema jurídico que insiste em observar um futuro arriscado e plural mediante arranjos simplificados e dogmáticos”. ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**. v.11, n. 02, Rio de Janeiro, 2018. p. 895.

⁹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 54.

⁹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 34-35. .

⁹⁶¹ Menciona Aguiar que “uma certa fixidez dogmática de raiz metafísica do senso comum jurídico não trata do jurídico a partir da relação entre diferentes, mas a partir de uma norma uniformizadora, que dilui os sujeitos no interior de uma igualdade abstrata e retira dos envolvidos na relação jurídica os seus rostos, suas existências e concretude.” AGUIAR, Roberto A. R. Alteridade e rede no direito. **Veredas do direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v.3, n. 6, p. 11-43, jul./dez. 2006. p. 12.

de efetivar a proteção à pessoa humana, aumenta a desigualdade, a exclusão e a miséria, causando a mencionada crise.

Percebe-se que não basta a afirmação dos direitos na Constituição Federal; há a necessidade de uma firme ação do Judiciário para concretizá-los diante da inércia do Executivo. Portanto, o descompasso entre a atuação dos aplicadores do direito e as necessidades sociais gera uma crise, que só será vencida quando for superado o paradigma normativista oriundo do modelo liberal-individualista⁹⁶², para, então, o direito passar a ser “um mecanismo de transformação da sociedade.”⁹⁶³

Por outro lado, a crise na aplicação do direito também se apresenta em face da não superação do paradigma da filosofia da consciência, que sustenta a dicotomia sujeito-objeto e, conseqüentemente, a colocação da linguagem em terceiro lugar. Portanto, na relação sujeito-objeto, o primeiro é assujeitador, ou seja, existe um sujeito que apreende um objeto por meio da linguagem.

Com isso, “ainda vigora, na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito*.” Diante dessa realidade, tem-se a crença de que existe “um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. *O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo.*”⁹⁶⁴

A filosofia da consciência fundamenta-se na razão, ou seja, o princípio da verdade reside na capacidade racional do sujeito. Acontece pela revolução do

⁹⁶² Verifica-se no direito civil que grande parte dos operadores aplica o direito sob o modelo liberal-individualista, olvidando a força da Constituição Federal e a conseqüente repersonalização. Exemplifica-se tal atitude no direito contratual, quando a cláusula da boa-fé objetiva não tem seu conteúdo preenchido com base na noção da pessoa, vista de modo real, como um ente que precisa da efetiva proteção a sua dignidade; no direito de propriedade, quando o conceito de propriedade não é construído tendo em vista a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana.

⁹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 58-61.

⁹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 96. Grifo do autor.

racionalismo, eis que as coisas são porque o homem pensa a partir da razão⁹⁶⁵ (dualismo coisas e mente). Verifica-se que,

o conhecimento, por ser racional, pode ser medido e quantificado. Para chegar neste método, o filósofo realiza o famoso “exercício da dúvida”, quando então buscando aplicar o critério da evidência a todas as verdades até então obtidas (dogmas religiosos, conhecimento sensível, entre outros) chega à conclusão de que só há uma verdade que sobrevive ao teste: *cogito ergo sum* (penso, logo existo). Só não se pode duvidar de que se está a duvidar, isto é, de que a razão está em movimento, logo, a verdade aceitável só pode ser aquela que da razão advém.⁹⁶⁶

Logo, a filosofia da consciência também é chamada de filosofia da subjetividade, porque representa a crença do intérprete, a sua atividade subjetiva, o seu arbítrio, que faz com que as coisas ou o mundo sejam como são. Desse prisma, a linguagem, no interior do Senso Comum Teórico, apresenta-se, apenas, como uma terceira coisa localizada entre o sujeito e o objeto, que serve de meio para conduzir “essências e corretas exegeses dos textos legais.”⁹⁶⁷ Assim, a linguagem possui um papel coadjuvante e secundário na aplicação do direito no Brasil, visto que, na sua maioria, mantém-se apegada à filosofia da consciência e reticente às alterações provindas da viragem linguística.

No Brasil, a alteração do paradigma da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem não foi acolhida de forma unânime pelos aplicadores do direito, que continuam presos a discursos e ações que “coisificam”⁹⁶⁸ o mundo, padronizando soluções por meio do Senso Comum Teórico.⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ Conforme Stein, “Descartes é um alvo privilegiado da crítica heideggeriana. É na obra cartesiana que assoma a afirmação da modernidade na filosofia: a subjetividade. Nela toma forma, ao nível do problema da consciência, a questão do dualismo da metafísica ocidental.” STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘ser e tempo’**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988. p.22.

⁹⁶⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.126.

⁹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 61-62.

⁹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 69.

⁹⁶⁹ Menciona-se como exemplo do Senso Comum Teórico a padronização da noção de pessoa humana representada pela utilização de expressões como “homem médio” na aplicação do direito

Por meio do Senso Comum Teórico, constituído de crenças e verdades, os juristas diluem as diferenças e os paradoxos de uma sociedade complexa e desigual, criando soluções padronizadas que geram injustiças. Na maioria das vezes, “pouco importa ao jurista inserido no Senso Comum Teórico, o conteúdo das relações sociais. [...] ou seja, os problemas do universo fenomênico dão lugar e passagem para a abstração jurídico-conceitual-objetificante”. Nesse sentido, indaga-se, sob o manto do Senso Comum Teórico: “o que significa *pacta sunt servanda* em um conflito sócio-jurídico entre incluídos e excluídos (socialmente)?”⁹⁷⁰

Clarividente que, diante da questão apresentada, o Senso Comum Teórico, que representa o “lugar do secreto”⁹⁷¹, velará e esconderá a realidade, não permitindo a resolução justa daquele e de outros conflitos oriundos de situações nascidas no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, verifica-se que o Senso Comum Teórico contribui para que a hermenêutica mantenha um viés reprodutivo, normativo, subsuntivo e dedutivista distanciando o direito da realidade social. Tal conjuntura fortalece a crise de dupla face e abala os alicerces do Estado Democrático de Direito, uma vez que o direito não consegue ser instrumento que concretiza a dignidade da pessoa humana e que minora a desigualdade social; portanto, descumpre sua missão.

Frente à realidade de crise retratada, torna-se necessária uma matriz hermenêutica que veja o homem na sua concretude, como um ser-no-mundo, desfazendo o muro existente entre o homem e a realidade, produzido pela relação sujeito-objeto. Tal desiderato somente será alcançado quando a linguagem for elevada de terceiro elemento para primeiro na interpretação.

Assim, surgiu no campo filosófico a viragem linguística, por meio da troca da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Essa mudança propõe um rompimento com a metafísica, ou seja, com as “concepções de uma determinada

contratual. Indaga-se, quem é o homem médio? Como ele pode ser definido ou identificado na comunidade? Logo, verifica-se que tal construção não é encontrada no mundo da vida que somente abriga pessoas reais, que se distinguem das demais por suas particularidades.

⁹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 76-77. p. 71

⁹⁷¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei:** temas para uma reformulação. p. 15.

validade que se apresenta ao sujeito como definitiva, do mundo como ele é, do mundo em si mesmo, do mundo formado por essência.”⁹⁷² Nesse giro, a linguagem de terceira coisa passa a ser condição de possibilidade do conhecimento.

Essa transformação é denominada “*linguistic turn*”⁹⁷³, isto é, “o giro que deram os filósofos quando deixaram de lado o tema da *experiência* e adotaram a temática da *linguagem*”, passando a trabalhar a concepção de mundo sem substâncias ou essências, e sem dualismos metafísicos herdados da tradição grega, entendendo que as coisas se manifestam pela linguagem.⁹⁷⁴ Com isso, “deixa de ser instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento.”⁹⁷⁵

Diante da alteração ocorrida e após passar também pela fase da virada pragmática, o giro linguístico fundamentou-se sobre as seguintes premissas:

a) *o conhecimento ocorre na linguagem*. Qualquer discurso científico possui em comum com os demais a sua natureza linguística; b) *é na linguagem que há surgência do mundo*. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está na *linguagem*. Há um compromisso ontológico preso em toda a linguagem, pela semantização do mesmo. Este mundo que encontramos na linguagem nos afasta dos perigos de uma filosofia da consciência, impossível no interior de nossa “mundanização linguística”; c) *é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre*: como sujeito que fala, como sujeito da enunciação, e como sujeito que entende a linguagem dos outros; d) *é na linguagem que ocorre a ação*. Não só a linguagem tem vocação representativa, declarativa ou constativa; também existe a vocação realizativa da linguagem, que conecta a linguagem com a prática, assim como as práticas e os interesses com a linguagem; e) *é na linguagem que se dá o sentido*. O sentido do que há, em primeiro lugar, porque a linguagem tem necessariamente um componente significativo para uma comunidade de usuários que sem ela

⁹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 157.

⁹⁷³ Relata Streck que “a viragem linguística foi denominada de giro linguístico por Rorty, guinada linguística por Habermas ou reviravolta linguística por Manfredo de Oliveira.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 161.

⁹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p.157.

⁹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p.164.

não funciona; em segundo lugar, porque a linguagem pode criar novos mundos na medida em que abre novos caminhos ao sentido. Nomear, adjetivar é, em certo sentido, criar.⁹⁷⁶

Constata-se, então, que a hermenêutica não pode mais ser entendida como “uma metódica indicação de regras para lidar com textos, cuja tarefa era predominantemente de natureza técnico-normativa”, ou como uma forma de “ensinar o modo como se deve interpretar, para eliminar a arbitrariedade no universo da interpretação.” Diante da viragem linguística, a teoria hermenêutica, que busca consolidar os valores do Estado Democrático de Direito, deve abandonar tal modelo técnico e “assumir a forma mais abrangente de uma análise filosófica ou fenomenológica do fenômeno originário da interpretação e, respectivamente, da compreensão.”⁹⁷⁷

Portanto, o modelo de produção do direito à luz do projeto liberal-individualista, da filosofia da subjetividade, do *cogito* cartesiano, resta suplantado, nascendo para o aplicador do direito uma nova possibilidade de interpretar, bem como de estabelecer a noção de pessoa humana com base na sua condição histórica, por meio da Hermenêutica Filosófica.

4.3.2 Modelo hermenêutico-filosófico

A matriz Hermenêutica Filosófica apresenta-se como uma opção para se compreender/aplicar o direito e implementar as inovações jurídicas decorrentes da repersonalização do direito civil; proporciona uma releitura dos princípios constitucionais que vêm constitucionalizar o direito civil e remeter a pessoa humana ao centro do ordenamento. E, mais do que isso, atua na própria compreensão da noção de pessoa, revelando-se uma matriz antropológico-filosófica.

⁹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p.171-172.

⁹⁷⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica.** p. 48.

Em um primeiro momento observa-se que essa teoria busca revelar que a compreensão e a aplicação acontecem num só momento. Portanto, a autêntica dimensão da hermenêutica se dá quando “deixa de ser um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação”.⁹⁷⁸

Nesse enfoque, a Hermenêutica Filosófica⁹⁷⁹ representa a expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete, que deriva de uma relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que ele tem no mundo. Também é chamada de ontologia fundamental e nela destacam-se os estudos de Heidegger⁹⁸⁰ e Gadamer.⁹⁸¹

Assim, Heidegger desenvolve a hermenêutica trabalhando “com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão” e que “a linguagem é a casa do ser.” Sustenta que a compreensão antecipa o sentido, sendo previamente adquirida pelo intérprete. Por sua vez, Gadamer (seguidor de Heidegger) defende que “ser que pode ser compreendido é a linguagem.”⁹⁸²

Em um segundo momento constata-se que a Hermenêutica Filosófica vai além da hermenêutica jurídica, projetando o que é a pessoa humana, ou seja, trazendo a noção do homem e de sua dignidade numa concepção existencial fenomenológica. Heidegger encarrega-se de tratar a ideia de pessoa humana de um modo até então não desenvolvido, vendo-a em sua concretude como ser-no-mundo. Nessa linha, a noção de pessoa não pode ser definida por um texto, ou descrita na teoria, pois ela acontece de forma concreta no mundo da vida.

⁹⁷⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. p. 19-20.

⁹⁷⁹ Assevera Silva Filho que a obra de Gadamer objetiva a investigação do tema hermenêutica, por isso, **Hermenêutica Filosófica**. Enquanto Heidegger observa como a hermenêutica (captada essencialmente como ocultamento de sentidos) vem a transformar-se no paradigma ontológico da ação e existência humanas, por isso filosofia hermenêutica. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 171.

⁹⁸⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. 12.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 178.

Com base nessas premissas, passa-se à análise de alguns aspectos do pensamento de Heidegger e Gadamer, como segue.

Heidegger trilhou o caminho da pergunta pelo ser “na multiplicidade de suas manifestações”, de modo diverso do pensamento tradicional alicerçado na metafísica e um dos fatores determinantes de seu estudo foi a fenomenologia.⁹⁸³ Para o filósofo alemão a fenomenologia pode ser entendida pela máxima que se consubstancia na expressão “às coisas em si mesmas”, contrapondo-se a conceitos falsos, aparentes ou descobertos de forma accidental.⁹⁸⁴ Nessa linha, Heidegger define a fenomenologia primeiramente analisando os elementos que compõem a palavra e, após, estabelecendo o sentido da mesma como um todo. O vocábulo fenomenologia é composto pelas palavras fenômeno e *logos*. Etimologicamente, fenômeno significa “o que se revela, o que se mostra em si mesmo.”⁹⁸⁵

Já a expressão *logos* representa o falar, o dizer; possui a função de poder ver alguma coisa, ou seja, “deixar e fazer ver, *deixar e fazer perceber* o ente” e, também, pode significar razão.⁹⁸⁶ O *logos* “desvela a partir do dizer” e, assim, “revela sua radicalidade enquanto discurso [...], ele retira do velamento o ente do qual fala, ele o descobre como desvelado.”⁹⁸⁷

Assim, Heidegger junta as expressões fenômeno e *logos*, sustentando que possuem íntima conexão e que a conceituação de fenomenologia, no sentido formal, é o “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo.” Para tanto, reitera a máxima “para as coisas elas mesmas!”⁹⁸⁸

⁹⁸³STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre, Editora Ithaca, 1966. p. 22. Refere Stein, ao tratar sobre a analítica existencial de Heidegger, que “a metafísica em toda a sua tradição sempre pensou o ente, mas nunca pensou o ser que possibilita o ente, e que vem ligado ao tempo. Na nova colocação da questão do ser a análise da facticidade humana será o horizonte em que progressivamente se colocará a questão do ser.” STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. p. 44

⁹⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 57.

⁹⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 58.

⁹⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 64.

⁹⁸⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 36.

⁹⁸⁸ Para Heidegger, “o significado do conceito formal e vulgar de fenômeno legitima a denominação de fenomenologia a toda de-monstração de um ente tal como se mostra em si mesmo.” HEIDEGGER,

Observa-se que a fenomenologia é um método que possibilita mostrar as coisas em si mesmas, afastando-se de concepções e pré-juízos existentes que podem ocultá-las quando se busca o desvelamento do ente. Com isso, a expressão fenomenologia representa a forma, “o como abordar seus objetos”, permitindo o surgimento da ontologia.⁹⁸⁹

Desse prisma, Heidegger fixa o conteúdo da fenomenologia, conceituando-a como “a ciência do ser dos entes”, portanto ontologia. Complementa que o conceito fenomenológico de fenômeno “é somente o que constitui o ser, e ser é sempre ser de um ente”⁹⁹⁰, portanto, um modo de mostrar o ser dos entes que devem ser descobertos. Assim, o antônimo do conceito de fenômeno é representado pelo conceito de encobrimento.⁹⁹¹

A fenomenologia, nessa senda, será analítica existencial, pois busca descrever o homem e mostrá-lo na sua vida concreta, em sua essência, como ser-no-mundo. Esse ser se revela na pré-compreensão, não existindo método que conduza a compreensão. O homem compreende desde sempre o ser, pois “a existência é compreensão de ser” e o “estar ex-posto no ser já é sempre compreensão da própria vida, de suas possibilidades.” Por isso, “compreender não é um modo de conhecer, é um modo de ser”. Heidegger “substitui a epistemologia da interpretação pela ontologia da compreensão. Encontram-se fenomenologia-vida-ser.”⁹⁹²

Aqui se destaca a importância do ser que deve ser desvelado, o que, na perspectiva heideggeriana, ocorre pela ontologia fundamental, cujo tema é o ser-aí, ou seja, o *Dasein*⁹⁹³. Logo, a fenomenologia do ser-aí é hermenêutica, pois descobre o sentido do ser: “trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a

Martin. **Ser e tempo**. p. 65- 66.

⁹⁸⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 37.

⁹⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 68.

⁹⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 66.

⁹⁹² STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. p. 32.

⁹⁹³ Com relação à expressão *Dasein*, Streck explica que pode ser traduzida “como ser-aí e como presença, sendo que a tradução brasileira optou pela segunda. Mas também é possível traduzir *Dasein* por ser-aí (*Da*= aí; *sein*= ser).” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 190.

historicidade da pre-sença como condição ôntica de possibilidade da história fatural”.⁹⁹⁴

O ser-aí possui uma compreensão prévia de si mesmo, dos outros e das coisas, adquirindo-a no seu cotidiano, no contato que mantém com os demais em sua vida em sociedade, na sua historicidade e no plano da faticidade (que se caracteriza pela condição de “ser lançado” e pela historicidade do ser-aí).⁹⁹⁵ Tal compreensão denomina-se de existencial e apresenta-se de modo circular, momento em que o ser-aí se revela como um “ser-no-mundo”. Por seu turno, as três dimensões apresentam-se no sentimento de situação (faticidade - estar-jogado), de compreensão (existência) e, por fim, no discurso (articulação -decaída- visão inautêntica do discurso).⁹⁹⁶

Logo, o fundamento da compreensão é a própria pessoa; antes de dizer o que são as coisas, é necessário saber quem é a pessoa e o que faz na prática. O *Dasein* como modo-de-ser no mundo representa uma antecipação que acompanha o conhecimento e reside na pré-compreensão.⁹⁹⁷ A pré-compreensão decorre da relação de disponibilidade que o homem possui com as coisas, enquanto “ser jogado no mundo”, ou seja, o ser-aí conhece a utilidade das coisas em face de estar envolvido no cotidiano, inserido num meio social.⁹⁹⁸ Não existe compreensão sem que o homem se relacione com o mundo. Logo, a compreensão prévia é “um sentido que o homem assume de modo inconsciente e que, ademais, já lhe é transmitido pela própria linguagem”.⁹⁹⁹

Na concepção heideggeriana a compreensão é um existencial: primeiramente, o homem compreende, constituindo essa compreensão condição de possibilidade da interpretação. “Compreender é sentir-se entendido na coisa”.

⁹⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 69.

⁹⁹⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. p. 163.

⁹⁹⁶ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. p. 48.

⁹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 194.

⁹⁹⁸ Constata-se que “a vida, a existência já é compreensão do ser. A facticidade se constitui na pré-compreensão. A forma radical de exercício da facticidade é compreender. [...] O compreender já sempre é fato, é vida.” STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. p. 34-35.

⁹⁹⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 41.

Assim, só há interpretação em face de ter compreendido antes, pois a interpretação não significa conhecer o objeto, mas tão-somente um “agir mediador”.¹⁰⁰⁰

Pela compreensão existencial, o ser-aí, como ser-no-mundo, atribui sentido e conhecimento aos entes, ao passo que pela interpretação não há atribuição de significado. Frente a essa relação compreensão/interpretação, o homem encontra-se enredado num círculo, denominado de círculo hermenêutico. Nessa dinâmica, ele tem de se “mover dentro do que já foi compreendido, e, embora, mediante a interpretação, ele volte tematizado, sempre permanecerá velado o horizonte de sustentação de qualquer atividade intelectual.”¹⁰⁰¹

Heidegger não concorda com os historiadores na ideia de que o círculo é vicioso e que o melhor seria evitá-lo. Sustenta que a compreensão e a interpretação não podem se equiparar a qualquer conhecimento, mas somente àquele da estrutura prévia do ser-aí. Dessa maneira, refere que “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado.” Por fim, complementa que “o ‘círculo’ da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta.”¹⁰⁰²

Ainda dentro da fenomenologia, cumpre referir a importância da figura da linguagem, que não representa apenas um meio de comunicação, mas “pertence ao modo de ser do homem”.¹⁰⁰³ A linguagem constitui o modo de acesso, isto é, a abertura para o mundo e a condição de possibilidade de chegar ao mundo; é, ao mesmo tempo, “constituente e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-

¹⁰⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 259.

¹⁰⁰¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 41.

¹⁰⁰² HEIDEGGER, *Ser e Tempo*, p.210.

¹⁰⁰³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 46.

ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir.”¹⁰⁰⁴

A essência da linguagem é hermenêutica, pois permite des-velar, descobrir, mostrar, trazer a mensagem, projetar a verdade do ser. Percebe-se que não existe ser sem linguagem, a qual é anterior ao pensamento e aos conceitos: “a linguagem mais fala ao homem do que ele a fala”.¹⁰⁰⁵

Assim, pela fenomenologia hermenêutica o compreender só é possível se o homem for um ser no mundo, ao qual o acesso a esse mundo só ocorre pela linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do conhecimento, sem a qual não há mundo, visto que não há coisa alguma onde falta a palavra, pois a “linguagem é a casa (morada) do ser.”¹⁰⁰⁶ Heidegger valoriza a situação linguística e vê o intérprete como refém da linguagem, pois ela é anterior a ele. Aí, então, a hermenêutica surge como um processo de auto compreensão, portanto, como filosofia.

Em suma, a fenomenologia traz a compreensão e a vivência. Assim, Heidegger sob a ótica existencial fenomenológica define a pessoa humana com base no estado de ânimo, ou seja, conforme sua faticidade como ser lançado no mundo e que possui inúmeras possibilidades. Tal noção revela a vivência não teórica da finitude humana. Da mesma forma, Heidegger estabelece um novo padrão de racionalidade a partir da questão do ser, ligada à compreensão pelo *Dasein* como modo-de-ser no mundo, que representa uma antecipação que acompanha o conhecimento.

Já, Hans-Georg Gadamer, discípulo de Heidegger, defende que a interpretação depende de conceitos prévios e que a linguagem apresenta-se em primeiro lugar, dizendo que “ser que pode ser compreendido é a linguagem”.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 196.

¹⁰⁰⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 46.

¹⁰⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 195.

¹⁰⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p.612.

Nessa linha, a “linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o *Dasein*, se localiza e age. Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*”. Portanto, a hermenêutica é filosófica.¹⁰⁰⁸

Gadamer partiu da concepção de Heidegger, sustentando que a hermenêutica não consiste em um conjunto de métodos destinados à interpretação textual, mas diz respeito à atividade cognitiva e acontece no plano ontológico. Nessa linha, o núcleo do pensamento de Gadamer assenta-se na compreensão, que, por seu turno, possui estruturas fundamentais representadas pelo horizonte histórico, círculo hermenêutico, mediação, diálogo e linguagem,¹⁰⁰⁹ que se encontram em dinâmica e permanente ligação entre si.

Inicialmente, Gadamer pretende explicar o fato de a hermenêutica estar relacionada com a historicidade da compreensão. Com base em Heidegger, assevera que a arte da compreensão é beneficiada quando a auto compreensão do intérprete não é imposta por “intuições ou noções populares”, mas, sim, “a partir da coisa, ela mesma”, ou seja, o intérprete não pode, dentro do círculo, desviar sua atenção; deve acautelar-se de arbitrariedades oriundas de suas intuições e hábitos, que possam desviar o caminho da compreensão.¹⁰¹⁰

Há necessidade de que o intérprete, com base em sua consciência hermenêuticamente formada, promova uma abertura para que se apresente a opinião prévia do texto, pois “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. Entretanto, essa recepção à alteridade do texto não significa dizer uma neutralidade ou anulação da opinião prévia do intérprete. Assim, “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo, assim, confrontar sua verdade com as opiniões prévias.”¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 203.

¹⁰⁰⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 47.

¹⁰¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 354-355.

¹⁰¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 358.

Para que isso ocorra, é mister que se compreenda a figura do preconceito, que em si mesmo significa “um juízo [...] que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão.”¹⁰¹² De acordo com Gadamer, o preconceito pode ter uma conotação negativa ou positiva. Na primeira acepção, com fulcro na Ilustração, representa um falso juízo, um entrave para que se adquira um conhecimento autêntico. Por outro lado, o preconceito no sentido positivo reflete muito mais do que os juízos que a pessoa possui, constituindo a própria “realidade histórica de seu ser”.¹⁰¹³

Ressalta-se que o homem pertence à história, e seu contato social, sua permanente interação com os demais, quer seja na família, na sociedade, no Estado, leva a que ele crie seus próprios juízos e forme suas convicções, construindo sua realidade histórica.

Com o intuito de esclarecer os preconceitos legítimos, Gadamer trata da categoria da autoridade, referindo que ela não se fundamenta na submissão, mas assenta-se em uma relação de reconhecimento e de conhecimento de que algumas pessoas sabem mais, ou melhor, que outras.¹⁰¹⁴ A autoridade destaca-se por ser superior aos demais, em face de possuir um entendimento e uma visão mais ampla e arrojada, ou um juízo precedente aos demais, demonstrando que o seu real fundamento reside na liberdade e na razão. A autoridade não é outorgada à pessoa, mas adquirida por ela.¹⁰¹⁵

O compreender, na ótica gaddameriana, significa um “compreender melhor” e “não se deve a uma conscientização posterior capaz de equiparar o intérprete com o autor original [...], mas, ao contrário, descreve uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença que é dada pela distância histórica.”¹⁰¹⁶ Portanto, a compreensão não se consubstancia em saber a intenção do autor ao redigir seu escrito, mas no sentido que ele possui no momento histórico que vive o intérprete.

¹⁰¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 360.

¹⁰¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 368.

¹⁰¹⁴ Gadamer refere o exemplo da autoridade do professor frente ao seu aluno. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 371-372.

¹⁰¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 371.

¹⁰¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 392.

Então, a hermenêutica deve entender a realidade histórica como compreensão, exigência denominada de história efetual, ou seja, “aquela dimensão da história ignorada pelo historicismo: a que diz respeito ao próprio processo de compreensão, e que o insere dentro da história.”¹⁰¹⁷ Assim, da consciência do ser surge a necessidade de estabelecer a situação hermenêutica. Para tanto, é preciso deixar clara a historicidade e reconhecer os limites que o homem possui para chegar à compreensão.¹⁰¹⁸

A compreensão, por sua vez, não se apresenta de modo objetivo, nem há possibilidade de apoderar-se dela como um todo, em face da própria historicidade do homem, visto que “ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.”¹⁰¹⁹ Tal assertiva denota que o homem não se apresenta perante uma situação, mas está inserido nela, cabendo-lhe promover sua elucidação diante do horizonte em que se encontra, de tal sorte que o horizonte¹⁰²⁰ “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto.”¹⁰²¹

Verifica-se que o horizonte não representa uma categoria fechada e estática, mas, sim, uma realidade móvel e dinâmica, que se desloca no ritmo de quem se move. Inclusive “o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição”, encontra-se em permanente movimento.¹⁰²² Logo, para compreender ele deve se preparar para enxergar, ou seja, “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos.”¹⁰²³

Com relação à situação hermenêutica, vê-se que acontece pelos preconceitos que formam o horizonte do intérprete no presente. Porém, o horizonte

¹⁰¹⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** p. 55.

¹⁰¹⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica.** p. 191-192.

¹⁰¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 399.

¹⁰²⁰ Silva Filho explica que o “ponto” sobre o qual se fundamenta o horizonte “situa-se a partir da compreensão do intérprete, é o lugar da pergunta, que permitirá o questionamento adequado.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** p. 56.

¹⁰²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 399.

¹⁰²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 402.

¹⁰²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** p. 403.

do presente não é algo estático que possa se destacar da alteridade do passado; ao contrário, é um processo dinâmico¹⁰²⁴, que a cada momento põe à prova os preconceitos.

Desse modo, o texto traz consigo um horizonte que o intérprete não pode descrever objetivamente; assim, estarão presentes o horizonte do leitor (presente) e o do texto (passado). Como o horizonte do presente não existe por si só e o do passado está vivo e pulsante, ainda hoje, Gadamer explica que “compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.”¹⁰²⁵ Portanto, a fusão ocorre na tradição, eis que “velho e novo sempre crescem juntos.”¹⁰²⁶

Sustenta Gadamer que a aplicação faz parte integrante da compreensão, inexistindo separação de tempo entre elas, pois formam um momento único. Diante desse pensamento, o autor rechaça a ideia de que o problema hermenêutico seja dividido em três fases: primeiro, o intérprete compreende; após, interpreta e, por último, aplica. Assim, a compreensão e a aplicação acontecem ao mesmo tempo.¹⁰²⁷

Com relação à hermenêutica jurídica, Gadamer assevera que a superioridade da lei está relacionada e origina-se do Estado de Direito, tendo por finalidade trazer a segurança jurídica. Porém, a aplicação da lei não pode acontecer de forma subsuntiva, como se houvesse uma solução pré-dada para cada momento, impedindo qualquer questionamento; ao contrário, há necessidade de ponderação do juiz ao aplicá-la ao caso concreto.¹⁰²⁸ Com isso, “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*.”¹⁰²⁹ Disso se conclui que a hermenêutica jurídica é aplicação.

Na lógica da pergunta e da resposta vislumbra-se que a pergunta deve ser elaborada a partir do horizonte do intérprete, que com base em seus pré-

¹⁰²⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito. p. 57.

¹⁰²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 404.

¹⁰²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 405.

¹⁰²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 406-407.

¹⁰²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 433.

¹⁰²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 432.

conceitos deve deixar “a tradição falar por si mesma”, oportunidade em que a indagação se abre e se limita. Todavia, o intérprete deve também buscar a pergunta na resposta do texto (no horizonte da pergunta) reconstruindo a indagação que serviu de fundamento para aquele texto.¹⁰³⁰

Portanto, a intermediação entre intérprete e texto, ou seja, o diálogo entre ambos, acontece pela linguagem. É na linguagem que se encontra a tradição, bem como é o local em que os horizontes do texto se apresentam e se abrem ao intérprete para que ocorra a fusão de horizontes e, com ela, a compreensão. Assim, assinala Gadamer que a fusão de horizontes que se efetiva na compreensão “é o genuíno desempenho e produção de linguagem”.¹⁰³¹

Diante dessas premissas, Gadamer, propõe-se analisar a universalidade da linguagem na hermenêutica a partir da constatação de Heidegger de que “a linguagem é a casa do ser”, sustentando, por seu turno, que “ser que pode ser compreendido é linguagem”.¹⁰³² Ao tratar a categoria da linguagem, Gadamer acentua que não é um simples meio de comunicação, mas, sim, a base em que se apoia a consciência humana para entender as coisas e seus significados. A linguagem traz a representação do mundo.¹⁰³³

A linguagem provoca um “acontecer”, fazendo com que a coisa se mostre e apareça no mundo, constituindo sua própria essência. Desse modo, Gadamer defende a universalidade da hermenêutica fundamentando-a na linguagem, pela qual a relação do homem com o mundo é dada. As coisas manifestam-se no mundo como fenômenos, cuja mediação é proporcionada pela linguagem, eis que “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”.¹⁰³⁴ Assim, a linguagem “é um acontecimento, uma experiência, um vir à fala do que nos cerca, da tradição que determina nossa historicidade e que retorna em nossa consciência hermenêutica.”¹⁰³⁵

¹⁰³⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 67.

¹⁰³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 492.

¹⁰³² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 68.

¹⁰³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 571.

¹⁰³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. p. 612.

¹⁰³⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado**

A hermenêutica passa a ser modo-de-ser-no-mundo, faticidade, historicidade e aplicação. Por sua vez, apresenta-se sempre com caráter produtivo, eis que produz sentido em face do processo de fusão de horizontes.¹⁰³⁶ A hermenêutica não é mais método, mas, sim, filosofia; desaparecem, então, as fases de interpretação da Hermenêutica Clássica (conhecer, interpretar e aplicar), restando apenas a aplicação.

Gadamer não reconhece a dicotomia sujeito-objeto e defende que eles se fundem a partir de sua historicidade e que o “desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida”.¹⁰³⁷ Portanto, defende que essa acepção da linguagem é alicerçada no círculo hermenêutico e na diferença ontológica.

Com relação ao círculo hermenêutico, vislumbra-se que é ontológico, ou seja, filosofia hermenêutica, pois o objeto não é a interpretação do texto como na Hermenêutica Clássica, mas a investigação das coisas. A sua forma é espiral¹⁰³⁸, logo, “quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico.”¹⁰³⁹ Desse modo, a hermenêutica para Gadamer é “realizada por um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias e pré-compreensão”¹⁰⁴⁰, isto é, o processo de compreensão sempre parte de pré-juízos que se constitui a memória do intérprete.

da boa-fé objetiva no direito contratual. p. 73.

¹⁰³⁶ Silva Filho explica que a expressão fusão não significa “defender a existência de horizontes distintos que se fundem, mas sim porque a tarefa hermenêutica, sintetizada em escapar de uma assimilação ingênua, precisa tornar visível a relação de tensão que se estabelece entre o texto e o presente, necessita explicitar o estranhamento, propiciar a interpelação.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. p. 57.

¹⁰³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 206.

¹⁰³⁸ Heidegger refere que “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de forma adequada. [...] O círculo da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta.” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 210.

¹⁰³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. p. 210.

¹⁰⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. 3. ed. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2002. p. 144.

Finalmente, verifica-se que a Hermenêutica Filosófica no Brasil fruto do pensamento de Heidegger e Gadamer, tem como expoente Lenio Luiz Streck, aparece como oposição ao pensamento dogmático e representa uma importante contribuição para a aplicação do direito, eis que o aplicador só interpreta porque compreendeu, sendo a compreensão a condição de possibilidade de toda a interpretação.

Portanto, a interpretação desempenha um papel fundamental para a aplicação do direito no Estado Democrático de Direito, à luz do neoconstitucionalismo, em que existe a necessidade da efetivação da repersonalização do direito civil. Nesse contexto, a Hermenêutica Filosófica mostra-se como um importante viés interpretativo no direito contratual para compreender a pessoa humana de modo concreto, a partir de sua condição histórica e da vivência da sua finitude, para com isso respeitar sua dignidade.

Ainda, a par desse pensamento hermenêutico, que promoveu verdadeiro giro hermenêutico, encontra-se a Argumentação Jurídica, que, também, ocupa destacado espaço no direito, o que promoveu um Giro Argumentativo, em que os fenômenos jurídicos passaram a ser estudados em vista da importância da persuasão racional nas decisões.

No que tange à aplicação do direito, mais especificamente na atividade jurisdicional, destaca-se a importância da argumentação no âmbito do processo civil, agora, constitucionalizado, pela obrigatoriedade do magistrado de motivar suas decisões de modo completo, como corolário do devido processo legal e da democracia.

Todavia, a realidade jurídica demonstra que grande parte dos aplicadores do direito acaba realizando a prestação jurisdicional vinculados em um modelo liberal-individual-normativista, que não leva em conta a noção da pessoa humana de modo concreto, sem analisar sua condição de membro de uma comunidade. Esse fato acarreta que não se concretizem os efeitos da repersonalização do direito civil, mormente a aplicação efetiva dos aspectos da eticidade e da socialidade nos contratos.

Logo, as perspectivas filosóficas da hermenêutica e da Argumentação Jurídica colaboram para a ruptura do padrão dedutivista oriundo da lógica formal e promovem a reflexão, a investigação e a criação de um novo paradigma na aplicação do direito, à luz do neoconstitucionalismo, em especial no que tange ao direito contratual, mais especificamente, para fundamentar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Desse modo, relevante compreender o dever de motivação das decisões judiciais, no processo civil brasileiro, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, bem como do artigo 489 do Código de Processo Civil, mormente para investigar, a fundamentação das decisões na aplicação do princípio da boa-fé objetiva e o devido respeito à dignidade humana.

CAPÍTULO 5

A FUNDAMENTAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS E A SUSTENTABILIDADE HUMANISTA NOS CONTRATOS

A boa-fé objetiva decorre da eticização das relações contratuais, oriunda da repersonalização do direito. A noção atual de contrato congrega à autonomia privada, o conteúdo da socialidade e da eticidade. Logo, pela boa-fé objetiva, os contratantes têm o dever de agir de modo leal e correto para não frustrar as legítimas expectativas oriundas daquela convenção.

Contudo, os contratos envolvem operações econômicas, que, por sua vez, retratam o núcleo do capitalismo neoliberal. Esse capitalismo neoliberal e o contexto da globalização econômica fomentam a sociedade de consumo, que promove a desigualdade e a exclusão, bem como devasta a natureza.

A par disso desponta a Sustentabilidade como novo paradigma do direito, representando um valor cardeal que diz respeito à pessoa humana e à manutenção da vida no planeta, o que traz à tona o seu viés humanista.

Desse modo, em face da realidade político-jurídica do constitucionalismo, que promoveu alterações na noção de contrato, da perspectiva econômica advinda do capitalismo e das consequências sociais dela decorrente, assenta-se a primeira problemática da presente tese para investigar se a boa-fé objetiva nos contratos representa um instrumento de efetivação da Sustentabilidade humanista.

Antes de tudo, indispensável compreender que no Estado Democrático de Direito o processo encontra-se constitucionalizado, com suas bases fundadas em direitos e garantias individuais positivados na Lei Maior, o que denota a preocupação com a pessoa e sua proteção diante da atividade jurisdicional. Dentro desses fundamentos do processo apresenta-se o dever de motivação das decisões judiciais.

5.1 A fundamentação das decisões no processo civil constitucionalizado

A pessoa humana não vive senão em sociedade. O meio social mostra-se dinâmico e complexo, com incessante intercâmbio entre as pessoas, as instituições e o Estado, com influência de inúmeros fatores, como os econômicos, políticos, religiosos, ideológicos e outros, que provocam interesses e conflitos de interesses. Toda essa relação acontece em um ambiente social e jurídico de profundas transformações, o que requer uma permanente evolução do direito.

Explana Calmon de Passos que a pessoa humana tem como características fundamentais a liberdade e a sociabilidade, o que faz com que ela se associe as outras, “por imperativo biológico (a reprodução), por exigências psicológicas (a linguagem, a comunicação, a transmissão do conhecimento) e por condicionamentos materiais (cooperação para atender, num nível mínimo satisfatório as necessidades [...]).”¹⁰⁴¹ Logo, “pensar o homem sem pensar a sociedade é um contrassenso; pensar a sociedade sem pensar a organização, um despropósito; pensar a organização sem pensar o poder, um despautério”.¹⁰⁴²

Essa possibilidade de convivência social vem garantida pelo direito¹⁰⁴³, que se constitui “essencialmente como uma ciência de valores que a civilização humana estabelece como padrões necessários à convivência social e à realização

¹⁰⁴¹ PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 84.

¹⁰⁴² PASSOS, J. J. Calmon de. **Processo e democracia**. p. 85.

¹⁰⁴³ Observa Ribeiro que “se todo el conocimiento humano es relativo y mutable, el derecho, como obra humana que es, no admite una verdad universal, absoluta y permanente, antes al contrario, admite exclusivamente una ‘verdad’ verosímil, circunscrita a una realidad y temporalmente efímera, ya que nace de una sociedad dinámica que se desarrolla permanentemente y desprende una complejidad cada vez mayor de situaciones jurídicas que necesitan ser acogidas y adecuadamente solventadas por la misma sociedad. Pretender que el derecho posea una verdad universal, absoluta y permanente, significa inmovilizar el desarrollo social de las personas que están en constante evolución”. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J. M. Bosch, 2004. p. 21. Tradução livre: “Se todo o conhecimento humano é relativo e mutável, o direito, como obra humana que é, não admite uma verdade universal, absoluta e permanente, pelo contrário, admite exclusivamente uma ‘verdade’ plausível, circunscrita a uma realidade e provisoriamente efêmera, pois nasce de uma sociedade dinâmica, em constante desenvolvimento e que emite uma complexidade crescente de situações jurídicas que precisam ser aceitas e adequadamente resolvidas pela mesma sociedade. Fingir que o direito tem uma verdade universal, absoluta e permanente, significa imobilizar o desenvolvimento social de pessoas em constante evolução.”

dos anseios superiores”¹⁰⁴⁴ das pessoas. A função do direito é de construir uma sociedade fundada em valores de justiça e solidariedade, não podendo se afastar da realidade social.

Nesse contexto, o processo apresenta-se como “um instrumento que o Estado colocou à disposição dos indivíduos para que, através dele, pudesse distribuir mais justiça”.¹⁰⁴⁵ O processo é uma “técnica de formulação e realização do direito”¹⁰⁴⁶, que sofre influência da economia e da política¹⁰⁴⁷, visto que “cada sociedade tem o seu processo e, à medida que ela evolui, o seu processo também deve evoluir, sob pena de causar injustiças, pois a evolução dos fatos sociais exige instrumento adequado e eficaz de regulá-los satisfatoriamente.”¹⁰⁴⁸

Portanto, o processo civil passou por inúmeras transformações, provocando uma ruptura de padrões, em que o sistema deixou de ser visto exclusivamente no viés interno (autor – Estado-juiz- réu) e começou, também, a ser enfocado sob uma perspectiva externa, ou seja, no contexto social em que se encontra inserido. Tais transformações decorreram dos fundamentos Estado Democrático de Direito, que por meio da Constituição, positivou como direitos fundamentais, os princípios constitucionais processuais, em especial, o devido processo legal e como corolário dele a fundamentação das decisões.

5.1.1 A constitucionalização do processo civil e o devido processo legal

O Estado Constitucional, ou Estado Democrático de Direito, tem seu fundamento jurídico na Constituição, que representa um acordo de vontades de uma

¹⁰⁴⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 17.

¹⁰⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. p. 17.

¹⁰⁴⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83.

¹⁰⁴⁷ Observa-se que “o jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda a teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem, o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas.” PASSOS, J. J. Calmon de. **Processo e democracia**. p. 83.

¹⁰⁴⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 17.

sociedade que vive de forma democrática em um Estado comprometido em promover os direitos fundamentais da pessoa. A Constituição representa a Lei Maior que serve para unificar o sistema jurídico, visto que as demais normas devem ser compatíveis e harmônicas com ela.

Observa-se que, inicialmente, as constituições eram tidas como cartas políticas, fixavam normas que possuíam como destinatários os próprios governantes, contudo, em especial no Estado Constitucional passaram a incluir direitos do cidadão frente ao Estado.¹⁰⁴⁹ Referem Streck e Moraes que dentre os princípios do Estado Democrático de Direito, encontra-se a “constitucionalidade”, ou seja, a “vinculação [...] a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica.”¹⁰⁵⁰

Explica Ferrajoli que as modificações do Estado de direito trazem importantes consequências na jurisdição, ou seja,

*El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que es tá relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y, por consiguiente, del paradigma del Estado de derecho. De hecho, se puede afirmar que, a toda expansión del principio de legalidad, a todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder, inevitablemente ha correspondido un aumento de los espacios de la jurisdicción. La jurisdicción interviene en presencia de violaciones del derecho y, por lo tanto, entre más se expande, con la imposición de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, más se extiende el área de las posibles violaciones.*¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 254.

¹⁰⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 92.

¹⁰⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 88. Tradução livre: “O progresso do Estado de direito é, portanto, simultâneo e paralelo ao desenvolvimento do papel da jurisdição. Portanto, esse desenvolvimento é um fenômeno comum em todas as democracias avançadas, uma vez que está relacionado à expansão do papel do direito como técnica de regulação dos poderes públicos, o que ocorreu com o crescimento da complexidade dos sistemas políticos, e por consequência, o paradigma do Estado de Direito. Com efeito, pode-se afirmar que, qualquer expansão do princípio da legalidade, a cada passo dado na tarefa de limitação e sujeição ao direito de poder, tem havido inevitavelmente um aumento dos espaços de jurisdição. A jurisdição intervém na presença de violações da lei e, portanto, quanto mais se expande, com a imposição de obrigações e proibições ao poder público, mais se expande o campo de possíveis violações.”

Em especial, nos Estados Democráticos de Direito, as constituições alargaram suas disposições para elencar como direitos fundamentais, as garantias que o processo judicial deve ter para proteger esses direitos.

Essa realidade, também, foi impulsionada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰⁵², que elevou à categoria de direitos humanos¹⁰⁵³, as garantias processuais, dentre elas, menciona-se o acesso à justiça, o devido processo legal, a tutela efetiva, a publicidade do processo, o contraditório e a ampla defesa, a motivação das decisões, etc.¹⁰⁵⁴ Nessa linha, o processo civil revela-se como “um fenômeno que atinge alguns dos mais fundamentais ‘direitos humanos’”.¹⁰⁵⁵

Explica Junoy que os Estados que tiveram regimes totalitários na primeira metade do Século XX, logo após a Segunda Guerra Mundial, produziram um “*fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial*”.¹⁰⁵⁶ A intenção era criar um sistema reforçado de proteção constitucional, para evitar que, futuramente, o legislador viesse a violar ou não conhecer os mencionados direitos. A Constituição passou a ser um instrumento que assegura que

¹⁰⁵² Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos promoveu o início de uma nova era, em que Deus, os costumes ou a história deixaram de ser a fonte da lei, e a pessoa passou a ser esta fonte. Por isso, os direitos da pessoa são inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outra lei ou direito, ou seja, a própria pessoa é sua origem e objetivo. Atualmente, a humanidade assumiu o papel antes atribuído à história ou à natureza; logo, o direito de ter direitos ou o direito de cada pessoa de pertencer à humanidade deve ser garantido pela própria humanidade. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. p. 229-230.

¹⁰⁵³ Refere Bobbio que, “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos que lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 1.

¹⁰⁵⁴ NOSETE, José Almagro. *Garantias constitucionales del proceso civil*. In: **Revista Justicia**. Barcelona, n. 1, 1981. p. 11.

¹⁰⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 13.

¹⁰⁵⁶ JUNOY. Joan Picó Y. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997. p.17. Tradução livre: “Fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa, e dentro destes, a proteção das garantias mínimas que todo processo judicial deve cumprir.”

*la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.*¹⁰⁵⁷

Com isso, as normas fundamentais do processo civil além de estarem positivadas em tratados internacionais, na condição de direitos humanos, também, se encontram no direito interno, como direitos fundamentais na Constituição. Tais normas se constituem em cláusulas pétreas e estabelecem garantias individuais contra qualquer arbitrariedade do Estado na prestação jurisdicional.

Esse fenômeno denominado de constitucionalização do processo, é marcado pelo fato da Constituição passar a conter normas de direito processual, o que fez surgir o direito constitucional processual, que se exterioriza pela tutela constitucional do processo, que nas palavras de Dinamarco “é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais etc.)”.¹⁰⁵⁸ Com isso, as normas constitucionais determinam as diretrizes do direito processual, tutelando o processo e seus princípios, ou seja, “não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Em outras palavras, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística.”¹⁰⁵⁹

A constitucionalização das garantias processuais acontece, tanto no aspecto formal¹⁰⁶⁰, quanto no material. No primeiro, aparece pela positivação, na

¹⁰⁵⁷ JUNOY. Joan Picó Y. **Las garantías constitucionales del proceso**. p.17. Tradução livre: “A verdadeira garantia dos direitos da pessoa consiste precisamente na sua tutela processual, para a qual é necessário distinguir entre os direitos do homem e as garantias desses direitos, que nada mais são do que os meios processuais mediante os quais é possível a sua realização e eficácia.”

¹⁰⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.

¹⁰⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: RT, 1993. p. 16.

¹⁰⁶⁰ Refere Cappelletti que “às garantias constitucionais formais tem-se acrescentado (ou pelo menos dever-se-ia estar acrescentando) aquelas garantias sociais. No campo dos direitos humanos fala-se de direitos sociais como direitos humanos de segunda geração. Estes são os direitos que se destinam a fazer com que os defeitos tradicionais ou de primeira geração (entre os quais se incluem as garantias constitucionais do processo), tornem-se efetivos e acessíveis a todos, ao invés de se projetarem como uma simples figuração para a parte menos favorecida”. CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. p. 14.

Constituição, de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. Já, no enfoque material, a Constituição representa a fonte dos valores que fundamentam o direito material e o processual, visto que foram deslocados dos diplomas legais, quer seja do Código Civil, quer seja do Código de Processo Civil para a Constituição Federal, demonstrando que ela passou a ser a unidade do sistema.

Explica Portanova que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 provocou profundas alterações na seara processual, com “o aumento cada vez mais acentuado dos interesses públicos ou coletivos; e consequente atenção `função social do processo”. Verifica-se que, a abertura das normas de direito civil e de processo civil para o interesse público e social, “oportuniza, através do Poder Judiciário, que o Estado seja tensionado mais fortemente no sentido de remover obstáculos e destruir privilégios de ordem econômica e social que se opõem à livre expansão da dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁶¹

Nesse diapasão, o processo representa um meio, um instrumento de pacificação social, que o Estado oferece às partes. Observa-se que o processo é “uma forma vaga que não pertence a ninguém; é por isso que se adequa bem à democracia, que é o poder da pessoa. Está pronto a acolher todas as versões dos factos e todos os argumentos, aplicando-lhes uma determinada ética quanto à exposição.”¹⁰⁶²

A constitucionalização modificou antigos fundamentos do direito processual oriundos de uma visão individualista e positivista, para privilegiar, mais, o resultado do processo do que sua forma, logo “há que se travar a luta por um direito efetivo e não apenas aparente”.¹⁰⁶³ Essas transformações têm por finalidade valorizar a pessoa e realizar a justiça, expressando-se na Constituição por meio de princípios, que normatizam o processo e “deixam cada vez mais distante a ideia de aferramento à ritualística inconsequente, burocrática, mecanicista e alienante de

¹⁰⁶¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 284.

¹⁰⁶² GARAPON, Antoine. **Bem julgar**. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 286-287.

¹⁰⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. p. 14.

origem positivista.”¹⁰⁶⁴

Assim, as normas de direitos fundamentais relativos ao processo situam-se entre os princípios insculpidos na Constituição Federal¹⁰⁶⁵ e dentre eles destaca-se o devido processo legal, que pela sua importância representa o “gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”¹⁰⁶⁶. Explica Vigoriti que “*il due process s’impone a tutti i poteri dello Stato, nessuno escluso*”.¹⁰⁶⁷

O devido processo legal¹⁰⁶⁸ serve de fundamento para os demais princípios processuais, visto que traz em seu conteúdo a ideia do Estado Democrático de Direito, possibilitando a plena defesa dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prescreve regras de procedimento para o eficaz funcionamento do processo, de forma justa e adequada.

O devido processo legal tem como núcleo do seu conteúdo, a obrigação de ambas as partes de serem ouvidas no processo e, em uma concepção mais moderna¹⁰⁶⁹, com base na igualdade, permitir a todos o acesso à justiça¹⁰⁷⁰. Assim, à luz dos valores do Estado Democrático de Direito representa “um sistema de

¹⁰⁶⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. p. 283.

¹⁰⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 44.

¹⁰⁶⁶ NÉRY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.106.

¹⁰⁶⁷ VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970. p. 30. Tradução livre: “O devido processo se impõe a todos os poderes do Estado, sem exceção”.

¹⁰⁶⁸ Refere Denti que “*la garanzia del ‘giusto processo’ rappresenta, infatti, uno dei due grandi temi del giusnaturalismo processuale (l’altro, como vedremo, è quello dela ‘effettività’ dela tutela), che há ala sua orige l’art. 10 della Dichiarazione universal dei diritti del’uomo*.” DENTI, Vittorio. **Valori costituzionali. Sistemi e riforme**: studi sulla giustizia civile. Bologna: Mulino, 1999. p. 61. Tradução livre: “a garantia do ‘processo justo’ representa, de fato, um dos dois grandes temas do direito processual (o outro, como veremos, é o da ‘efetividade’ da tutela), que tem sua origem no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.”

¹⁰⁶⁹ A concepção moderna de processo é representada por sua dimensão social, sendo denominada por Cappelletti de “revolução copernicana”, pois traz “uma nova visão do processo, que rompe com a imposição tradicional, pela qual o processualista ou o jurista em geral concentra a sua atenção sobre o direito ou norma, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo)”. CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. p. 15.

¹⁰⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. p. 14.

delimitação do poder e contenção de seu exercício.”¹⁰⁷¹

A propósito, na conceituação do devido processo legal distinguem-se duas concepções desse princípio: a processual e a substancial. A primeira é chamada de “teoria do processo devido por qualificação legal” e restringe-se a garantir à pessoa de que só será privada de seus direitos fundamentais mediante um processo previsto em lei. Já o aspecto substancial traz a ideia do processo justo, o seja, que não basta o processo ser legal, ele também deverá ser “justo e adequado”. O fundamento desta acepção é de que a lei não pode ser fonte de “injustiça”.¹⁰⁷²

No sentido substancial (material), o devido processo legal representa uma garantia de proteção à vida, liberdade e propriedade sempre de acordo com o processo previsto em lei, “valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais”¹⁰⁷³, ou seja, um processo justo, equitativo e adequado.

O *due process of Law*¹⁰⁷⁴, por sua amplitude, fundamenta e engloba os demais princípios norteadores do processo, ou seja *“la garanzia del giusto processo si specifica, com'è noto, in un complesso di principi-guida: l'imparzialità del giudice; la pubblicità delle udienze; l'obbligo di motivazione delle decisioni; il contraddittorio; il diritto alla prova.”*¹⁰⁷⁵

No Brasil, encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal e dele decorrem, dentre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da proibição de prova ilícita, do direito à produção de provas, do juiz natural, do procedimento regular, da duração razoável do processo, da efetividade da tutela e da fundamentação das decisões. Com isso, as garantias constitucionais representam a preocupação com a pessoa, em especial para que tenha seus direitos respeitados e seja vista em sua totalidade, inserida no meio

¹⁰⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. p. 53.

¹⁰⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 494.

¹⁰⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 493.

¹⁰⁷⁴ O devido processo legal encontra-se positivado na condição de norma de direitos humanos no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁰⁷⁵ DENTI, Vittorio. **Valori costituzionali**. p. 61. Tradução livre: “a garantia do devido processo está especificada, como se sabe, em um conjunto de princípios norteadores: a imparcialidade do juiz, a publicidade das audiências; a obrigação de motivar decisões; o contraditório; o direito à prova.”

social. À luz desse pensamento, passa-se a abordar o princípio da motivação das decisões que decorre do devido processo legal.

5.1.2 A motivação das sentenças no processo civil

A função jurisdicional¹⁰⁷⁶ do Estado envolve o poder e o dever de dizer o direito aplicável ao caso sob judge. Essa atividade sofreu profundas transformações no Estado Democrático de Direito, momento que a Constituição Federal promoveu a constitucionalização do processo, por meio da positivação de uma série de princípios que servem de fundamento ao processo civil e protegem direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais processuais objetivam trazer “a efetivação da garantia do processo, permitindo o estabelecimento de um modelo constitucional de processo, visto como uma base principiológica uníssona, que pode ser verificada em qualquer processo”.¹⁰⁷⁷ Dentre eles, ressalta-se o dever da motivação das decisões, que, no Brasil, está positivado ocorreu no inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal, um capítulo referente ao Poder Judiciário. Contudo independente da topografia no texto constitucional representa um direito fundamental que decorre do devido processo legal e do Estado de direito.

Logo, a constitucionalização do dever de motivação das decisões “é um fenômeno cuja amplitude [...] não pode de modo algum ser desvalorizada.” Vem sustentada pela história, primeiro com os Estados de direito, quando esse dever

¹⁰⁷⁶ Refere Freire que a função jurisdicional no Estado constitucional pode ser definida “*como aquella actividad i) ejercida por un poder real e independiente ii) orientado a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos mediante iii) la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas iv) la resolución de conflictos jurídicos al señalar los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de tutela.*” FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 231 Tradução livre: “como aquela atividade i) exercida por um poder real e independente ii) destinada a garantir os direitos e interesses dos cidadãos através de iii) a correção das margens de desvio e ilegitimidade jurídica iv) a resolução de conflitos jurídicos indicando os direitos e interesses legítimos e, portanto, dignos de proteção”.

¹⁰⁷⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, ano 1, n. 6, p. 1-12, jan./dez. 2008. Disponível em: http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=79320&p=62 Acesso em: 05 jun. 2020. p. 3.

virou regra geral e após, com os Estados democráticos de direito afirmou-se como valor fundamental.¹⁰⁷⁸

A motivação revela-se instrumento para evitar a arbitrariedade do poder e sua noção teve a importância aumentada, a partir da *“evolución que ha conocido el Estado de derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos”*.¹⁰⁷⁹ Com isso, ao positivar os direitos na Lei Maior que é a Constituição *“condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.”*¹⁰⁸⁰

Ao tratar a evolução da motivação¹⁰⁸¹ das sentenças judiciais Taruffo, explica que a ideia dominante na década de 70 do século passado, compreendia a estrutura da decisão judicial com “caráter silogístico, com a premissa maior representada pela norma, a premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final” e que a doutrina sobre o assunto era escassa, vindo a abordá-lo de forma superficial de forma conjunta com as provas. Mais recentemente, o estudo da hermenêutica e da argumentação colaboraram para demonstrar que a motivação é um tema complexo e não se resume ao silogismo jurídico, visto que envolve “aspectos do raciocínio do juiz sobre o fato e sobre o direito e da estrutura da decisão judicial”.¹⁰⁸²

¹⁰⁷⁸ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 20.

¹⁰⁷⁹ Tradução livre: “evolução que o estado de direito conheceu no constitucionalismo, um modelo de Estado que encontra sua legitimidade (externa) na proteção dos indivíduos e de seus direitos.”

¹⁰⁸⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. 3.ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 171. Tradução livre: “Também condiciona a legitimidade (interna) dos atos de poder à proteção desses direitos. A motivação assume então uma dimensão político-jurídica de garantia, de proteção de direitos”.

¹⁰⁸¹ Taruffo refere que, a doutrina não percebia que não era possível igualar a motivação ao silogismo, “nem que isso se trata de uma simplificação excessiva, [...] nem que a teoria silogística não era – como nunca havia sido – uma descrição verdadeira da operação executada pelo juiz, mas uma ideologia centrada na pretensa certeza dedutiva da decisão. A relativa ingenuidade dessas posições explica-se, mais do que pelo dogmatismo dominante na doutrina processualística e pela escassa familiaridade dos juristas dogmáticos com a filosofia e a teoria geral do direito, pela situação da literatura existente no início dos anos 70 sobre temas relativos ao raciocínio jurídico, em geral, e à decisão judicial, em particular.” TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 12.

¹⁰⁸² TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 12-13.

Desse modo, a importância da motivação nos Estados democráticos é primordial, pois a sentença, ao mesmo tempo, tem uma dimensão privada por retratar a resposta ao pedido do autor e trazer um resultado a demanda em que litigam as partes; e também, pública, em que se constitui em um “*acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por lo tanto ha de ser no sólo interna sino también externamente controlado*”.¹⁰⁸³ Por isso, a motivação, como expressão das razões do juiz, facilita ou permite esse controle.

A fundamentação das decisões explicita a necessidade de acreditar na racionalidade das decisões e representa uma garantia que o exercício do poder pelo Judiciário na prestação jurisdicional não seja arbitrário. Logo, a motivação pode ser definida como “*el instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites*”.¹⁰⁸⁴

Ainda, a motivação pode ser conceituada como “*el signo más importante y típico de ‘racionalización’ de la función judicial*”.¹⁰⁸⁵ Assim, a motivação é justificação, é exposição “*las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable*”¹⁰⁸⁶ e tal conduta apresenta-se como exigência do Estado de direito. Dessa maneira, “*la identificación de la ratio de la obligación constitucional de motivación es la garantía del control democrático sobre el ejercicio del poder judicial*”.¹⁰⁸⁷

Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como “*rechisfertigender Staat*”, como “Estado que se justifica.” Explica Barbosa Moreira que essa justificação

¹⁰⁸³ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. p. 171. Tradução livre: “é um ato público, coletivo, pois representa o exercício de um poder que é público e, portanto, deve ser controlado não só internamente, mas também externamente”.

¹⁰⁸⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. p. 172. Tradução livre: “é um instrumento jurídico destinado a garantir a atuação racional do poder e dentro dos limites”.

¹⁰⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Tradução de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires: EJE, 1960. p. 115. Tradução livre: “o símbolo mais importante e típico da ‘racionalização’ da função judicial”.

¹⁰⁸⁶ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. p. 25. Tradução livre: “as razões apresentadas para demonstrar que sua decisão é correta ou aceitável”.

¹⁰⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 358. Tradução livre: “o fundamento da obrigação constitucional da motivação é a garantia do controle democrático sobre o exercício do poder judiciário.”

pode ser entendida no seu aspecto material e no formal. Logo, “a intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.”¹⁰⁸⁸

Observa-se, que o dever constitucional do magistrado é de motivar sua decisão e não apenas explicá-la. Nesse sentido, “explicar uma decisão significa mostrar quais são as causas que a motivaram ou os fins que se pretendem alcançar ao tomar a decisão”. Por outro lado, “justificar implica oferecer razões destinadas a mostrar o carácter aceitável ou correcto da decisão. [...] o raciocínio jurídico é um tipo de raciocínio prático, não dirigido a explicar, mas a justificar decisões.”¹⁰⁸⁹

Ainda, menciona-se que, na atividade judicial existe a diferenciação entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo. O primeiro envolve o raciocínio do juiz, por meio do qual ele “formula a decisão final, mediante a concatenação de escolhas, de hipóteses afastadas ou confirmadas, de mudanças que intervêm no curso do processo, de elaboração e valoração” que, por sua vez, culminam na decisão final. Esse raciocínio decisório acontece durante o tempo do processo, resulta da síntese de vários fatores, inclusive sofre influência de aspectos” psicológicos e ideológicos, implica juízos de valor” e pode ter a participação de várias pessoas, como no caso dos julgamentos colegiados.¹⁰⁹⁰

Já, o raciocínio justificativo é aquele em que o magistrado, após ter formulado a decisão final, organiza as razões e as apresenta, ou seja, “expõe as boas razões em função das quais sua decisão deve ser aceita como válida e compartilhável.” Esse contexto justificativo corresponde a motivação, acontece quando a fase decisória está “exaurida, com a decisão final já formulada.” Destaca-se que não tem a finalidade de realizar escolhas, mas demonstrar que as escolhas realizadas são “boas”, apresenta-se por um discurso, com fundamento em argumentos, possui estrutura argumentativa e função justificativa.¹⁰⁹¹

De um modo, em um primeiro momento a motivação das decisões foi

¹⁰⁸⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dec. 1979. p. 287.

¹⁰⁸⁹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. p. 283.

¹⁰⁹⁰ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 17-18.

¹⁰⁹¹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 17-18.

compreendida apenas como uma garantia das partes, visto que possibilitava a interposição de recurso e a consequente possibilidade de revisão da decisão. Todavia, no Estado Constitucional, a obrigatoriedade da motivação das decisões é dotada de uma “função política”, visto que não é apenas destinada às partes e ao órgão jurisdicional encarregado de julgar o recurso, mas também interessa a toda a opinião pública, ou “*quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.”¹⁰⁹²

Nessa senda, a função da motivação das decisões possui um caráter endoprocessual, relacionada aos aspectos da impugnação das decisões pelas partes e consequente análise recursal pelos órgãos jurisdicionais competentes. Ainda, apresenta-se no viés extraprocessual, no que tange ao “contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno”. Essa função encontra íntima ligação com o “conceito democrático do exercício do poder”, em que toda a autoridade que exerce um poder deve justificar, a forma que o faz, para que possa existir um “controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo.”¹⁰⁹³

Logo, motivar pode ser definido sob duas concepções, a psicologista e a racionalista. A primeira “*identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión.*” Já a visão racionalista “*entende la motivación como justificación: una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que las justifican.*” Aduz Beltrán que os dois sentidos partem da ambiguidade do termo “motiviar” que tanto engloba os motivos, quanto as razões de uma decisão.¹⁰⁹⁴

Explica Taruffo que o dever constitucional da motivação não possui apenas “valor conceitual ou abstratamente teórico”, mas também implicações de duas ordens: a primeira de que o legislador ordinário não pode deixar de prever a

¹⁰⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 92.

¹⁰⁹³ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 20-21.

¹⁰⁹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Motivación y racionalidad de la prueba**. Lima: Grijley, 2016. p. 25-26. Tradução livre: A concepção psicologista “identifica a motivação com a expressão linguística dos motivos que levaram a uma decisão”. Já uma visão racionalista “entende a motivação como justificação: uma decisão fundamentada é, portanto, uma decisão que tem razões que as justificam”.

obrigatoriedade da motivação, visto que todas as decisões devem ser motivadas; a segunda relaciona-se ao conteúdo integral da motivação, o qual promove um “controle externo das razões que justificam a decisão”, pois ela deve inserir argumentos justificativos que se refiram à decisão na sua totalidade, o que pode ser denominado de “princípio de completude da motivação”.¹⁰⁹⁵

Ressalta-se que, o princípio da completude da motivação envolve dois padrões importantes, sendo as justificações interna e externa da decisão. A primeira “é aquela que resulta da conexão [...] entre premissa de direito e premissa de fato, da qual surge logicamente a decisão final”. Desse modo, a decisão revela-se uma consequência racional que decorre da combinação das premissas. Já, a justificação externa refere-se “às razões pelas quais a premissa de direito e a premissa de fato foram formuladas de determinado modo”, portanto envolve tanto os argumentos pelos quais o juiz escolhe uma norma ou sua interpretação, quanto os argumentos que ele apresenta para justificar como aconteceram os fatos.¹⁰⁹⁶

A justificação pode ser distinguida como interna e como externa. A primeira deriva da interpretação a partir de premissas de acordo com as regras de inferência aceitas. A condição da justificação interna é a existência “*de la regla con la cual se puede someter a prueba la racionalidade interna de una decisión. La validez de las premissas se acepta como dada.*”¹⁰⁹⁷ Já, a justificação externa de uma decisão acontece quando suas premissas são qualificadas como corretas (coerentes) de acordo com o entendimento utilizado pela intérprete que está fazendo essa qualificação.

Deste modo, a motivação das decisões possui uma dupla função: no âmbito interno, também denominada de endoprocessual, visa viabilizar os possíveis recursos a serem interpostos e sua análise pelo Judiciário; e no viés externo, ou dito de outro modo, extraprocessual, apresenta-se como garantia das pessoas frente aos poderes do Estado. Em ambos os aspectos, a motivação traz importantes

¹⁰⁹⁵ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 24.

¹⁰⁹⁶ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 24-25.

¹⁰⁹⁷ Tradução livre: “A condição da justificativa interna é a existência “da regra com a qual a racionalidade interna de uma decisão pode ser posta à prova. A validade das premissas é aceita como dada.”

consequências para a decisão, quais sejam: a motivação deve ser publicada, visto que a publicidade traz a ciência para as partes e a transparência; deve ser internamente justificada, em que entre as premissas da decisão e a decisão deve haver coerência; deve estar externamente justificada, em que a motivação deve conter argumentos que justifiquem cada premissa.¹⁰⁹⁸

Ainda a motivação deve ser inteligível, para ser compreendida por todos; deve ser completa, envolvendo todas as questões de fato e de direito; deve ser suficiente, em transpareça que os argumentos usados são os melhores ou mais adequados; deve ser autossuficiente, no que tange que a decisão deve ser compreensível por si mesma, sem a necessidade de buscar outra fonte; deve ser congruente com as premissas que se deseja motivar e os argumentos empregados; deve empregar argumentos compatíveis entre as premissas e a decisão; e por fim, a motivação deve ser proporcional em seu texto, nem tão sucinta e nem demasiadamente prolixa.¹⁰⁹⁹

Refere-se que, uma decisão legal pode conter uma justificação interna, todavia não possuir uma justificação externa. *“Es decir, la justificación externa es una cuestión de la validez de las premisas y de las reglas de inferencia.”*¹¹⁰⁰ Elas dependem dos critérios de avaliação de sua validade, ou seja, uma justificação externa depende das normas e valores nos quais alguém apoia a justificação.¹¹⁰¹

Portanto, uma decisão possui justificação interna *“si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas.”*¹¹⁰² E por sua vez possui justificação externa *“cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación.”*¹¹⁰³ Logo, quando nem a premissa fática e nem a de direito representam problemas, a justificação acaba

¹⁰⁹⁸ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales.** Lima:Grijley, 2017. p. 143.

¹⁰⁹⁹ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales.** p. 144-146.

¹¹⁰⁰ Tradução livre: "Ou seja, a justificação externa é uma questão de validade das premissas e das regras de inferência."

¹¹⁰¹ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** p. 196-197

¹¹⁰² Tradução livre: "se for inferido de suas premissas de acordo com as regras de inferência aceitas."

¹¹⁰³ Tradução livre: "quando suas premissas são classificadas como boas pelos padrões usados por aqueles que fazem a classificação".

sendo somente interna, pois se exaure em mostrar a argumentação lógica correta, que parte das premissas e chega à conclusão. Todavia, a necessidade da justificação externa surge quando as premissas de direito ou dos fatos acabam exigindo uma nova argumentação. Dessa forma, pode-se fazer uma relação entre “*el binomio justificación interna/justificación externa con el binomio casos fáciles/casos difíciles*”.¹¹⁰⁴

Nessa senda, as maiores dificuldades ou problemas na justificação das decisões encontram-se vinculados com a justificação externa. Assim,

*La cuestión de si el resultado de la interpretación se sigue o no logicamente, es decir, internamente, sobre la base de algunas premisas materiales y algunas reglas de inferencia y valores es, en sí misma, trivial. Siempre es posible construir ex post este trasfondo de premisas, reglas y valores. Pero la dificultad que divide a los intérpretes en diferentes campos está vinculada, por una parte, con la elección y el contenido de las premisas y, por otra, con la manera como se eligen los principios adecuados de inferencia o los valores básicos. El problema del discurso jurídico se concreta pues en la justificación externa.*¹¹⁰⁵

Observa-se que o dever de motivar as decisões envolve justificar, expor os fatos provados e apresentar as razões, nas quais o julgador se baseia para afirmar a existência dos mesmos. No processo civil brasileiro, tal encargo encontra amparo no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, bem como no artigo 489¹¹⁰⁶ do Código de Processo Civil. Nessa linha, salienta-se a importância da fixação da estrutura da sentença pela codificação processual civil, em que prevê a fundamentação como um de seus requisitos essenciais do ato.

¹¹⁰⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.** p. 172. Tradução livre: “o binômio justificativa interna / justificativa externa com o binômio casos fáceis / casos difíceis”.

¹¹⁰⁵ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** p. 197. Tradução livre: “A questão de saber se o resultado da interpretação segue ou não logicamente, isto é, internamente, com base em algumas premissas materiais e algumas regras de inferência e valores é, em si, trivial. É sempre possível construir ex post este pano de fundo de premissas, regras e valores. Mas a dificuldade que divide os intérpretes em diferentes campos está ligada, por um lado, à escolha e ao conteúdo das premissas e, por outro, à forma como os princípios de inferência ou valores básicos apropriados são escolhidos. O problema do discurso jurídico torna-se assim concreto na justificação externa.”

¹¹⁰⁶ Artigo 489 do Código de Processo Civil: “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - **os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito**; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. [...]” Grifo nosso.

Ainda, o legislador demonstrou a preocupação com o conteúdo da motivação, por meio da regulação do parágrafo primeiro, do artigo 489 do Código de Processo Civil, que elenca de modo casuístico, quando uma decisão não se considera fundamentada, *in verbis*:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Este preceito legal, que não existia na codificação anterior, visa promover um aperfeiçoamento no dever de motivação, exigindo do magistrado uma atividade de maior qualidade no momento de realizar a fundamentação, seja nas decisões interlocutórias, seja nas sentenças.

Verifica-se que, o legislador não elenca “circunstâncias referentes ao mérito da interpretação/decisão, mas apenas há a indicação de como a fundamentação **não** deve ser elaborada”.¹¹⁰⁷ Tal norma busca cumprir o preceito do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, bem como proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva. O dever legal do magistrado de motivar, de expor os argumentos que utilizou para decidir, confere “legitimidade argumentativa ao provimento que profere investido na função estatal de compreender o caso e dizer o direito aplicável”.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁷ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: **Processo e Constituição**. FUX, Luiz et al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 519.

¹¹⁰⁸ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Aspectos gerais e teóricos do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-2.

Assim, como a fundamentação é uma atividade, a codificação não trouxe a definição de limites, mas sim a identificação do “que não conta como decisão fundamentada”. A primeira hipótese, revista no inciso, I, do §1º, do artigo 489 dispõe como não fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Assim, há necessidade do juiz fazer a relação entre a fato (questões da causa) e a norma (questões de direito) e além dessa explicação, deve delimitar os fatos. Logo, o que determina o sentido de indicar, reproduzir ou parafrasear a norma jurídica é “a qualificação dos fatos porque nela já está contida a normatividade do ato normativo”.¹¹⁰⁹

A segunda situação de não fundamentação da decisão envolve “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Conceitos jurídicos indeterminados são normas abertas cujo conteúdo deve ser preenchido diante do caso concreto, exigindo uma maior habilidade hermenêutica e argumentativa do juiz para a sua utilização. Com isso, se conceito jurídico indeterminado for utilizado “como *ratio decidendi*, elemento de derrotabilidade de outra norma, ou, de qualquer maneira vier a ser considerado como essencial para a resolução do caso”, o juiz obrigatoriamente deverá delimitá-lo e apresentar o ponto de contato e concretude. Inclusive, o magistrado deve, primeiramente, mencionar o que entende pelo conceito jurídico indeterminado, apontando a sua forma de compreender o seu conteúdo e indicar de modo claro o seu motivo de incidência no caso, pois, por exemplo: “se o juiz não sabe [...] o que é boa-fé objetiva, como compreender que em algum caso essa expressão foi essencial para a resolução do litígio?”¹¹¹⁰

A terceira causa de não fundamentação da decisão, diz respeito ao juiz “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Observa-se

¹¹⁰⁹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1º, do artigo 480 do Código de Processo Civil. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 223-224.

¹¹¹⁰ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos jurídicos indeterminados e fundamentação – existirá o céu dos conceitos? In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 243-244.

que os motivos mencionados na decisão devem possuir um nexo de causalidade entre “o feito sob julgamento e as razões pelas quais determinada decisão está sendo exarada”. Existe a vedação da “sentença *prêt-à-porter*”, de usar “uma sentença padrão” ou uma “sentença em geral” que caiba em diferentes processos. Este inciso II do artigo 489 do Código de Processo Civil prestigia o “caso concreto”.¹¹¹¹

Em uma quarta circunstância, a decisão não será tida como fundamentada, quando a mesma “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O juiz tem o dever de analisar os argumentos deduzidos pelas partes, por outro lado as partes têm o direito que seus argumentos sejam analisados de modo “sério e detido”.¹¹¹² Contudo, a jurisprudência¹¹¹³ relativiza essa disposição, inclusive com “Tema 339 do Supremo Tribunal Federal - Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais”, que possui a seguinte tese: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.”

A quinta situação de não efetivação da fundamentação, envolve aquela a decisão em que o julgador se limitou “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Nesse caso o juiz utiliza o

¹¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In.: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 706-707.

¹¹¹² STRECK, Lenio Luiz. **Dos elementos e dos efeitos da sentença**. p. 707

¹¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.310.462 – RJ. Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento. 27 de abril de 2021. “EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CASA DA MOEDA. MULTA. IMUNIDADE. ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. **O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não determina que o órgão judicante se manifeste sobre todos os argumentos apresentados pelas partes, mas sim que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (AI 791.292-RG-QO, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13/8/2010, Tema 339 da Repercussão Geral)**. 2. [...]. 3. [...]. 4. Agravo interno DESPROVIDO, com imposição de multa de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC), caso seja unânime a votação. 5. [...]” Grifo nosso.

precedente¹¹¹⁴ como “um exemplo” como “razão de reforço para o real entendimento” dele e não como “critério de restrição do raciocínio jurídico”, logo a decisão não se considera fundamentada. O objetivo da codificação nos incisos V e VI, do §1º, do artigo 489 foi de reiterar o caráter vinculante do precedente e não meramente persuasivo. Assim, o “argumento por precedente trata de uma restrição imposta sobre o raciocínio que obriga a tomada de decisão em conformidade com aquela tomada anteriormente”.¹¹¹⁵

Na última hipótese de não cumprimento da fundamentação está no ato do juiz de “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Observa-se que, se existe caso anterior que foi decidido que formou precedente, não há opção de escolha¹¹¹⁶ ao magistrado, visto que seu viés é vinculativo. Com isso, decidir da mesma forma é “um dever”.¹¹¹⁷

Desse modo, o não cumprimento do dever de motivação, pela sua inexistência, provoca a nulidade da decisão, pois ausente requisito essencial de validade da sentença. A sanção decorrente do descumprimento vem expressa na própria Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX. Já, a fundamentação que apresentar uma das hipóteses do §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil será considerada omissa (incompleta) e passível de embargos declaratórios, para que o julgador complemente os elementos necessários.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ Menciona-se o Enunciado n. 11 do ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do §1º do artigo 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no artigo 927 e no inciso IV do artigo 332”.

¹¹¹⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. Artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 332.

¹¹¹⁶ Cumpre referir as figuras: do *distinguishing* que afasta a aplicação do precedente vinculante em face do caso em exame possuir peculiaridades próprias, não devendo ser usada a *ratio decidendi* do precedente; e do *overruling* que “é a rejeição ao precedente no caso concreto em virtude do resultado desarrazoado/injusto que acarreta.” STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD Georges. Precedentes. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1244.

¹¹¹⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. **Artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente**. p. 333.

¹¹¹⁸ Artigo 1022 do Código de Processo Civil: “1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer

Com isso, pela nova sistemática adotada pela codificação civil brasileira, o juiz possui o dever de fundamentar corretamente, argumentar, apresentar razões na sua decisão, visto que ele não representa somente a “boca da lei” apresentando o que foi decidido. A propósito, *“la autoridad de la sentencia dictada por el juez ya no surge exclusivamente de su propia investidura, de su poder otorgado por el Estado sino también de su actividad argumentativa y justificativa en esas decisiones”*.¹¹¹⁹

Logo, no processo civil constitucionalizado, à luz dos ideais do Estado Democrático de Direito, o princípio da motivação das decisões revela a transparência do Judiciário na prestação jurisdicional, bem como a submissão do ato decisório às normas, cumprindo o devido processo legal e trazendo segurança jurídica às partes da relação processual.

Nessa linha, a argumentação jurídica ganhou importância no processo civil constitucionalizado, pois a fundamentação das decisões envolve um discurso justificativo dos magistrados, em que eles apresentam o fundamento, a motivação de suas decisões e não somente a descrição e a explicação da tomada de decisão.

Tal contexto, adquire mais relevância quando o magistrado estiver diante da fundamentação da cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos, como se analisará, adiante. Mas, antes, necessário investigar se o conteúdo da boa-fé objetiva guarda relação com a sustentabilidade, em especial, no seu viés humanista.

decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”

¹¹¹⁹ GRAJALES, Amós Arturo. *El artículo 489 del nuevo Código Procesal Civil de Brasil y la normatización del nuevo paradigma*. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 71. Tradução livre: “A autoridade da sentença proferida pelo juiz já não decorre exclusivamente do seu próprio cargo, de seu poder outorgado pelo Estado, mas também de sua atividade argumentativa e justificativa nessas decisões.”

5.2 A Sustentabilidade e os contratos: um viés humanista

A atual economia de mercado busca, de modo exacerbado, o lucro e a acumulação. Esse modelo capitalista fundamenta-se no individualismo, é competitivo, produz desigualdades sociais e, também, devasta o meio ambiente, em nome do desenvolvimento econômico. Ele não se submete aos valores que sustentam o Estado Democrático de Direito, em especial, os ideais democráticos, o respeito pela pessoa humana, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, necessários para a construção de uma sociedade fraterna e pluralista.

Nesse contexto, os Estados nacionais tiveram sua soberania relativizada por meio da globalização. Tal fenômeno fez com que agentes transnacionais realizassem suas ações no âmbito econômico, da informática, da ecologia e outros. Em especial, na economia, as grandes corporações passaram a atuar de modo global, o que fragilizou os Estados, promoveu o controle político dos mesmos e gerou desigualdade social.

Os contratos, na condição de instrumento jurídico que viabiliza operações econômicas, encontram-se regulados pelo direito interno de cada Estado. No Brasil, o direito contratual, à luz da Constituição Cidadã, encontra-se vinculado aos valores constitucionais que promovem a repersonalização dos pactos, momento que a valorização à pessoa humana se sobrepõe às relações patrimoniais.

Partindo dessa premissa, há necessidade de fomentar um “sentimento de interdependência global”, ou seja, compreender que todos dependem de todos, visto que cada pessoa não é sozinha no universo. Salieta-se que, dessa interdependência decorre uma “responsabilidade universal” em que todos os reflexos dos atos humanos são sentidos por toda a humanidade.¹¹²⁰

Desse modo, a noção de Sustentabilidade ganhou relevância tanto no âmbito do direito internacional, quanto no direito interno, pois envolve uma demanda transnacional, a ser pensada e efetivada em conjunto pelos Estados, sociedade e

¹¹²⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 16.

peças, pela interdependência que existe. Assim, a Sustentabilidade representa um valor a ser reconhecido e efetivado no âmbito mundial, visto que diz respeito a todos os seres humanos, bem como às condições de manutenção de qualquer tipo de vida em todo o planeta.

Com isso, necessário estabelecer os principais pontos que compõem a Sustentabilidade e suas dimensões ambiental, social e econômica. E em um segundo momento abordar sua perspectiva humanista, à luz da repersonalização dos contratos, em especial para examinar se a boa-fé objetiva constitui um instrumento de efetivação da Sustentabilidade humanista. Contudo, antes, cabe compreender a noção de sustentabilidade, visto que representa o novo paradigma do direito.

5.2.1 A Sustentabilidade como paradigma do direito

A noção de Sustentabilidade surgiu com o Relatório de Brundtland, em 1987, que definiu a figura do desenvolvimento sustentável, sedimentado sobre os pilares econômico, ambiental e social. Contudo, foi na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, que o tema ganhou relevância e constou em termo de compromisso internacional, que fixou políticas públicas, denominado de Agenda 21.

Essa preocupação decorre do fato, que a humanidade vive momentos de incessantes e intensas transformações técnico-científicas, todavia tais fenômenos causam desequilíbrios ecológicos que, se não forem minorados, ameaçam a vida em sua superfície. “Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração”.¹¹²¹

A Sustentabilidade diz respeito às pessoas de modo individual, bem como “às comunidades, à cultura, à política, à indústria, às cidades e principalmente ao Planeta Terra com seus ecossistemas”. Logo, representa “um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e

¹¹²¹GUATTARI, Félix. As três ecologias. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990. p. 7.

às necessidades das presentes e das futuras gerações.”¹¹²²

Nesse viés, relevante compreender a noção de Sustentabilidade por meio de um conceito ampliado e integrador, em que pode ser entendida como

toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.¹¹²³

A Sustentabilidade é difícil de ser definida e não comporta respostas simples ou definitivas. Segundo Veiga¹¹²⁴ “é o único valor a dar atenção às futuras gerações. Isto é, a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leque de escolhas, e direitos, que nossos trinetos e seus descendentes terão alguma chance de usufruir.”¹¹²⁵

Desse modo, assevera Bastida, que a Sustentabilidade aparece unida à ideia de “ecocentrismo”, isto é, compreender que

*formamos parte de la biosfera, que la compartimos con otros seres –y subrayo, humanos y no humanos - y con la que nos relacionamos dentro de los límites que marca su funcionamiento. Es un concepto más holístico y menos economicista, más complejo y menos simplista, más sistémico y menos lineal.*¹¹²⁶

Na mesma linha, Ferrer sustenta que a Sustentabilidade é “*una noción*

¹¹²² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 17.

¹¹²³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 116.

¹¹²⁴ Veiga, também, apresenta o conceito de Sustentabilidade realizada pelos “ecólogos como a capacidade de criar, testar e manter capacitação adaptativa. E eles definem o desenvolvimento sustentável como a combinação da Sustentabilidade com a geração de oportunidades.” O autor critica esse pensamento por não ser abrangente. VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. p. 44.

¹¹²⁵ VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. p. 40.

¹¹²⁶ BASTIDA. José Manuel Gutiérrez. **SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología**. Espanha: Bubok Publishing. S.L., 2011. p.174. Tradução livre: “somos parte da biosfera, que compartilhamos com outros seres - e enfatizo, humanos e não humanos - e com a qual interagimos dentro dos limites impostos pelo seu funcionamento. É um conceito mais holístico e menos economista, mais complexo e menos simplista, mais sistêmico e menos linear.”

*positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo.”*¹¹²⁷

Explica Ferrer que, a nova realidade exige transformações que envolvem não só o âmbito jurídico, mas, especialmente a política. Assim,

*la sostenibilidad o, dicho de otro modo, el futuro viable del Planeta, exige politizar el espacio global, arrebatando la iniciativa a los desenfrenados intereses económicos que actualmente prácticamente monopolizan los procesos de transformación. Si la economía manda y, como ocurre en este momento, se entiende como la exaltación del lucro inmediato, el futuro no existe. La politización de la globalización plantea un desafío monumental pero que, en todo caso, debe asentarse sobre tres pilares que, por este orden, son: la consolidación de una ciudadanía global, el reconocimiento del principio democrático junto con el paralelo desarrollo de mecanismos de participación eficaces, y la generación de modelos e instituciones que permitan la gobernanza de lo común en interés de todos”.*¹¹²⁸

Com isso, vê-se que a Sustentabilidade é um elemento fundamental e imprescindível que “se apresenta como um grande processo de mudança”. Bastida a define “*como una idea dinámica, evolutiva, recuperada, re-clamada, re-pensada y re-construida hacia la que caminar, hacia la que dirigir los pasos como aquella meta utópica a la que no llegamos, pero que nos obliga a avanzar.*”¹¹²⁹

Assim, a Sustentabilidade pode ser conceituada como

¹¹²⁷ FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho*. In ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 13. Tradução livre: “uma noção positiva e altamente proativa que supõe a introdução das mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela Humanidade, possa se perpetuar indefinidamente no tempo.”

¹¹²⁸ FERRER, Gabriel Real. ***Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho***. p. 24. Tradução livre: “A sustentabilidade, ou seja, o futuro viável do planeta, exige politizar o espaço global, afastando a iniciativa dos interesses econômicos desenfreados que hoje praticamente monopolizam os processos de transformação. Se a economia impera e, como é o caso no momento, é entendida como a exaltação do lucro imediato, o futuro não existe. A politização da globalização representa um desafio monumental mas que, em todo o caso, deve assentar em três pilares que, nesta ordem, são: a consolidação de uma cidadania global, o reconhecimento do princípio democrático e o desenvolvimento paralelo de mecanismos de participação eficaz, e a geração de modelos e instituições que permitam a governança do comum no interesse de todos”.

¹¹²⁹ BASTIDA. José Manuel Gutiérrez. **SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología**. Espanha: Bubok Publishing. S.L., 2011. p.11. Tradução livre: “como ideia dinâmica, evolutiva, recuperada, reivindicada, repensada e reconstruída para a qual caminhar, para a qual dirigir os passos como aquela meta utópica que não alcançamos, mas que nos obriga a avançar.”

o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões.¹¹³⁰

Observa-se que a noção de Sustentabilidade apresenta três dimensões: a ecológica, a social e a econômica. Explicam Riechmann et al. que:

*Em el plano ecológico [...] somos seres eco dependientes y como tal vivimos y somos en la naturaleza. En la dimensión social, la sostenibilidad se relaciona con la capacidad de satisfacer las necesidades humanas de forma justa y con la condición de interdependencia que caracteriza a los seres humanos. [...] Desde el punto de vista económico, existen bienes, procesos y trabajos que son los que permiten satisfacer las necesidades de las personas. [...] Los actuales modelos, que son impulsados por un capitalismo voraz preso en una ciega dinámica de acumulación, destruyen en lo social, porque son ajenos a las condiciones básicas de vida y bienestar, y también en lo ecológico, pues crecen como un tumor a costa del entorno.*¹¹³¹

A Sustentabilidade pode ser dividida em ampla, quando abrange os aspectos: ecológico, social, econômico, cultural, político-jurídico e tecnológico; e restrita ou ecológica, se envolver a proteção do meio ambiente, como condição básica da vida no planeta.¹¹³² Cumpre ressaltar que essas dimensões formam um tripé de sustentação e guardam “uma íntima relação de dependência” entre si. Nesse contexto, “as ações do mercado repercutem sensivelmente no cotidiano da

¹¹³⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 14.

¹¹³¹ RIECHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yayo; MADORRÁN, Carmen. **Qué hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de una crisis mayor que la económica: la ecológica**. Ediciones Akal: Madrid, 2012. p. 35-36. Tradução livre: “No plano ecológico [...] somos seres eco dependentes e como tal vivimos e estamos na natureza. Na dimensão social, a Sustentabilidade está relacionada à capacidade de satisfazer as necessidades humanas de forma justa e à condição de interdependência que caracteriza o ser humano. [...] Do ponto de vista econômico, existem bens, processos e empregos que permitem a satisfação das necessidades das pessoas. [...] Os modelos atuais, movidos por um capitalismo voraz e aprisionado em uma dinâmica cega de acumulação, destroem socialmente, porque são alheios às condições básicas de vida e bem-estar, e também ecologicamente, visto que crescem à medida que um tumor às custas do meio ambiente.”

¹¹³² FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011. p.1456.

sociedade, que por sua vez trará consequências ao meio ambiente”.¹¹³³

Ainda, com relação às dimensões da sustentabilidade, refere-se que envolvem diferentes aspectos, em que os autores convergem em seja tridimensional, contudo, apresentam diferentes ponderações para outras classificações, como segue.

Para Siqueira Garcia e Siqueira Garcia, as dimensões da Sustentabilidade podem ser vistas nas concepções ambiental, econômica, social, tecnológica¹¹³⁴ e ética. Quanto a Sustentabilidade ética, destacam que, o “meio ambiente é finito e que a vida no planeta está ameaçada”, assim, “*the ethical dimension deals with an existential issue, since it is something that seeks to guarantee life, not simply related to nature, but to a whole relationship between the individual and the environment around it*”.¹¹³⁵ Nesse sentido, referem as autoras, os princípios da afetividade, do cuidado e compaixão, da cooperação e da responsabilidade para efetivação da Sustentabilidade ética.¹¹³⁶

Já, Pilau Sobrinho defende que, as dimensões da Sustentabilidade podem ser compreendidas como ambiental, econômica, social, tecnológica e humanista. Ressalta que na Sustentabilidade humanista “*it is possible to establish another way of reconciling capitalism as a form of accumulation of capital, with the use of profit for the implementation of respect for the dignity of the human person as a process of respect for morality*”.¹¹³⁷ Desse modo, “*a new way of thinking on a*

¹¹³³PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da Sustentabilidade na era tecnológica:** (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017. p. 30.

¹¹³⁴ Na dimensão tecnológica, a Sustentabilidade vincula-se a utilização de novas tecnologias, que, por sua vez, causem menos impactos ao meio ambiente. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. *Ethical principles and sustainability: the recognition of the ethical dimension of sustainability*. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; BODNAR, Zenildo; VIEIRA Ricardo Stanziola. **Environmental and sustainable challenges and perspectives in the 21st century**. Disponível em https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/e-book_ingles_-_ambiental_e_sustentabilidade_-_perugia_-_30-11-2020.pdf. Acesso em 02.dez.2020. p. 33.

¹¹³⁵GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. **Ethical principles and sustainability: the recognition of the ethical dimension of sustainability**. p. 33-34. Tradução livre: “a dimensão ética trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não simplesmente relacionado à natureza, mas a toda uma relação entre o indivíduo e o meio ambiente em torno dele.”

¹¹³⁶GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. **Ethical principles and sustainability: the recognition of the ethical dimension of sustainability**. p. 35.

¹¹³⁷ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Challenges of globalization and the environmental crisis: for a*

*globalized and individualistic society may be possible through humanization, by the interest in the realization of a dignified condition for the human being.*¹¹³⁸

Por sua vez, Sachs argumenta que o conceito de Sustentabilidade é multidimensional e pode ser compreendido por diferentes aspectos, quais sejam: o social, o cultural, o territorial, o econômico, o da política nacional, o da política internacional, o ecológico e o ambiental. No viés social a Sustentabilidade envolve “um patamar razoável de homogeneidade social; distribuição de renda justa; emprego pleno e/ autônomo com qualidade de vida decente; e igualdade no acesso aos recursos sociais.” Já a Sustentabilidade cultural relaciona-se com “mudanças no interior da continuidade [...]; capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno [...]; autoconfiança combinada com abertura para o mundo.”¹¹³⁹

Ainda, a Sustentabilidade territorial refere-se a “distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades”;¹¹⁴⁰ a econômica que se relaciona ao “desenvolvimento econômico inter setorial (sic) equilibrado; segurança alimentar; capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção; [...]; inserção soberana na economia internacional.” Também, a Sustentabilidade política, no âmbito nacional pela implementação da democracia e defesa dos direitos humanos; e internacional, para a garantia da paz, cooperação internacional e proteção do meio ambiente.¹¹⁴¹

Por fim, refere-se a Sustentabilidade ecológica que diz respeito a “preservação do potencial do capital natureza na sua produção de recursos

humanistic sustainability. In: GARCIA, Heloise Siqueira; BODNAR, Zenildo; VIEIRA Ricardo Stanziola. ***Environmental and sustainable challenges and perspectives in the 21st century.*** Disponível em https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/e-book_ingles_-_ambiental_e_sustentabilidade_-_perugia_-30-11-2020.pdf . Acesso em 02.dez.2020. p. 59. Tradução livre: “é possível estabelecer outra forma de conciliar o capitalismo como forma de acumulação de capital, com o uso do lucro para a implementação do respeito à dignidade da pessoa humana como processo de respeito à moralidade.”

¹¹³⁸ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. ***Challenges of globalization and the environmental crisis: for a humanistic sustainability.*** p. 59. Tradução livre: “Uma nova forma de pensar em uma sociedade globalizada e individualista pode ser possível através da humanização, pelo interesse na realização de uma condição digna para o ser humano.”

¹¹³⁹ SACHS, Ignacy. ***Caminhos para o desenvolvimento sustentável.*** p.85-86.

¹¹⁴⁰ SACHS, Ignacy. ***Caminhos para o desenvolvimento sustentável.*** p. 70.

¹¹⁴¹ SACHS, Ignacy. ***Caminhos para o desenvolvimento sustentável.*** p. 86-89.

renováveis; limitar o uso dos recursos não renováveis.”¹¹⁴² E, destaca-se a importância da noção de Sustentabilidade ambiental¹¹⁴³, que envolve a junção de uma “ética imperativa da solidariedade sincrônica com a geração atual” e a “solidariedade diacrônica com as gerações futuras”, abrangendo “um postulado ético de responsabilidade para com o futuro de todas as espécies vivas na Terra”.¹¹⁴⁴

Percebe-se que, a Sustentabilidade ambiental engloba dois aspectos: o próprio sistema de sustentação da vida no planeta, bem como a condição de “recipiente” para receber os resíduos que são produzidos.¹¹⁴⁵ Nessa senda, o capitalismo¹¹⁴⁶ desequilibra o sistema de solidariedade entre as gerações, visto que promove o esgotamento dos recursos naturais, e ainda, coloca em risco a vida no Planeta Terra.

Nesse contexto, argumenta Guattari que os poderes constituídos parecem não compreender o problema de agressão ao meio ambiente e suas consequências, na totalidade. Abordam o tema em uma “perspectiva tecnocrática, ao passo que só uma articulação ético-política — a que chamo ecosofia — entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões.” Defende que os problemas não se apresentam mais por oposições dualistas decorrentes do pensamento social ou da geografia, mas são multipolares, por isso mais complexos. Logo, há necessidade da articulação ético-política entre a ecologia ambiental, a

¹¹⁴² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p. 86.

¹¹⁴³ Bauman enfatiza que “a sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata do lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria da remoção de lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**. p. 31.

¹¹⁴⁴ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Tradução de José Augusto Drummond e Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.15.

¹¹⁴⁵ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. p. 15.

¹¹⁴⁶ Sousa Santos alega que o capitalismo está assumindo características que parecem do século XVIII e XIX, ao mesmo tempo em que convive com a revolução das tecnologias. Esta é a grande contradição do capitalismo, neste momento, por isso que os recursos naturais são cada vez mais importantes. E na América Latina, a luta pelo controle dos recursos naturais, pela biodiversidade, pela água, pela própria terra, está em toda parte. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. p.17-18.

ecologia social¹¹⁴⁷ e a ecologia mental.¹¹⁴⁸

Desse modo, a Sustentabilidade exsurge como novo paradigma ao direito, apresenta novos sujeitos (as gerações futuras), ultrapassa a noção de Estado, de direito nacional e de território, colocando a solidariedade entre as gerações como valor cardeal. A Sustentabilidade apresenta-se como um “imperativo ético” deve ser efetivada em “solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com a natureza”.¹¹⁴⁹

A Sustentabilidade de um grupo social é aferida pela capacidade de efetivar a inclusão de todos e garantir uma vida digna, bem como o “grau de humanidade de um grupo humano se avalia pelo nível de solidariedade, de cooperação e de compaixão que cultiva face aos coiguais necessitados.”¹¹⁵⁰ Todavia, a realidade é marcada pelo sistema capitalista que mata de fome, de doença, exclui da partilha dos bens e ainda, mantém uma relação de insustentabilidade com o planeta, destruindo a natureza.

Constata-se, desse modo, que o desenvolvimento¹¹⁵¹ econômico não pode se sobrepor à sustentabilidade, que desponta como novo paradigma do direito na pós-modernidade. Portanto, imperiosa a conjugação do meio ambiente, do modelo econômico e da organização social, com fundamento na solidariedade. A construção da Sustentabilidade em suas diferentes dimensões, importa priorizar e

¹¹⁴⁷Explica Guattari que a ecologia social deverá trabalhar na reconstrução das relações humanas em todos os níveis, do *socius*. Ela jamais deverá perder de vista que o poder capitalista se deslocou, se desterritorializou, ao mesmo tempo em extensão - ampliando seu domínio sobre o conjunto da vida social, econômica e cultural do planeta -e em ‘intenção’ - infiltrando-se no seio dos mais inconscientes estratos subjetivos. Assim sendo, não é possível pretender se opor a ele apenas de fora, através de práticas sindicais e políticas tradicionais. Tornou-se igualmente imperativo encarar seus efeitos no domínio da ecologia mental, no seio da vida cotidiana individual [...]. GUATTARI, Félix. **As três ecologias**.p. 33.

¹¹⁴⁸GUATTARI, Félix. **As três ecologias**.p.8.

¹¹⁴⁹FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. p. 1459-1461.

¹¹⁵⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 21.

¹¹⁵¹ Explica Veiga que “o objetivo do desenvolvimento só pode ser, portanto, de alargar as liberdades humanas – um processo que expanda as capacidades humanas pelo aumento das escolhas que as pessoas possam fazer para ter vidas plenas e criativas. Ou seja, quando há, de fato, desenvolvimento, as pessoas são tanto beneficiárias como agentes do progresso e da mudança que provocam. Trata-se de uma dinâmica que deve beneficiar todos os indivíduos equitativamente, e basear-se na participação de cada um deles.” VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. p. 16.

atender as necessidades da geração atual, sem comprometer as futuras. Nessa linha, importante compreender a noção de Sustentabilidade humanista nos contratos.

5.2.2 Os contratos e a Sustentabilidade Humanista

O contrato representa uma operação econômica e sua noção encontra amparo no direito obrigacional que, à luz da Constituição Federal, apresenta-se repersonalizada, fundamentando-se e inspirando-se no respeito à dignidade da pessoa. Todavia, a realidade do sistema capitalista se alicerça no lucro, na acumulação, não prioriza as pessoas e devasta o meio ambiente.

Nesse contexto, para apoiar a atividade econômica, particularmente o mercado e as grandes corporações, os Estados abandonaram muitos instrumentos não econômicos, essenciais para melhorar as condições de vida das pessoas. Esse “mau desenvolvimento”, decorrente do capitalismo, gerado “desde acima” pelos governos e pelas grandes corporações revela-se complexo e necessita de uma abordagem multidisciplinar.¹¹⁵²

No capitalismo tudo gira em torno do dinheiro, do lucro e da acumulação. O mercado tornou-se o protagonista, escapou do controle dos Estados e transformou tudo em mercadoria. A economia de mercado promove a exploração das pessoas e a aniquilação da natureza, o que acaba “*enfermando el cuerpo, nos está envenenando el alma y nos está dejando sin mundo*”.¹¹⁵³

O atual modelo de desenvolvimento proporciona dominação e exclusão de origem colonial. Assevera Boaventura de Sousa Santos que são “*cinco formas sociales principales de existencia producidas o legitimadas por la razón eurocéntrica dominante: lo ignorante, lo residual, lo inferior, lo local o particular y lo improductivo*.” Complementa que se tratam de “*formas sociales de inexistencia porque las*

¹¹⁵² ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. p. 24.

¹¹⁵³ GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo: el mundo visto desde una ecología latino-americana**. p.11.

realidades que conforma aparecen como obstáculos com respecto a las realidades que cuentan como importantes: las científicas, avanzadas, superiores, globales o productivas".¹¹⁵⁴ Desse modo, necessário questionar esses conceitos eurocêntricos, para enfrentar a colonialidade¹¹⁵⁵ do poder ofuscada pela visão economicista sobre fins e meios.

No capitalismo, o funcionamento da economia e da sociedade fundamenta-se na premissa de que o melhor nível social é alcançado concedendo liberdade (valor fundamental) para cada indivíduo na busca e realização pessoal (a negação do outro) em um ambiente competitivo (mercado), a partir da defesa da propriedade privada. Esta realidade é baseada no individualismo e na propriedade privada dos meios de produção. O resultado disso foi uma enorme perda de diversidade, momento que o mercado, o Estado e a ciência têm sido os poderes universalizantes. Assim, o desenvolvimento tenta "ocidentalizar" a vida no planeta¹¹⁵⁶, o que guarda estreita relação com os contratos, que são instrumentos que promovem a circulação de bens.

A mudança de atitude com relação à devastação do meio ambiente, seja pela produção de lixo, seja pelo esgotamento dos recursos naturais, depende de "um processo de trocas mútuas e interações entre os vários setores da sociedade, pois o social, o ambiental e o econômico não podem viver isoladamente." Então, a "economia não pode ditar os rumos da proteção ambiental" há necessidade da participação de todos.¹¹⁵⁷

Verifica-se que a Sustentabilidade passa a ser o paradigma do direito na

¹¹⁵⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010. p. 24.

¹¹⁵⁵ Verifica-se que "descolonizar significa, em última análise, refundar o conceito de justiça social, incluindo em igualdade e liberdade o reconhecimento das diferenças - sem cair no relativismo ou universalismo como ponto de partida -, a justiça cognitiva - A ecologia do conhecimento e da justiça histórica - a luta contra o colonialismo estrangeiro e o colonialismo interno. Quanto mais amplo for o conceito de justiça adotado, mais aberta será a guerra da história e da memória: a guerra entre quem não quer lembrar e quem não pode esquecer." SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.** p.144-145.

¹¹⁵⁶ ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. p. 58-59.

¹¹⁵⁷ BRAVO, Álvaro Sánchez; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012. p. 94.

pós-modernidade, envolvendo um “conjunto Inter sistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas”. Defendem Cruz e Bodnar que há necessidade de “novas estratégias de governança transnacional para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar [...] a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.”¹¹⁵⁸

Logo, a Sustentabilidade aparece como novo paradigma do direito, “como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.”¹¹⁵⁹ Nessa linha, compreende-se que os contratos precisam ser celebrados, interpretados e cumpridos à luz da sustentabilidade, no seu tripé ambiental, social e econômico, e de modo especial, no âmbito humanista. Acrescente-se que, pelo pensamento humanista há necessidade de “pensar a complexidade da vida humana agora em esfera transnacional”.¹¹⁶⁰

Desse modo, um outro viés da Sustentabilidade desponta como inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana, que é o da Sustentabilidade humanista. Argumenta-se que pela Sustentabilidade Humanista, a dignidade da pessoa humana deve ser protegida e respeitada juntamente com o respeito à natureza, pois o ser humano faz parte da natureza. Com isso, “cooperação, compaixão e solidariedade são valores vitais para a sobrevivência e qualidade de vida. Participação consciente e ativa nas decisões sobre sua própria vida e a vida coletiva dá significado ao empenho humano.”¹¹⁶¹

Na perspectiva da Sustentabilidade não pode ser esquecida a noção de

¹¹⁵⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3. 2011. p.79-80.

¹¹⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. p. 80.

¹¹⁶⁰ SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard et al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 121.

¹¹⁶¹ RATTNER, Henrique. Sustentabilidade – uma visão humanista. **Revista Ambiente & Sociedade**. n. 5. 1999. p. 240.

pessoa, ou seja, a Sustentabilidade Humanista.¹¹⁶² Verifica-se que, “pensar a coletividade, a universalidade, a responsabilização de cada sujeito pela promoção do bem comum é essencial, entretanto, é difícil concretizar esses objetivos se os indivíduos não conseguem lidar com seus dilemas pessoais e existenciais.”¹¹⁶³

A Sustentabilidade Humanista tem por fundamento a pessoa e o respeito a sua dignidade, sobre os quais se apoia a repersonalização dos contratos, que, por sua vez, tem a expressão maior na eticização dos pactos. Com isso, imprescindível analisar a noção de pessoa e da sua dignidade, que compõem o conteúdo da Sustentabilidade Humanista, como se passa a expor.

Com relação à pessoa, possui direitos, denominados humanos, que são fruto de um longo processo histórico, de uma evolução gradativa, que acontece concomitantemente com o desenvolvimento da sociedade, da história e do pensamento humano, os quais devem ser respeitados e recepcionados pelo direito interno de cada Estado.

Os direitos humanos¹¹⁶⁴ designam direitos pertencentes a todas as pessoas que foram conquistados historicamente e merecem o reconhecimento e a proteção de cada pessoa, de cada Estado e também na esfera internacional. Dessa forma, os direitos inerentes ao ser humano¹¹⁶⁵ romperam as barreiras do direito

¹¹⁶² Explica Teixeira que a “Sustentabilidade Humanista apresenta-se como a dimensão da Sustentabilidade que é inerente à Dignidade da Pessoa Humana, sendo este o seu fundamento. Visa garantir o respeito à essa dignidade, que será refletida em condições dignas de existência. A Sustentabilidade Humanista é um preceito norteador que busca orientar a construção de uma sociedade mais humana, demonstrando, com isso, a valorização da condição de ser humano”. TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações internacionais: desafios da sociedade líquida.** Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/310/TESE%20DE%20DOUTORADO%20ALESSANDRA.pdf>. Acesso em: 03.out. 2021.

¹¹⁶³ SOARES, Josemar Sidinei. **Premissas humanistas para um direito transnacional.** p. 120.

¹¹⁶⁴ Conforme Luño, os direitos humanos podem ser conceituados como “*um conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*” LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** p. 48. Tradução livre: “um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade entre as pessoas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.”

¹¹⁶⁵ Carrio explica que, os direitos humanos derivam dos princípios da inviolabilidade da pessoa, da autonomia da pessoa e da dignidade da pessoa. CARRIO, Genaro R. **Los derechos humanos y su protección:** distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.14.

interno e da soberania, e fizeram com o que passasse a existir “cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.”¹¹⁶⁶

Os direitos humanos têm seus contornos revestidos pela universalidade, inalienabilidade e indispensabilidade, pois, juntamente com a paz e a democracia¹¹⁶⁷, são elementos imprescindíveis à convivência pacífica e harmoniosa dos Estados internamente e na comunidade internacional.¹¹⁶⁸

Evidencia-se a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que promoveu o início de uma nova era, na qual Deus, os costumes e a história deixaram de ser a fonte da lei, com a pessoa passando a sê-lo. Por isso, os direitos da pessoa são inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outra lei ou direito, ou seja, o próprio ser humano é sua origem e objetivo.¹¹⁶⁹ Atualmente, a humanidade assumiu o papel antes atribuído à história ou à natureza; logo, o direito de ter direitos ou o direito de cada pessoa de pertencer à humanidade deve ser garantido pela própria humanidade.¹¹⁷⁰

Para destacar essa valorização da pessoa humana e de sua dignidade é preciso, uma sucinta abordagem, sobre quem ela é: a pessoa humana é um ser vivo composto de corpo, mente e sentimentos; um ser que precisa de um ambiente ecologicamente equilibrado para manter sua vida; um ser que existe, pensa e é dotado de razão; um ser social que necessita da presença de outros humanos para desenvolver-se plenamente; um ser que evolui ao longo do tempo e que estabelece relações dinâmicas e mais complexas a cada dia; um ser que deve ser protegido por normas, que não permitam qualquer tipo de violação e discriminação e que defendam, prioritariamente, a sua dignidade.

¹¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.1.

¹¹⁶⁷ No dizer de Häberle, “o fundamento do Estado Constitucional é duplo: soberania popular e dignidade humana”. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131.

¹¹⁶⁸ Refere Bobbio que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos que lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p.1.

¹¹⁶⁹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: imperialismo, a expansão do poder. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. p. 229-230.

¹¹⁷⁰ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: imperialismo, a expansão do poder. p. 240.

Portanto, o ser humano, entre outras muitas formas, pode ser entendido sob os pontos de vista biológico, filosófico, sociológico, histórico e jurídico. Inicialmente, é imprescindível destacar que a pessoa pode ser vista, com base no aspecto biológico, como um organismo multicelular provido de raciocínio, com características da espécie humana¹¹⁷¹ e que compõe a natureza juntamente com os outros seres vivos. Esse pensamento, decorrente das ciências da natureza, representa “uma visão científico-natural do homem”, mostrando que sua humanidade, ou seja, sua condição de ser humano, aflora do fato de ser pessoa, independentemente da história que o cerca.¹¹⁷² Portanto, a pessoa é considerada como pessoa por pertencer ao gênero humano.

Por outro lado, há a possibilidade de explorar a noção de pessoa humana numa leitura cultural, vendo-a como fruto do ambiente em que vive, ignorando o enfoque promovido pelas ciências da natureza. Nessa concepção, o ser humano é visto como uma página em branco que será completada e escrita ao longo de sua vida e de acordo com o meio social onde estiver inserido. Percebe-se, assim, que a filosofia faz uma divisão entre as ciências da natureza, que observam o homem como uma criatura da natureza, e as ciências do espírito, que compreendem a pessoa inserida numa realidade histórica, da qual ela também é parte.¹¹⁷³

Todavia, esse dualismo pode ser superado pela “perspectiva da fenomenologia” ou seja, “tudo o que pode ser dito e compreendido sobre o ser já é uma determinação do *ser-aí*. Isto quer dizer que qualquer compreensão que o homem possa ter sobre os entes que o cercam e sobre si mesmo já vem amparada por um *mundo* que lhe antecede.”¹¹⁷⁴ Portanto, sob o viés fenomenológico

¹¹⁷¹ “O ser humano é, na verdade, um autômato e o fato de sermos organismos com sensações, sentimentos e conhecimento é parte dessa sequência automática da vida; esses atributos especiais nos permitem viver sob condições extremamente variadas que, de outra forma, tornariam a vida impossível.” GUYTON, Arthur C. **Tratado de fisiologia médica**. 9. ed. Tradução Charles Alfred Esbérard. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1997. p. 3.

¹¹⁷² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.117-118.

¹¹⁷³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais**: a alteridade que emerge da ipseidade. p.118.

¹¹⁷⁴ Menciona Silva Filho que “o *ser-aí* indica o homem a partir de uma perspectiva existencial. É um ente cujo modo de ser é o de guiar-se a partir da compreensão que possui dos demais entes e de si mesmo. É um ente que pressupõe uma *compreensão* existencial, que por ele não é escolhida, pois

desaparece a divisão entre mundo da vida e da cultura, pois tudo é natureza e tudo é cultura ao mesmo tempo. Esse pensamento alicerça a necessidade de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana.

Então, compreendida a noção da pessoa humana e sua importância como um todo, relevante elucidar no que se constitui o valor da dignidade da pessoa humana, sob que aspectos ela pode ser explicada e o que representa na vida de cada ser humano e no ordenamento jurídico.

Refere-se que, a dignidade¹¹⁷⁵, a liberdade e a igualdade, atributos próprios e inerentes à condição humana, representam categorias axiológicas abertas e em permanente transformação no decorrer da história. Tais valores constituem o núcleo dos direitos humanos, visto que todos os seres humanos merecem igual respeito, independente de diferenças de nacionalidade, cor, sexo, religião, posição social e outras.

A dignidade humana pode ser justificada sob vários enfoques, dentre eles os religiosos, filosóficos e científicos. Do ponto de vista religioso, a dignidade pode ser explicada pelo fato de o homem ser criatura de Deus, criado a sua imagem e semelhança. Logo, toda pessoa é um ser digno, pois ocupa lugar de destaque na criação, na posição de filho de Deus. Filosoficamente, a dignidade explica-se em face de a pessoa ser racional, e com base na razão, pautar sua vida e suas ações, possuindo autonomia e constituindo-se em um ser reflexivo. Da mesma forma, cientificamente, argumenta-se que o homem é um ser evoluído e que se encontra no ápice da cadeia do processo evolutivo do mundo.¹¹⁷⁶

As justificativas religiosas, filosóficas e científicas que buscam fundamentar a dignidade, certamente não explicam tudo, pois o conteúdo deste valor

para que possa escolher algo, já tem de possuir uma compreensão prévia. Esta lhe é dada a partir do seu contexto histórico e cultural, a partir dos sentidos que lhe chegam pela linguagem.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais**: a alteridade que emerge da ipseidade. p.119. Grifo do autor.

¹¹⁷⁵ Explica Alves que “a palavra dignidade tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa ‘respeitabilidade’, ‘prestígio’, ‘consideração’, ‘estima’, ‘nobreza’, ‘excelência’, enfim, indica ‘qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência’.” ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109.

¹¹⁷⁶COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.1-8.

é inerente à pessoa humana. Logo, a dignidade da pessoa humana envolve uma

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹⁷⁷

Como se vê, o conceito de dignidade não apresenta uma única face, muito menos constitui um dado objetivo e com limites fixos, visto que se encontra em contínua construção e desenvolvimento, tanto que às vezes é mais fácil concluir sobre o que não é dignidade do que defini-la¹¹⁷⁸. Segundo Sarlet, a dignidade pode ser estudada pelas dimensões: ontológica, intersubjetiva, histórico-cultural e pelo seu caráter dúplice de limite e tarefa.¹¹⁷⁹ Cumpre referir que a menção desses aspectos, não tem o objetivo de promover uma investigação exaustiva do assunto, mas servir de fio condutor para fundamentar a dignidade, que se constitui na base normativa da Sustentabilidade Humanista.

Segundo a dimensão ontológica, a dignidade pode ser entendida como um atributo intrínseco ao ser humano¹¹⁸⁰ e decorre do fato de que toda a pessoa possui razão e consciência para guiar sua conduta; portanto, é capaz de autodeterminar-se.¹¹⁸¹ Dessa forma, os seres humanos são iguais e, ao mesmo tempo, livres, ou seja, possuem autonomia para traçar seu destino e pautar suas

¹¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

¹¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 39.

¹¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional, p.18-33.

¹¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 19.

¹¹⁸¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 67. Menciona que a fórmula universal do imperativo categórico é: "Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer a si mesma lei universal".

ações.¹¹⁸²

A dignidade faz parte da própria condição humana, apresentando-se como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que deve “ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo [...] ser criada, concedida ou retirada.”¹¹⁸³ De acordo com essa visão, a dignidade não existe somente porque é reconhecida pelo direito, tanto internacional, quanto interno, mas porque “constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda a experiência especulativa.”¹¹⁸⁴

Na dimensão da intersubjetividade, a dignidade é explicada em face de a pessoa humana se constituir em um ser individual, que necessita relacionar-se com os demais, ou seja, manter uma ligação social e comunitária com pluralidade.¹¹⁸⁵ Esse aspecto traz a ideia de igual dignidade para todas as pessoas, que, respeitadas suas individualidades, são membros de uma sociedade, de um Estado e de uma comunidade internacional. A intersubjetividade da dignidade é “traduzida num feixe de deveres e direitos [...] relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’.”¹¹⁸⁶

Do prisma histórico-cultural, a dignidade apresenta-se como um valor em construção, um conceito que foi criado, desenvolvido e sedimentado ao longo da história da humanidade, sob a influência da cultura dos povos. Nesse sentido, não representa um dado estático, mas uma realidade que permanece em constante

¹¹⁸² Explica Kant que “todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente essa aptidão de suas máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como decorrência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista dele próprio e, ao mesmo tempo, do ponto de vista de todos os demais seres racionais como legisladores (os quais por isso, para ele se chamam *pessoas*).” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. p. 68.

¹¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 19.

¹¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 20.

¹¹⁸⁵ Menciona Arendt que “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.” ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 16.

¹¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 24.

alteração e interação com o ambiente.¹¹⁸⁷

Ainda, em sede das dimensões, a dignidade pode ser analisada por uma ótica dúplice, em que ao mesmo tempo, representa a autonomia do ser humano e o compromisso de proteção por parte das demais pessoas e do Estado. Então, a dignidade apresenta-se, concomitantemente, como limite e tarefa, ou seja, uma dimensão defensiva e outra prestacional, respectivamente.¹¹⁸⁸

Salienta-se que o ser humano é titular de direitos que devem ser protegidos pelo Estado e pelas demais pessoas e que a fundamentação da dignidade, em sua manifestação jurídica, “significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.”

1189

A dignidade humana configura o ponto fundamental para o desenvolvimento da personalidade no contexto individual, social e comunitário, consistindo em um valor jurídico, que, juntamente com o direito à vida, embasa os demais direitos humanos, servindo de fim supremo de todo o ordenamento jurídico.¹¹⁹⁰ Tal conteúdo compõe a Sustentabilidade Humanista e alicerça a repersonalização dos contratos.

Nessa senda, a dignidade¹¹⁹¹ da pessoa humana mostra-se como valor maior que serve de base para os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral, bem como da solidariedade¹¹⁹², positivados nas

¹¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 27.

¹¹⁸⁸ Para Sarlet na dimensão de limite a dignidade “é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado.” Já, da dignidade como tarefa “decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhes também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 32-33.

¹¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 37.

¹¹⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. p. 99.

¹¹⁹¹ Explica Barroso, que na categoria de “um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. p. 64.

¹¹⁹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e**

Constituições. Tais princípios são elementos que concretizam a dignidade, a permitir que cada pessoa tenha suas qualidades pessoais e sua autonomia, respeitadas. Com base em tais valores, as obrigações contratuais que congregam a autonomia privada, na celebração das operações econômicas, devem se realizar à luz da eticidade, da equidade e da socialidade.

Com isso, o princípio da igualdade¹¹⁹³ com fundamento no gênero humano assegura a necessidade de tratamento igualitário entre às pessoas, proibindo qualquer espécie de discriminação em face de nacionalidade, raça, religião, sexo, idade, estado civil e outras. Com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, “a igualdade não é um dado. [...] Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.”¹¹⁹⁴ Portanto, a igualdade apresenta-se no direito internacional e no interno, como um valor que busca o “respeito à diferença e à diversidade”¹¹⁹⁵ e isso precisa ser considerado nas relações contratuais.

A liberdade, por sua vez, apresenta-se como fator inseparável da dignidade, visto que a pessoa humana somente pode ser digna se for livre, porém a liberdade não abrange toda a dignidade cuja noção é maior. O fundamento da liberdade é a razão, isto é, o homem como ser racional é livre.¹¹⁹⁶ Assim, a liberdade “engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro. O reconhecimento da dignidade, por sua vez, é muito mais difícil. Esse princípio ultrapassa, portanto, tanto os deveres do Estado como os do indivíduo. Ele torna necessária a solidariedade.”¹¹⁹⁷ A concretização da liberdade importa, nos contratos, uma ação

direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

¹¹⁹³ Observa-se que, “a dignidade de cada homem não se encontra apenas naquilo que o iguala a priori, de modo absoluto, aos seus pares, mas também e exatamente naquilo que o distingue, não enquanto pessoa abstrata e universal, senão enquanto ser histórico e concreto, com suas vicissitudes e diferenças personalíssimas, com sua pertença a determinados grupos e classes sociais.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 179.

¹¹⁹⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 150.

¹¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.196.

¹¹⁹⁶ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 75.

¹¹⁹⁷ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena**

negativa do Estado, contudo, quando necessário efetivar outros valores, transparece o dirigismo contratual.

O direito à integridade física e moral também decorre da dignidade, importando na proteção do corpo e do espírito, pois a dor física ou psicológica consegue abalar o equilíbrio do homem tirando-lhe a possibilidade de agir com a razão. Esse viés da dignidade, também aparece com relevo nos contratos.¹¹⁹⁸

O direito de solidariedade integra a dignidade e conduz a que o Estado e a sociedade, como um todo, busquem a proteção dos vulneráveis, e promovam ações para minorar a desigualdade e realizar a justiça social. A solidariedade importa na “consciência racional dos interesses em comum”¹¹⁹⁹, evidencia-se nos contratos pelo solidarismo social, que transparece pelo princípio da função social das obrigações contratuais.

A Sustentabilidade Humanista parte do respeito e da proteção à pessoa humana. Esse valor da dignidade humana se irradia “em relação a outros princípios, âmbitos e instituições constitucionais, [...] sobre os direitos fundamentais, a democracia liberal [...]”¹²⁰⁰ e, também, sobre o direito contratual.

Portanto, a dignidade constitui um valor inerente ao ser humano, que é alguém real e, de forma concreta, constrói sua vida e sua história. A dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e seu conteúdo apresenta-se como base normativa da Sustentabilidade Humanista, que carregada de potencial axiológico, precisa servir de baliza aos contratos, para mantê-los éticos.

A partir dessa premissa, cabe investigar se a Sustentabilidade Humanista pode ser efetivada nas obrigações contratuais, mormente pela noção da boa-fé objetiva, e, ainda, como ela é fundamentada nas decisões judiciais.

fuga incompleta em torno de um tema central. p. 79.

¹¹⁹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 96

¹¹⁹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 112.

¹²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** p. 102.

CAPÍTULO 6

A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA: UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA

A Constituição Federal de 1988 elevou à condição de princípios¹²⁰¹ a proteção à dignidade da pessoa humana e os valores dela derivados, em especial a igualdade, a liberdade, a integridade física e moral e a solidariedade, que, no patamar de direitos fundamentais, constituem cláusulas pétreas.

A positivação da proteção e promoção da dignidade humana em tratados internacionais e nas Constituições do Estados, transformou esse valor em conceito jurídico. Assim, a dignidade da pessoa humana “constitui valor fundamental subjacente às democracias constitucionais”.¹²⁰²

O direito fundamental à dignidade de cada ser humano não se refere somente à proteção contra um tratamento desumano, ou ao respeito à integridade física da pessoa, mas abrange “valores éticos-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação [...] do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.”¹²⁰³

Nos contratos, destacam-se as diretrizes da socialidade, da equidade e da eticidade, com a fixação de valores que devem ser respeitados na celebração e cumprimento dos pactos. Esses parâmetros passam a integrar e normatizar os contratos pelos princípios da função social, do equilíbrio das prestações e da boa-fé objetiva. Em especial, a boa-fé objetiva envolve um conteúdo que eticiza as relações contratuais, que vem a balizar o comportamento dos contratantes e proteger a confiança.

¹²⁰¹ “A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e estilo.” PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. p. 393.

¹²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 62-63.

¹²⁰³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e direito civil**. p. 107.

Diante dessa realidade ético-jurídica oriunda do Estado Democrático de Direito, importante compreender se a boa-fé objetiva, por sua noção e funções, representa um instrumento de efetivação da Sustentabilidade Humanista. Nesse ponto concentra-se a primeira investigação da presente tese para promover a discussão sobre a importância da noção de pessoa humana, em virtude da transformação do direito contratual, e com isso observar o contrato como um reflexo da repersonalização e da constitucionalização do direito.

Ainda, como segunda problemática a ser enfrentada nessa tese, concentra-se a pesquisa da importância do viés argumentativo, utilizado pelos magistrados nas decisões judiciais para promover a fundamentação da boa-fé objetiva, à luz da repersonalização do direito contratual. Assim, perquirir a relevância da fundamentação das decisões judiciais, na aplicação da boa-fé objetiva, e, com isso, analisar o suporte teórico da Argumentação Jurídica pelo pensamento de Manuel Atienza, como uma possibilidade.

Cumprе destacar que, nos capítulos anteriores foram apresentadas as partes descritivas da presente tese, trazendo a fundamentação sobre o assunto. Nesse último capítulo pretende-se formular a parte propositiva da tese com a respectiva resposta às indagações que formam a pesquisa.

6.1 A boa-fé objetiva e a sustentabilidade humanista

O modelo contemporâneo de contrato, à luz da Constituição Federal de 1988, regulamenta um acordo de vontades que cria, modifica ou extingue direitos, que deve se sedimentar no respeito à pessoa humana e a sua dignidade. O contrato não pode ser entendido, nos moldes do modelo clássico, como um instituto que, simplesmente, concedia juridicidade a um negócio jurídico efetivado por sujeitos de direito que, na condição de contratante e contratado, sob a permissão e proteção da lei, celebravam o pacto.

A atual realidade importa na superação da neutralidade e da abstração do

Estado, conduzindo a que o aplicador do direito passe a ver a pessoa humana inserida em um determinado contexto histórico, econômico, social e político, possibilitando uma “leitura interdisciplinar do direito”.¹²⁰⁴ Nessa linha, assinala Martins-Costa que,

em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.¹²⁰⁵

A noção atual de contrato encontra-se sedimentada sobre a autonomia privada, mas irradiada pelos valores constitucionais, que partem da dignidade da pessoa humana e se apresentam por princípios, como a boa-fé objetiva e função social, que fundamentam o direito contratual, inclusive vindo a compor o próprio conceito de contrato. Observa-se, que, a dignidade humana é um “princípio jurídico com status constitucional, e não um direito autônomo”.¹²⁰⁶

A pessoa começou a ser entendida como ser único, insubstituível e portador de valores próprios, por isso merecendo respeito a sua vida, aos seus direitos e a sua dignidade. Essa nova noção vincula-se ao pensamento existencialista e à filosofia da vida, os quais sustentam que cada ser humano vive inserido na sociedade e em constante mutação e adaptação ao meio, pelo fato de se constituir em um ser inacabado e necessitar dessa interação com os demais para completar-se.¹²⁰⁷

Desse modo, a pessoa não pode ser vista apenas como uma abstração

¹²⁰⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 14.

¹²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. p.132.

¹²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. p. 64.

¹²⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p.27-32.

ou generalidade, pois tal entendimento causa uma “reificação ou desumanização”¹²⁰⁸ do direito. A pessoa não pode ser simplificada como um sujeito de direito, titular de direitos e obrigações, ou seja, sua condição concreta de ser humano não pode ser irrelevante diante das obrigações contratuais.

Em que pese os contratos tenham por objeto regular operações econômicas, o respeito à dignidade humana, integra o núcleo de qualquer relação, seja patrimonial ou seja extrapatrimonial. Assim, nas obrigações contratuais, a promoção da dignidade humana apresenta-se pela cláusula geral da boa-fé objetiva, que decorre da eticidade que deve pautar os pactos. A esse pensamento adiciona-se a solidariedade, para compreender a pessoa como parte da própria natureza, o que traz à tona a noção da Sustentabilidade Humanista.

Nessa senda, exsurge que, o crescimento econômico não é a única via que merece prioridade, visto que não pode haver um crescimento infinito em um mundo finito. Resta nítido que não existe separação entre o ser humano e a natureza e que “a Terra não é do ser humano, o ser humano é quem pertence à Terra”.¹²⁰⁹ Há necessidade de tomar consciência que

*todos compartimos un planeta común, que todos somos afectados y que el sufrimiento de nuestros vecinos no es muy diferente del nuestro. [...]. Solamente una acción concertada que establezca un sentimiento colectivo de afiliación con la totalidad de la biosfera nos dará una oportunidad de garantizar nuestro futuro. Para ello, será necesario desarrollar una conciencia biosférica. La civilización empática comienza a emerger. Rápidamente, estamos extendiendo nuestro abrazo empático a toda la humanidad y creando un vasto proyecto de vida que engloba al planeta.*¹²¹⁰

Essa noção perpassa pela construção de uma nova economia, pelo

¹²⁰⁸ CARVALHO explica que quando “as pessoas se reduzem em mero elemento da relação jurídica civil, concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico.” CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. p. 60.

¹²⁰⁹BASTIDA. José Manuel Gutiérrez. **SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología**. p.173-175.

¹²¹⁰ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una consciencia global en un mundo en crisis**. Tradução de Genis Sánchez Barberán e Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. p. 606. Tradução livre: “todos compartilhamos um planeta comum, que todos somos afetados e que o sofrimento de nossos vizinhos não é muito diferente do nosso. [...] Somente uma ação combinada que estabeleça um sentimento coletivo de afiliação com toda a biosfera nos dará a chance de assegurar nosso futuro. Para isso, será necessário desenvolver uma consciência biosférica. A civilização empática começa a emergir. Rapidamente, estamos estendendo nosso abraço empático a toda a humanidade e criando um vasto projeto de vida que envolve o planeta”.

respeito entre as pessoas e dessas com a natureza, o que mantém íntima relação com os contratos.

Com isso, destaca-se a preocupação com o ser humano, o que denota a necessidade de entender a relação contratual sob uma perspectiva humanista. A Carta Magna, sob a égide do Estado Democrático de Direito, estabeleceu como prioridade o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana, refletindo seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. Tal fato revela a primazia do ser humano e a sua colocação no núcleo do ordenamento jurídico.

A constitucionalização do direito civil trouxe uma mudança de enfoque, na medida em que o direito deixou de ter por escopo a tutela do “indivíduo”, do sujeito de direito, e passou a proteger a dignidade da pessoa humana.¹²¹¹ Portanto, como consequência dessa alteração, no atual “sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil, [...], dar a garantia e a proteção prioritárias.”¹²¹² Nesse contexto, os contratos precisam ser compreendidos à luz da repersonalização.

A propósito, os direitos de personalidade previstos nas Constituições, após a Segunda Guerra Mundial, projetaram-se sobre o ordenamento civil e deram origem ao movimento da repersonalização¹²¹³ do direito civil, que se constitui no “reflexo da valorização do tema da dignidade da pessoa humana”¹²¹⁴. No direito contratual tal noção representa a base normativa da Sustentabilidade Humanista.

Observa-se que, todas as pessoas compartilham a biosfera e são dependentes dela, junto com todas as outras formas de vida. Esse ambiente natural encontra-se ameaçado, o que coloca em perigo a espécie humana e ameaça sua

¹²¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, n. 15, ago./dez., 1999.p. 107.

¹²¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e direito civil: tendências**. p. 109.

¹²¹³ Para Silva Filho, a figura da repersonalização do direito civil “passa pela reivindicação da Constituição como verdadeiro sol irradiador de valores e delimitações às normas de direito privado, procurando contrabalançar seu exacerbado patrimonialismo com uma preocupação mais voltada à preservação e promoção da dignidade humana.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Transformações jurídicas nas relações privadas**. p. 176.

¹²¹⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Transformações jurídicas nas relações privadas**. p. 175.

sobrevivência na terra. Desse modo, em um mundo caracterizado pelo individualismo e formado por seres humanos com diferentes pensamentos, a biosfera representa um contexto no qual todos da espécie humana podem se sentir unidos¹²¹⁵. Esse sentimento de solidariedade em que todos os humanos precisam de todos os humanos e todos juntos precisam da biosfera revela a noção da sustentabilidade¹²¹⁶ e precisa estar presente nas relações contratuais.

A Sustentabilidade Humanista tem por fundamento a pessoa e a respectiva proteção e promoção do respeito a sua dignidade, sobre os quais se apoia a repersonalização dos contratos, que por sua vez, tem a expressão maior na eticização dos pactos, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Nos contratos, os valores da Sustentabilidade Humanista são representados pela diretriz da eticidade e apresentam-se pelo princípio da boa-fé objetiva, que decorre do valor maior da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, se constitui em uma das mais fortes manifestações da repersonalização do direito contratual, que tem sua base na Constituição.

Fundamentados na boa-fé objetiva, os contratantes devem ter “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos [...]”. As partes devem agir com lealdade e correção, no intuito de que seja tutelada a confiança depositada naquele pacto. Para tanto, devem portar-se “sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem

¹²¹⁵ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una consciencia global en un mundo en crisis**. Tradução de Genis Sánchez Barberán e Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. p. 589.

¹²¹⁶ Veja-se que “la nueva ciencia nos transporta de una visión colonial de la naturaleza como un enemigo al que saquear y esclavizar, a una nueva visión de la naturaleza como comunidad a la que debemos cuidar. El derecho a explotar, cultivar y adueñarse de la naturaleza convirtiéndola en propiedad se ve atemperado por la obligación de cuidarla y de tratarla con dignidad y respeto. El valor utilitario de la naturaleza comienza a dar paso lentamente a su valor intrínseco.” Tradução livre: “A nova ciência nos transporta de uma visão colonial da natureza como um inimigo a pilhar e escravizar, para uma nova visão da natureza como uma comunidade da qual devemos cuidar. O direito de explorar, cultivar e possuir a natureza, transformando-a em propriedade, é temperado pela obrigação de cuidar dela e tratá-la com dignidade e respeito. O valor utilitário da natureza lentamente começa a dar lugar ao seu valor intrínseco.” RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una consciencia global en un mundo en crisis**. p. 590.

excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”¹²¹⁷

A proteção da confiança, trazida pela boa-fé objetiva, demonstra respeito à dignidade da pessoa e eticiza a relação contratual, que passa a ser “um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes, e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana”¹²¹⁸, isto é, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, que representa a base normativa da Sustentabilidade Humanista.

Essa solidariedade ultrapassa a relação contratual e se estende à necessidade de preservação do meio ambiente, para possibilitar a vida das presentes e futuras gerações. Com isso, a Sustentabilidade Humanista, nos contratos, traz ao mesmo tempo a valorização da pessoa e da natureza – visto que o ser humano é parte dela – e se revela pelo princípio da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, ressalta-se que, o movimento do humanismo¹²¹⁹ colaborou para a evolução da história dos contratos, pois defendia o homem como base em sua individualidade, na sua liberdade e na sua vontade.¹²²⁰ Após, o pensamento de Kant, em que “todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”.¹²²¹

Assim, defendia Kant que tratar a pessoa como um fim significa respeitar sua dignidade, pois, “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não

¹²¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

¹²¹⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 282.

¹²¹⁹ O humanismo pode ser entendido como uma projeção do renascimento nas ciências humanas e se constitui em um “fenômeno cultural complexo. Com raízes fundadas na Idade Média. [...] floresceu, a partir de Itália, desde o séc. XIV, expandindo-se a França e a outros países.” Vê-se que, a visão humanista pressupõe a pessoa como foco do Universo, ou seja, coloca o ser humano “no centro”, a “pessoa-indivíduo”, defendendo a liberdade. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. p. 193.

¹²²⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 737.

¹²²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 64.

admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”¹²²²

Contudo, somente a partir das Declarações de Direitos Humanos e posterior positivação no direito interno dos Estados, por meio de Constituições democráticas e cidadãs, é que a noção da pessoa humana e da sua dignidade atingiram um patamar de relevância. Atualmente, pode-se afirmar que, a noção da dignidade humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito é “aberta”, pois se constrói a cada momento, e “plural”, visto que envolve todas as pessoas. Com isso, a dignidade pode ser identificada como: “1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.¹²²³

A dignidade envolve um conceito “multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito.”¹²²⁴ Assim, não constitui um dado objetivo e com limites fixos, encontrando-se em contínua construção e desenvolvimento.¹²²⁵ Em especial, nos contratos, sua noção não pode ser pré-dada, precisa ser entendida e definida diante do caso concreto e das pessoas envolvidas.

A dignidade da pessoa humana representa o fundamento constitucional da noção de boa-fé objetiva, impondo que as partes sejam leais e corretas, para que não frustrem as legítimas expectativas depositadas no contrato. Tal pensamento, repersonaliza e humaniza as relações contratuais. “É necessário não perder de vista que cada pessoa busca reconhecimento, intersubjetivamente, no sentir-se como membro de instituições, e a autorrealização, que é a busca pela felicidade, naqueles anseios e sonhos que são próprios de cada um.”¹²²⁶

Verifica-se que, a pessoa humana é um ser único, insubstituível, dotado de um valor intrínseco da dignidade, que deve ser respeitada e compreendido,

¹²²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. p. 65.

¹²²³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. p. 72.

¹²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. p. 63.

¹²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39.

¹²²⁶ SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. p. 121.

juntamente com os demais em comunidade (em comum-unidade). Soma-se a essa proteção da dignidade humana, o valor da solidariedade entre as pessoas e para com a natureza¹²²⁷, da qual fazem parte, com o que surge o pensamento da Sustentabilidade Humanista, que se apresenta pela boa-fé objetiva nos contratos.

A par disso, pode-se afirmar, que a Sustentabilidade Humanista decorre de um modo de ser e viver que valorize a pessoa humana e promova o respeito a sua dignidade na totalidade das dimensões. O fundamento da Sustentabilidade é a solidariedade, o compartilhar com o outro, importar-se com o outro, como membro de uma comunidade e como parte da natureza. Esse valor ganha relevância no viés humanista, em especial, nessa pesquisa para compreender os contratantes, não somente como partes, mas pessoas, dotadas de características e qualidades intrínsecas ao ser humano, que os fazem um ser que merece respeito e proteção a sua dignidade.

A Sustentabilidade Humanista tem como base normativa a dignidade da pessoa humana, que precisa ser respeitada nos contratos. A boa-fé objetiva integra-se à autonomia privada e revela-se um instrumento de efetivação da Sustentabilidade Humanista nas relações contratuais, visto que eticiza os pactos e protege a confiança. Por ela, com fundamento na dignidade humana, os contratantes têm dever de conduta, de agir de modo leal, correto, honesto e cooperativo, no sentido de não frustrar expectativas depositadas naquela relação.

Nessa sentido, aponta-se como importante caminho, a via do capitalismo humanista, que representa, “[...] um capitalismo entendido e regido pela ótica dos direitos humanos multidimensionalmente adensados e considerados para o fim da

¹²²⁷ Também, se coaduna com o pensamento da Sustentabilidade a responsabilidade que decorre da ética de agir de modo leal e correto com todas as pessoas, visto que cada um é responsável pelo outro, bem como pelo futuro. Essa responsabilidade é um princípio ético. Para Jonas, na era tecnológica coloca-se o “*la responsabilidade en el centro de la ética*”. p. 17. A partir desse pensamento, o autor formula um novo imperativo categórico, com o olhar para o agir coletivo, mencionando que: “*obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra*”. p. 40. JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995. Tradução livre: “a responsabilidade no centro da ética”. “Age de tal modo que as consequências dos teus atos sejam compatíveis com a permanência da vida humana na Terra”.

satisfação da dignidade da pessoa humana e do planeta.”¹²²⁸ Explicam Sayeg e Balera que a

Dignidade humana e planetária é meta direta, explícita e concreta do capitalismo humanista, compreendendo a vida plena no ideal da fraternidade, inserido numa economia humanista de mercado sob o predomínio de relativo individualismo, condicionado a que todos tenham simultaneamente satisfeitos os respectivos direitos humanos em todas as suas dimensões, consoante a condição humana biocultural com suas liberdades individuais e acesso assegurado a níveis dignos de subsistência em um planeta digno.” ¹²²⁹

Também, invoca-se o pensamento de Cucinelli que propõe um capitalismo humanista, defendendo que qualquer projeto “*deve avere come fine ultimo l’uomo e la sua dignità*”.¹²³⁰ Defende que a dignidade humana é, verdadeiramente, a pedra angular e dela nasce a visão do mundo necessária a qualquer esperança para os tempos vindouros.¹²³¹ Assim, “*sono indispensabili per la vita la serietà, il coraggio, la trasparenza delle proprie azione; in altre parole il rispetto dela dignità, propria e altrui*”.¹²³²

Nesse viés humanista, Cuccinelli relata que na sua condição de empresário se imaginava lucrando, “*però con etica, dignità e morale, cercando di dare corpo all'affascinante relazione tra 'profitto e dono' che mi portava a sentirmi, nel piccolo, un custode del Creato*”.¹²³³

Assim, Cucinelli defende o "capitalismo humanista", que se apresenta por

¹²²⁸ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista**: filosofia humanista de direito econômico. p. 183.

¹²²⁹ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista**: filosofia humanista de direito econômico. p. 183.

¹²³⁰ CUCINELLI, Brunello. **Il sogno di Solomeo**: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico. Milão: Feltrinelli, 2018. p. 41. Tradução livre: “deve ter o homem e sua dignidade como objetivo final.”

¹²³¹ CUCINELLI, Brunello. **Il sogno di Solomeo**: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico. p. 53.

¹²³² CUCINELLI, Brunello. **Il sogno di Solomeo**: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico. p. 66. Tradução livre: “a seriedade, a coragem, a transparência das próprias ações são indispensáveis para a vida; em outras palavras, respeito pela própria dignidade e a dos outros.”

¹²³³ CUCINELLI, Brunello. **Il sogno di Solomeo**: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico. p. 62. Tradução livre: “mas com ética, dignidade e moral, tentando concretizar a fascinante relação entre 'lucro e presente' que me fazia sentir, um pequeno, um guardião da criação.”

uma economia humanista,¹²³⁴ “que responda de forma nobre às regras de ética que o homem definiu ao longo dos séculos” ou seja, um capitalismo em que o lucro não envolva dano ou ofensa às pessoas ou às coisas, que parte de qualquer iniciativa capaz de melhorar concretamente a condição da vida humana, em que o bem comum seja um instrumento para a busca de ações prudentes e corajosas e que o homem esteja no centro de qualquer processo de produção, porque somente assim a dignidade será restaurada, visto que não pode haver qualidade sem a humanidade.¹²³⁵

Aplicando esse pensamento aos contratos, vê-se que a Sustentabilidade Humanista pode ser efetivada pelo princípio da boa-fé objetiva, que, por sua vez, concretiza o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana. Embora as relações contratuais envolvam operações econômicas, o valor monetário não pode ultrapassar a pessoa humana, e o respectivo respeito à sua dignidade.

Em uma sociedade justa, plural e igualitária, o contrato deve representar uma forma de promover a liberdade, por meio do desenvolvimento, a que todos tenham acesso. Esse desenvolvimento precisa ser “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Na liberdade contratual acontece do mesmo modo, necessário que se retire as fontes de privação dessa autonomia, representadas pelas “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”¹²³⁶

Com isso, vê-se que a ausência de liberdades substantivas não efetiva a boa-fé objetiva e, por sua vez, a Sustentabilidade Humanista. Ela tem relação direta com “a pobreza econômica”, que retira das pessoas a liberdade para celebrar contratos, visto que não têm condições de escolher, pois não têm acesso aos bens

¹²³⁴ Como uma outra forma de humanizar e respeitar a dignidade da pessoa humana, apresenta-se o Bem Viver, previsto na Constituição do Equador, que se fundamenta na ética do suficiente para a comunidade e não apenas para o indivíduo. Sua preocupação central não é acumular e viver melhor, mas sim “viver bem aqui e agora, sem arriscar a vida das futuras gerações”. ACOSTA, Alberto. *El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. p. 61.

¹²³⁵ CUCINELLI, Brunello. *Il sogno di Solomeo: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico*. p. 73-74.

¹²³⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16-17.

materiais. O “mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria”, que ficam privados de adquirir comida, remédios, roupas, de morar dignamente, ter água tratada e saneamento básico.¹²³⁷

Pelo viés humanista, indispensável considerar “a construção da infinitude da consciência em cada indivíduo”, dito de outro modo, “a necessidade que cada um tem de renovar-se como pessoa, de construir novos hábitos, novos objetivos, sendo que esses novos estilos de vida nascem das relações intersubjetivas que se constroem no decorrer da vida.”¹²³⁸ E o direito contratual não pode ficar alheio a esse projeto de repersonalização fundamentado na Constituição Federal.

Assim, apresenta-se a boa-fé objetiva para tutelar a confiança¹²³⁹, por meio da imposição de deveres de conduta, no acordo de vontades dos contratantes, que expressam respeito à dignidade da pessoa. “Em outras palavras, o contrato não envolve só a *obrigação de prestar*, mas envolve também uma *obrigação de conduta!*”¹²⁴⁰ Com isso, promove a eticização da teoria contratual e determina a valorização da “dignidade da pessoa” acima da “autonomia do indivíduo”.¹²⁴¹

Em resposta à primeira problemática da pesquisa, sustenta-se que: a boa-fé objetiva revela-se um instrumento de concretização da dignidade humana, ou seja, da Sustentabilidade Humanista nas relações contratuais, visto que repersonaliza o pacto e impõe a eticização da relação, pelo dever de conduta que as

¹²³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 17.

¹²³⁸ SOARES, Josemar Sidinei. **Premissas humanistas para um direito transnacional**. p. 121.

¹²³⁹ *El valor central que en último término subyace a la buena fe contractual en cuanto principio ordenador de la relación obligatoria es la confianza que implica la relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato. La existencia y protección de esa confianza constituye un presupuesto básico e indispensable para la realización de intercambios y el desarrollo del tráfico jurídico en general, sin la cual el comercio y gran parte de las demás relaciones económicas que se canalizan a través del contrato no resultan siquiera imaginables.*” OLEA, Adrián Schopf. *La buena fe contractual como norma jurídica*. **Revista chilena de derecho privado**. n. 31 Santiago, 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>. Acesso em 10 mai. 2021. p. 14. Tradução livre: “O valor central que, em última análise, está por trás da boa-fé contratual como princípio ordenador da relação vinculativa é a confiança que fundamenta o contrato e implica em uma relação de troca e cooperação. A existência e proteção dessa confiança constitui um pressuposto básico e indispensável para a realização de trocas e o desenvolvimento do tráfico legal em geral, sem o qual o comércio e grande parte das demais relações econômicas que são canalizadas através do contrato nem sequer resultam imagináveis.”

¹²⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p.218. Grifo da autora.

¹²⁴¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. p. 281.

partes assumem de agir de modo leal e correto, tanto nas fases pré-contratual, quanto contratual e pós-contratual.

Portanto, à luz da Sustentabilidade Humanista e com intuito de efetivar a dignidade da pessoa humana, os contratos devem ser instrumento de circulação de riquezas, em um ambiente pautado pela boa-fé objetiva, haja vista o respeito pela pessoa do outro e pelas legítimas expectativas depositadas no pacto. Isso significa não só acumular, mas sim, distribuir riqueza e renda, para começar a estabelecer as bases de uma sociedade mais justa e equitativa, isto é, mais livre e igual. Nesse prisma, cumpre analisar como ocorre a aplicação da boa-fé objetiva nas decisões judiciais, a partir da argumentação jurídica.

6.2 A fundamentação da boa-fé objetiva e a importância da argumentação jurídica pelo pensamento de Manuel Atienza

Inicialmente pontua-se que, na primeira parte da problemática da pesquisa chegou-se à tese propositiva de que a boa-fé objetiva representa um instrumento de concretização da Sustentabilidade Humanista nos contratos, por meio do respeito à pessoa humana e da promoção da sua dignidade.

A partir disso, em um segundo momento, cabe analisar a sua aplicação diante de uma lide contratual posta sob *judice* e indagar: qual o suporte teórico da argumentação jurídica, que o julgador deve levar em conta na fundamentação da decisão, para preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos e, com isso, viabilizar a efetivação da Sustentabilidade Humanista? Uma importante resposta pode ser obtida, sob o olhar da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza, como se passa a expor.

Verifica-se que, as relações contratuais ganharam relevância no mundo contemporâneo, o que conduziu o contrato ao centro da vida dos negócios.¹²⁴²

¹²⁴² Assevera Lôbo, que o contrato é um instituto que “jurisdiciza o fenômeno mais frequente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa

Nesse contexto, as obrigações contratuais encontram-se, por um lado, subjugadas ao mercado e a economia capitalista, que buscam o lucro e a acumulação, de modo desenfreado, inclusive em detrimento à pessoa humana; de outro lado, disciplinadas à luz da Constituição Federal, que provocou a repersonalização dos contratos, com a primazia da pessoa sobre os interesses econômicos.

Cumprir mencionar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios¹²⁴³ que servem de fundamento ao Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana. Disso se depreende que a pessoa, como um todo e inserida no meio social, deve ser vista como núcleo do ordenamento jurídico, que, por sua vez, tem como finalidade proporcionar-lhe o pleno desenvolvimento, favorecendo a formação de uma sociedade justa e igualitária.

Nessa linha, surge a importância de uma prestação jurisdicional de qualidade, em que a fundamentação das decisões que envolvem lides na seara contratual, não seja somente um requisito legal a ser cumprido pelo magistrado, mas que contenha a aplicação e interpretação dos valores constitucionais de respeito à pessoa humana, que se apresentam como fundamento da boa-fé objetiva nos contratos.

Refere-se que a aplicação do direito pode ser compreendida como “*la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una certa consecuencia normativa para un caso individual determinado.*” Assim, o magistrado procura mostrar na fundamentação da decisão, que o caso individual se encaixa em um caso genérico estabelecido na norma jurídica e que a mesma traz alguma

em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água.” LÔBO, Paulo Luiz. **Transformações gerais do contrato**. p. 103.

¹²⁴³ Explica Negreiros que no texto constitucional, “os princípios assumem um papel fundamental, pois, [...] é a partir deles que o sistema se estrutura e unifica. Assim, a norma constitucional é aquela que traduz a filosofia de vida, o espírito do ordenamento, que, não obstante ser integrado por normas inspiradas em valores diversos, contém, “valores e [...] princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora.” NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. p. 170.

consequência, essa operação se denomina de subsunção.¹²⁴⁴

Contudo, quando se trata da aplicação de normas de caráter aberto – cláusulas gerais e princípios, observa-se que a operação lógica da subsunção, acaba não sendo adequada e deve ser substituída pela ponderação, que revela os traços centrais “*de la aplicación del Derecho em la cultura del constitucionalismo*”.¹²⁴⁵

O princípio da boa-fé objetiva, como regra de conduta, rege as relações contratuais com a finalidade de proteger a confiança. Cabe ao intérprete analisar a conduta das partes para verificar se no contexto do contrato ela se coaduna com a realização das legítimas expectativas. Como mencionado, seu conteúdo encerra uma cláusula geral, por isso depende do trabalho hermenêutico e argumentativo do julgador, que, avaliando todo o complexo contratual, emite um juízo, levando em conta a lealdade das partes e a moralidade das suas pretensões.¹²⁴⁶

Na aplicação dos princípios, o magistrado deve recorrer a hermenêutica e a argumentação, visto que se constituem em norma jurídica de caráter axiológico e necessitam do cotejo entre o litígio e o valor protegido pela norma para sua concretização. Explica Guastini que, “*los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, ‘concretización’*”.¹²⁴⁷

Também, no que tange às cláusulas gerais “*sono generiche, indeterminate e per questo elastiche, ovvero bisognose di concretizzazione e integrazione valutativa per opera dell’interprete affinché se ne possa determinare il significato*”.¹²⁴⁸

¹²⁴⁴ MORESCO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 99-100. Tradução livre; “a atividade que consiste em determinar a norma individual que estabelece uma determinada consequência normativa para um determinado caso individual.”

¹²⁴⁵ MORESCO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. p.100.Traduça livre: “da aplicação do direito na cultura do constitucionalismo”.

¹²⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 1995. p. 20.

¹²⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México, DF: UNAM, 2001. p. 137 Tradução livre: “Os princípios não são adequados por si próprios para oferecer a solução de controvérsias específicas: geralmente precisam, como se costuma dizer, de ‘concretização’.”

¹²⁴⁸ VELLUZZI, Vito. **Le clausele generali: semantica e politica del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 26. Tradução livre: “são genéricas, indeterminadas e, portanto, elásticas, ou seja, precisam

Desse modo, as cláusulas gerais precisam ter o seu conteúdo preenchido diante do caso concreto, envolvendo uma atividade hermenêutica e argumentativa do magistrado, mais complexa e trabalhosa, e especialmente, fundada nos valores constitucionais.

Verifica-se a existência de dois critérios para a aplicação das cláusulas gerais: o primeiro refere-se a limitação do “direcionamento do mandato” que o legislador atribuiu ao intérprete para que complete o enunciado; o segundo relaciona-se com as “pautas de valoração” indicadas no sistema jurídico ou extrassistema (valores “objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera”).¹²⁴⁹

No caso da boa-fé objetiva, o primeiro critério é a hipótese normativa em que o legislador atribuiu ao magistrado o poder de avaliar se os contratantes cumpriram o dever de conduta de agir de modo leal e correto naquela obrigação contratual. No segundo compreender o conteúdo do que seja a conduta de agir de modo leal e correto. Logo, a valoração da conduta deve ser buscada à luz da Constituição Federal, mais especificamente, com fulcro na dignidade da pessoa humana, que representa o conteúdo normativo central do ordenamento jurídico. Observa-se a necessidade de uma atividade hermenêutica e argumentativa do magistrado para a fixação do conteúdo da cláusula da boa-fé objetiva no caso concreto e singular, e como já mencionado para que efetive a Sustentabilidade Humanista.

Por exemplo, o magistrado deve analisar o núcleo da vontade das partes, a declaração negocial e seus objetivos, os interesses econômicos envolvidos, a confiança depositada, as circunstâncias da formação e da execução do contrato e a extensão da autonomia privada das partes. Desse modo, com base nas respostas obtidas, deve construir o conteúdo da boa-fé objetiva de acordo com a os valores constitucionais, pois a abertura não pode levar a arbitrariedade. Ainda, deve ver a pessoa humana como um ser real que se encontra inserido em um meio social, visto que não pode pressupor o que só pode ser visto no caso concreto.

ser concretizadas e avaliadas pelo intérprete para que seu significado possa ser determinado”.

¹²⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. p. 173.

Assim, a boa-fé objetiva é uma norma dotada de vagueza, cuja aplicação deve ocorrer por meio de valores objetivamente trazidos pela moral social. O legislador deixou de estabelecer a norma de forma fechada, para que o intérprete buscasse sua concreção na moral, na sociedade e nos costumes, com base nos valores constitucionais. Vê-se que, a norma positiva a boa-fé objetiva no Código Civil expressa um princípio, que se apresenta no sistema jurídico por meio de uma cláusula geral.

Atienza defende que no Estado Constitucional acontece uma certa prioridade do elemento valorativo do direito, sobre o autoritário, o que não implica desprezar o legalismo, mas sim a defesa desses valores positivados. Desse modo, o que deve orientar o jurista não é o menosprezo pelas regras ou pela subsunção, mas sim *“el propósito [...] de lograr algún tipo de ajuste que integre em un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios”*.¹²⁵⁰

Nos contratos, o conteúdo constitucional¹²⁵¹ trazido pelo Estado Democrático de Direito provocou a repersonalização do instituto, para restabelecer a primazia da pessoa humana, que deve ser vista de modo real e inserida no meio social. Com isso, a Constituição trouxe significativas mudanças no direito contratual relativizando o princípio da autonomia da vontade, e acrescentou em seu conceito, a função social e a boa-fé objetiva. Porém, essas alterações encontram resistência de aplicadores que, ainda, vinculados a uma concepção liberal-individualista realizam uma interpretação da cláusula geral e do princípio da boa-fé objetiva, que não se coaduna com os valores constitucionais.

Assim, explica Atienza que, na atual teoria constitucionalista do direito

¹²⁵⁰ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013. p. 39-40. Tradução livre: "o objetivo [...] de alcançar algum tipo de ajuste que integre em um todo coerente a dimensão de autoridade do Direito com a ordem dos valores expressos nos princípios."

¹²⁵¹ Silva Filho menciona que "a Constituição surge assim como um manancial de normas e princípios transformadores dos clássicos institutos e conceitos do Direito Civil. Porém, a implantação desta tendência encontra-se obstada pela manutenção de uma estrutura lógico-racional ultrapassada, onde o pensamento dedutivo-conceitual, brindado pelo enfoque positivista prevalecente, reserva para os princípios e normas constitucionais um papel menos efetivo e mais retórico." SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 267.

existem três perspectivas para diferenciar as regras dos princípios jurídicos, nos enunciados jurídicos, sendo elas: a estrutural, a funcional e a do poder ou dos interesses sociais. A primeira compreende as normas em sua estrutura “como entidades organizadas de uma certa forma, de forma condicional, onde se pode distinguir condições de aplicação que constituem o caso (o suposto de fato) e soluções normativas (as consequências jurídicas).” Dentro desse contexto, a norma pode se apresentar como regra ou princípio e a diferença entre ambos decorre das “condições de aplicação”, ou seja, elas são “fechadas” nas regras e “abertas” nos princípios.¹²⁵²

Na dimensão funcional dos enunciados jurídicos, observa-se a função que as regras e os princípios desempenham no “raciocínio jurídico”. Nesse ponto, as regras “são tipos de razões peremptórias, ou seja, que se se aplicam ao caso então funcionam como uma razão para realizar o estabelecido na regra, sem ter que entrar em um processo de deliberação, sem considerar outras possíveis razões.” Em sentido contrário, os princípios são razões “não peremptórias [...]”; dão uma razão para se comportar de uma certa maneira, mas não afastam totalmente outras possíveis razões, as quais conduzem a um processo de ponderação para verificar em uma situação dada, qual tem mais força.” Desse modo os princípios exigem uma deliberação na sua aplicação.¹²⁵³

Na terceira perspectiva dos enunciados jurídicos denominada de poder ou dos interesses sociais, Atienza analisa as conexões entre as normas e o poder, para verificar que os princípios e regras têm “papéis distintos em relação com os interesses sociais”.¹²⁵⁴ Sustenta que, as normas jurídicas têm ligação com o poder e com os interesses sociais, seja por que “são resultado de interesses e de relações de poder”, seja por que “o exercício desses poderes produz como efeito

¹²⁵² ROESLER, Claudia Rosane. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogos entre a Prof.^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROSLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

¹²⁵³ ROESLER, Claudia Rosane. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogos entre a Prof.^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. p. 44.

¹²⁵⁴ ROESLER, Claudia Rosane. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogos entre a Prof.^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. p. 45.

determinadas alterações nas relações de poder e nos interesses existentes na sociedade”. Nesse caso, o poder “é um tipo de relação em que os sujeitos que participam dela estão em uma situação de desigualdade, na medida em que uns podem afetar os interesses de outros.”¹²⁵⁵

Desse modo, Atienza destaca o viés do pragmatismo jurídico, que leva a compreender o direito como argumentação. Explica que o constitucionalismo¹²⁵⁶ ou essa nova concepção de Direito “*supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto em términos cuantitativos como cualitativos*”.¹²⁵⁷ E ainda, leva em consideração que “*el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político*.”¹²⁵⁸

Nessa linha, com base no pensamento de Atienza, compreende-se que a Teoria da Argumentação Jurídica deve envolver a combinação das concepções formal, material e pragmática. Pela primeira perspectiva, observa-se que os argumentos têm forma, têm estrutura e quem se ocupa deles é a lógica formal. Contudo, ela possui limites, que consistem em seu caráter formal, que não se preocupa com os argumentos, mas somente com os esquemas dos argumentos (haverá duas premissas - um antecedente e outra consequente - e uma conclusão). Essa lógica dedutiva não se revela um “instrumento suficiente para o estudo e

¹²⁵⁵ ROESLER, Claudia Rosane. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogos entre a Prof.^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. p. 71.

¹²⁵⁶ Refere-se que Atienza ao ser entrevistado para o site Consultor Jurídico, foi, assim, indagado: “o senhor, então, se opõe ao neoconstitucionalismo?” Respondeu que: “a reação frente a esses excessos formalistas não pode incorrer no excesso contrário. Sou partidário de uma concepção pós-positivista (constitucionalista), próxima a de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou MacCormick, que se opõem tanto ao positivismo jurídico (a qualquer tipo de positivismo) quanto ao ‘neoconstitucionalismo’. A ideia central é que o Direito não pode ser concebido simplesmente como um sistema de normas, mas, fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social que trata, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, de satisfazer a uma série de fins e valores que caracterizam essa prática. Por isso dou tanta importância à argumentação: por entender que é o instrumento adequado para obter esses objetivos, que são, afinal, garantir os direitos fundamentais das pessoas.” ATIENZA, Manuel. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em 08.09.2021.

¹²⁵⁷ Tradução livre: “Supõe uma demanda maior de justificativa, de argumentação, no Direito: tanto em termos quantitativos quanto qualitativos”.

¹²⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 29-30. Tradução livre: “O raciocínio jurídico não pode ser configurado como um raciocínio ‘insular’: o raciocínio jurídico tem, necessariamente, um componente moral e político.”

manejo dos argumentos”, mas é necessária para a argumentação. Destaca Atienza, que necessário observar que onde “*acaba a deducción empieza la arbitrariedad*”.¹²⁵⁹

Assim, a lógica formal revela-se insuficiente para o julgador¹²⁶⁰ motivar o cumprimento ou a violação da boa-fé objetiva em um determinado contrato. A função do julgador frente à cláusula geral da boa-fé objetiva, envolve “a descoberta de obrigações implícitas nos variados tipos contratuais, dos deveres anexos de cada um dos contratantes, dos deveres principais ou deveres essenciais naquele tipo contratual, da eventual influência das normas imperativas” que são incidentes sobre a relação contratual sob *judice*.¹²⁶¹ E acrescente-se, a relevância da missão do magistrado em fixar o conteúdo da boa-fé objetiva na fundamentação da decisão, observando o fundamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

Já pela concepção material da teoria de Atienza, a argumentação não envolve apenas uma série de proposições apresentadas, mas envolve, também, “*la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre como es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre como debe alguien actuar en él.*”¹²⁶² Logo, o centro está nas premissas e na conclusão, interessando, nas primeiras não sua estrutura, mas o seu conteúdo, o que elas contêm de verdade e de correção,¹²⁶³ ou seja, as boas razões são as que correspondem a verdade dos fatos.

Nessa perspectiva, as premissas envolvem as razões, que derivam dos fatos e são utilizadas para resolver os problemas. O raciocínio jurídico engloba as razões, que são as premissas, que se formam no sistema jurídico e extrassistema.

¹²⁵⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 170-186. Tradução livre: “onde acaba a dedução começa a arbitrariedade”.

¹²⁶⁰ Observa-se que a função jurisdicional no Estado constitucional representa “*un instrumento de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y de la corrección jurídica de los desarrollos normativos y también sostenemos que la independencia y el exclusivo sometimiento a derecho de los jueces es requisito necesario para la efectividad y funcionamiento de esta importante garantía.*” FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 256. Tradução livre: “um instrumento de garantia dos direitos e interesses dos cidadãos e da correção jurídica dos desenvolvimentos normativos e defendemos ainda que a independência e submissão dos juízes ao direito é um requisito necessário à eficácia e ao funcionamento desta importante garantia”.

¹²⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 399.

¹²⁶² Tradução livre: “A atividade de apresentar razões (boas razões) sobre como é o mundo (algum aspecto dele) ou sobre como alguém deve agir nele.”

¹²⁶³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 275.

Destaca-se que, a utilização das razões expõe o problema e “*la relevancia y el peso o la fuerza de las premissas*”¹²⁶⁴, bem como a relação entre as razões jurídicas e morais.

À luz da concepção material no pensamento de Atienza, pode-se afirmar que, para o magistrado elaborar a justificação de uma sentença que envolve o conteúdo da cláusula da boa-fé objetiva nos contratos, precisa levar em consideração a lei, mas com a adição do elemento valorativo trazido pelo constitucionalismo, que se revela pela eticização do pacto e consequente respeito à dignidade da pessoa humana, diante do caso concreto e singular. Para tanto, precisa considerar a pessoa humana como um ser real¹²⁶⁵, inserido no meio social, que o torna único e diferente dos demais.

Nesse sentido, afirma Aguiar Júnior que no caso das cláusulas gerais existe “uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso”.¹²⁶⁶

Assim, a boa-fé objetiva impõe uma conduta leal e correta dos contratantes, para proteger a confiança e não frustrar as legítimas expectativas que formam a base do negócio, ou seja, que representam um conjunto “de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição de riscos.”¹²⁶⁷

Na concepção pragmática de Atienza, não se observa a inferência ou as premissas, mas sim que a argumentação consiste em uma atividade que tem por

¹²⁶⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 282. Tradução livre: “a relevância e o peso ou força das premissas”.

¹²⁶⁵ Pela repersonalização da relação contratual necessário considerar o outro da relação, bem como sua alteridade “que se revela claramente negada nas situações de exclusão social e de intensa fragilização dos atributos que pertencem à personalidade humana: sua sexualidade, estado psíquico, disposição do seu corpo e integridade física, opiniões, pensamentos, credos, nome, imagem, honra. Em outras palavras: o atendimento às suas necessidades fundamentais.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Transformações jurídicas nas relações privadas**. p. 180-181.

¹²⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista Direito do Consumidor**, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun., 1995. p. 20.

¹²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 291.

finalidade convencer e persuadir sobre algo. No caso da argumentação jurídica, o que importa é justificar a decisão. Pode ser compreendida no viés da retórica ou da dialética: no primeiro somente uma das partes, age na função de orador e os demais são destinatários, na condição de ouvintes, a serem convencidos; na dialética, os participantes têm função ativa, nos papéis de proponente e oponente, visto que a contradição é o seu núcleo.¹²⁶⁸

Em resposta à segunda problemática, pelo pensamento de Atienza, afirma-se que a argumentação jurídica na fundamentação de decisão que visa preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva em uma relação contratual, não pode se limitar a uma dimensão, sendo necessária a combinação delas, ou seja: elementos formais (lógico-dedutivos), os materiais (razões) e os pragmáticos (persuasão), para que o magistrado chegue a uma boa argumentação. Nenhuma perspectiva sozinha é adequada, e o juiz não pode esquecer, que o discurso jurídico não é só sobre aceitação ou consenso, mas também envolve valores como “*la justicia, la verdad o la certeza*.”¹²⁶⁹

E esses valores ganham relevância, quando a decisão judicial está a preencher a noção da cláusula geral da boa-fé objetiva, pois tem como conteúdo a conduta leal, correta e a proteção da confiança na obrigação contratual, que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, diante do caso concreto.¹²⁷⁰ Assim, para que a boa-fé objetiva seja um instrumento de efetivação da Sustentabilidade Humanista, o magistrado precisa conectar as três concepções com algum valor básico do sistema jurídico, nesse caso a dignidade da pessoa humana.

Essa conexão das concepções com o valor da dignidade da pessoa humana, para aplicação da boa-fé objetiva, revela uma argumentação jurídica que traz certeza (perspectiva formal), a verdade e a justiça (perspectiva material) e a

¹²⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 365-366.

¹²⁶⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p. 373. Tradução livre: “a justiça, a verdade ou a certeza”.

¹²⁷⁰ Cumpre mencionar que, ainda hoje “as pessoas são, no negócio jurídico, tratadas, em termos abstractos, como declarante ou declaratário, como credor ou devedor, não chegando a afivelar a máscara dos concretos papéis e situações que os diferenciam, no domínio das operações económicas e das relações sociais.” RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.155.

aceitabilidade e o consenso (perspectiva pragmática). Assim, a aplicação da boa-fé objetiva não pode se desvincular do seu fundamento constitucional que é o respeito a pessoa humana e a promoção de sua dignidade.

No pensamento de Atienza haverá uma motivação¹²⁷¹ ideal na decisão judicial quando forem apresentadas boas razões, de forma adequada e que a persuasão seja possível. Menciona que, considera-se uma boa fundamentação da decisão judicial,

*un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido – deductivo o no –; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuale de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad.*¹²⁷²

Desse modo, sustenta-se a importância da argumentação jurídica na atividade judicial, no Estado Democrático de Direito, que se expressa no dever de fundamentação das decisões¹²⁷³, que revela a transparência da prestação jurisdicional e serve de instrumento para a efetivação de valores constitucionais. Assim, o Poder Judiciário não se desincumbe de sua função, somente prestando a jurisdição, pois há a necessidade que essa prestação jurisdicional seja efetiva¹²⁷⁴, no

¹²⁷¹ Menciona-se que “*motivar una decisión es justificarla, aportar razones que permitan considerarla como correcta o aceptable, en el ámbito de la teoría jurídica*”. ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. p. 172. Tradução livre: “motivar uma decisão é justificá-la, fornecer razões que permitam que ela seja considerada correta ou aceitável, no campo da teoria jurídica”.

¹²⁷² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 549. Tradução livre: “um raciocínio que possui uma estrutura lógica reconhecível e que satisfaz um esquema de inferência válido - dedutivo ou não -; baseado em premissas, razões, relevantes e suficientemente sólidas (pelo menos, mais sólidas do que aquelas que poderiam ser aduzidas a favor de outra solução); e que ele realmente persuade ou teria que persuadir um público a atender a certas condições ideais: informação suficiente, atitude imparcial e racionalidade.”

¹²⁷³ *Explica Taruffo que “la obligación de motivar requiere que la justificación de la decisión sobre los hechos exista, sea completa y sea además, coherente.”* TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 270. Tradução livre: “a obrigação de motivar requer que a justificação da decisão sobre os fatos exista, seja completa e seja ademais, coerente.”

¹²⁷⁴ Observa-se que, “*la tutela judicial efectiva de las pretensiones que se dirigen a la jurisdicción puede ser entendida como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria.*” FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. p. 241. Tradução livre: “A proteção judicial efetiva das demandas dirigidas à jurisdição pode ser entendida como um mecanismo de defesa dos indivíduos, das minorias

sentido de promover uma ordem jurídica justa, por meio de um resultado adequado e útil, que concretize os valores constitucionais.

Em especial, nos contratos, o julgador¹²⁷⁵ precisa considerar na aplicação da boa-fé objetiva que a tutela da dignidade da pessoa humana supera os interesses patrimoniais envolvidos na lide, constituindo a Sustentabilidade Humanista. Assevera Bodin de Moraes que a proteção da pessoa representa “valor cardeal do sistema”. Neste sentido, essa proteção “não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor da pessoa.”¹²⁷⁶

Pela boa-fé objetiva emerge a importância da alteridade, momento que se privilegia a dignidade da pessoa humana e se efetiva a Sustentabilidade Humanista nos contratos. Não existe Sustentabilidade e nem dignidade, se o contrato não atender ou violar as necessidades fundamentais do ser humano, se frustrar as legítimas expectativas e se cada pessoa não for vista como alguém real, que tem uma história e particularidades que a distinguem dos demais e a fazem um ser único.

Ao lado da necessidade de proteger a confiança nos contratos pelo princípio da boa-fé objetiva e efetivar a Sustentabilidade Humanista, necessário ressaltar que, há grande e expressiva parte da população excluída socialmente, que sequer tem acesso à circulação e distribuição de bens, encontrando-se à margem dos contratos, vivendo no mais completo abandono e desrespeito a sua condição humana. Tal fato retrata uma sociedade desigual, um sistema econômico excludente

e de seus direitos contra a ação política majoritária”.

¹²⁷⁵ Cumpre referir que “*el juez ya no es la ‘boca que pronuncia las palabras de la ley’ sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario.*” ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. **La argumentación en el derecho**: algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 42. Tradução livre: Se o juiz não é mais a “boca que pronuncia as palavras da lei”, mas sim o depositário de um poder que se exerce com certas amplitudes, deve então comprovar a racionalidade de suas decisões, pois aí reside sua principal fonte de legitimidade. Em suma, deve provar que este exercício de poder mais ou menos discricionário não é, no entanto, um exercício arbitrário.

¹²⁷⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. p. 121.

e um sistema jurídico que não concretiza os valores constitucionais.

A propósito, necessária uma linha hermenêutica e um suporte teórico da Argumentação Jurídica que promovam a filtragem dos valores contidos na Constituição Federal, nas relações contratuais, para compreender a importância da pessoa humana e não só vê-la como um sujeito de direitos.

Assim, à luz da Sustentabilidade Humanista indispensável perceber a primazia da pessoa e da proteção da sua dignidade. E com isso entender que “o respeito à pessoa humana, única em sua individualidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez o único princípio de coerência possível em um democracia humanista, e que, confia-se, um dia venha a ter alcance universal.” ¹²⁷⁷

Por fim, constata-se que o fio condutor da Argumentação Jurídica, deve trazer uma fundamentação da boa-fé objetiva na decisão judicial que mostra a pessoa humana, por meio de sua concretude e situando-a nas relações com os demais. Com base nessa leitura, que pode ser obtida no pensamento de Manuel Atienza, verifica-se que a boa-fé objetiva exalta o respeito à confiança e à reciprocidade nos contratos, valoriza a realização das expectativas e eticiza a relação contratual, logo representa um instrumento de efetivação da Sustentabilidade Humanista, e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹²⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e direito civil**: tendências, p. 113.

CONCLUSÕES

Ao final deste estudo, constata-se que a realidade contratual encontra-se em permanente questionamento, devendo ser entendida e construída no caso concreto, visto que sua compreensão não se revela na teoria, mas em cada situação singular. Percebe-se que a sociedade atual, que é marcada por uma modernidade líquida, sofre alterações em ritmo acelerado, e o direito, como ciência social, deve estar aberto a essas modificações. Com isso, o direito civil sofreu nos últimos tempos transformações que provocaram ruptura com antigos padrões.

Tais mudanças decorreram do constitucionalismo que guarda relação com o surgimento do Estado Democrático de Direito, e tem como características a transformação da noção de soberania, que foi relativizada, a Constituição como centro do qual emana todo o poder e que assegura a unidade estatal, a coexistência de valores e princípios sobre os quais a Constituição se fundamenta e uma dogmática fluída, que agrupa elementos que derivam da política constitucional, em um documento rígido.

O constitucionalismo objetiva a limitação de poder estatal e a proteção dos direitos fundamentais, por meio de uma Constituição que possui instrumentos jurídicos que vêm a garantir a sua aplicação e de uma cultura constitucional que se fundamenta nas garantias políticas, jurídicas e sociais, que se revelam pela aceitação popular daquele texto constitucional.

Neste contexto, o constitucionalismo foi sucedido pelo neoconstitucionalismo que, busca em primeiro plano as garantias dos direitos fundamentais e em segundo, a limitação do poder estatal. Revela-se por uma teoria do direito, que se caracteriza por uma Constituição transformadora que positiva direitos fundamentais, pela presença de regras e princípios, e por estabelecer particularidades de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Como consequência observa-se a constitucionalização do direito, que promove um processo de transformação em que o ordenamento jurídico fica

impregnado de normas constitucionais. No direito civil, esse fenômeno irradiou os valores constitucionais sobre o ordenamento jurídico, revelando que o direito civil possui uma função política que o aproxima da Carta Magna e mostra uma estreita ligação entre Estado e sociedade.

Contudo, analisando a evolução histórica da relação entre o direito civil e a Constituição a partir do Estado Liberal de Direito até chegar aos dias atuais, verifica-se que a realidade era distinta. No Estado Liberal de Direito as normas constitucionais limitavam-se a prever a organização do Estado e a proteger os direitos fundamentais individuais, apresentando-se alheias ao direito civil. As normas civis, por sua vez, eram apolíticas, não sofriam incidência constitucional, apareciam organizadas nas codificações, caracterizavam-se por serem neutras e conceber a pessoa de modo abstrato, o que traduzia seu pensamento na igualdade formal e na autonomia da vontade. Tal modelo representava um instrumento de dominação dos ricos sobre os pobres, gerando desigualdade e exclusão social.

No que tange ao direito contratual, nesse período, constatou-se que surgiu e vigorou o modelo clássico do contrato, oriundo do racionalismo, escola que defendia a pessoa à luz da razão, como um sujeito com respostas prontas e acabadas, detentor de verdades absolutas e indiscutíveis. Tal pensamento serviu de base para o positivismo, que veio a compor um sistema fechado, autorreferente e representado pela força da lei. Nessa linha, somente é direito o que o direito diz que é direito; logo, se for jurídico basta, não precisa ser ético.

Assim, a teoria tradicional do direito civil, no Estado liberal, valorizou o saber acumulado, a organização de categorias, entre elas a de sujeito de direito e a de negócio jurídico, bem como enalteceu a funcionalização destes conceitos. Nessa realidade, a obrigação contratual foi compreendida como a expressão máxima da autonomia da vontade, fundamentada na liberdade, na igualdade formal e no individualismo. Todavia, tal modelo provocou injustiças e exclusão social, com o tempo enfraqueceu a concepção de relação jurídica e de sujeito de direito preestabelecidos de modo abstrato, distante do mundo da vida. Ruiu, pois, o dogma dos valores absolutos da segurança, da certeza e da estabilidade.

Em um segundo momento, verifica-se a importância da relação da Constituição com o direito contratual, no Estado Social de Direito. Nesse período, a Constituição passou a valorizar a questão social e a representar um instrumento de justiça social, o que influenciou o direito civil, no sentido de mitigar sua concepção individual-liberalista. Com isso, as codificações perderam o caráter de centro do sistema jurídico, provocando o surgimento dos microssistemas. Assim, o crescimento dos interesses coletivos levou a publicização do direito privado, reduzindo a clássica divisão entre público e privado.

No direito contratual, o Estado Social de Direito limitou a autonomia da vontade e relativizou a liberdade contratual para restabelecer a comutatividade nos pactos, mormente para combater as cláusulas abusivas. No mesmo sentido, estabeleceu limites ao fenômeno da massificação, momento que surgiu a figura do consumidor e a defesa de seus direitos, mostrando a necessidade de proteção, diante de sua vulnerabilidade.

Cumprе mencionar que, o Estado Social caracterizou-se por ser interventor, haja vista que aumentou sua área de atuação e reduziu o espaço da autonomia privada, o que nos contratos se apresentou pelo dirigismo contratual. Com isso, revelou-se um Estado com estrutura centralizadora, com a presença marcante em todos os setores e com nítidas tendências monopolizadoras e burocráticas. Assim, mesmo com matriz interventora e assistencialista não foi capaz de suprimir diferenças sociais e econômicas.

Após a Segunda Guerra Mundial surgiu da necessidade de concretizar um regime democrático, bem como de efetivar a proteção à pessoa humana. Desse modo, nasceu o Estado Constitucional ou Estado Democrático de Direito, em que sua finalidade é a transformação da situação vigente, buscando a justiça social e a reestruturação das relações sociais, pela dignidade do ser humano e pela consideração da pessoa como membro de uma comunidade. Com base na democracia e na defesa dos direitos humanos, o Estado Democrático de Direito reconhece a atuação dos sujeitos sociais, não só os partidos, sindicatos, eleitores etc., mas também os movimentos sociais, abrindo, assim, o espaço para a pluralidade e para a diversidade.

A propósito, importante mencionar a primazia da pessoa humana, em que o respeito e a promoção de sua dignidade são fundamentos do Estado Democrático de Direito. Essa defesa incondicionada da pessoa humana, também, decorre da internacionalização dos direitos humanos, visto que a pessoa passou a ser entendida como cidadã do mundo, devendo ser protegida onde quer que se encontre e em qualquer situação. Diante disso, constata-se que a dignidade da pessoa humana não é apenas um valor que alicerça o sistema jurídico nacional, mas representa matéria de direitos humanos, referindo-se a toda a humanidade.

No Brasil a passagem para o Estado Democrático de Direito foi marcada por grande mobilização e participação popular, que culminou com a Carta Magna de 1988, que por sua vez, fixou como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Logo, o Estado Democrático de Direito, com base na Constituição, compreende as relações sociais segundo o prisma da solidariedade e da valorização do ser humano, intensificando a publicização do direito privado. Com isso, promoveu a constitucionalização do direito civil, oportunidade em que a Constituição Federal de 1988 passou a representar a fonte de valores que embasam o Código Civil, dando ênfase ao valor central, que é a pessoa humana.

Nesse cenário à luz do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais irradiaram os seus efeitos no direito civil, em especial, nos contratos, com o objetivo de valorizar a pessoa, reduzir a desigualdade e promover a justiça social. Tal fenômeno denominado de repersonalização do direito civil, rompeu com o dogma individualista-patrimonialista dominante e colocou a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico.

A repersonalização provocou o repensar o direito, colocando-o a serviço da vida, para reler categorias do direito civil e entender a pessoa como um fim, inserida em um meio social e que necessita de proteção à sua dignidade. A pessoa não pode mais ser vista como um sujeito de direito abstrato, desconectado da vida real. Logo, o direito contratual foi permeado pelas normas constitucionais, momento

que a relação obrigacional passou a ser vista como um processo e a autonomia privada, que envolve o negócio jurídico, encontra-se vinculada à utilidade, à justiça contratual e à tutela da confiança.

À luz desse pensamento, o Código Civil de 2002 veio a ser estruturado com um sistema aberto, que sedimentou os valores constitucionais, por meio de princípios e cláusulas gerais. Vislumbra-se a importância das cláusulas gerais, pois apresentam-se como instrumentos que oxigenam o sistema jurídico, em face do seu conteúdo não ser pré-constituído pelo legislador, mas construído pelo julgador no caso concreto, como por exemplo, a boa-fé objetiva. Com isso, a noção de contrato, além de envolver um acordo de vontades e uma operação econômica, que constituem um negócio jurídico, precisa ser entendida e interpretada na situação de fato vivida pelos contratantes.

Portanto, a conceituação do contrato no Estado Democrático de Direito, tem como eixo a autonomia privada e a ela são adicionados os valores constitucionais, da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Assim, o contrato representa um acordo de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir um direito, limitado à função social e à luz dos ditames da boa-fé objetiva.

Nesse panorama, a principiologia que fundamentava o modelo clássico de contrato, qual seja, o consensualismo e a respectiva liberdade contratual, a obrigatoriedade dos pactos, a supremacia da ordem pública e a relatividade dos efeitos contratuais, ainda servem de base às obrigações contratuais. Contudo, a esses princípios foram adicionados o do equilíbrio das prestações, o da função social e o da boa-fé objetiva.

As diretrizes do Código Civil na seara contratual encontram-se fundamentadas na eticidade, na equidade e na socialidade, respectivamente, na valorização da pessoa humana e na solidariedade social. Logo, da eticidade decorre o princípio da boa-fé objetiva, que tutela a confiança; da equidade origina-se o princípio do equilíbrio das prestações, em que os contratos devem representar trocas justas; e da socialidade advém o princípio da função social do contrato, que atribui uma qualidade solidarista ao pacto, determinando que tenha uma utilidade.

A socialidade revela a função social das relações contratuais, comprovando que os pactos não têm apenas um viés individualista, mas, sim, a função de instrumentalizar a circulação de riquezas de uma determinada sociedade. Representa, um princípio basilar dos contratos, inclusive vindo a integrar a sua conceituação.

Por sua vez, a eticidade reflete a repersonalização dos contratos pela proteção da confiança, com fundamento na promoção e respeito à dignidade da pessoa humana, que se revela na boa-fé objetiva. A obrigação contratual passou a ser entendida como um processo, em que prepondera o espírito de colaboração entre as partes, visto que ambas devem cooperar para o seu cumprimento e com isso, realizar as legítimas expectativas reciprocamente.

Assim, a boa-fé objetiva tutela a conduta dos contratantes e determina que eles se portem com lealdade e correção, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. A boa-fé objetiva promove a eticização das relações contratuais, para prevalecer a valorização da dignidade da pessoa sobre o interesse econômico. A aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva acontece por três importantes funções, ou seja, hermenêutica, a corretora (limitadora de direitos subjetivos) e a integradora (na criação de deveres jurídicos, denominados de anexos).

Na função hermenêutica, a boa-fé objetiva representa um cânone que serve para interpretar as disposições contratuais, pelas quais o contrato tem que ter um sentido. Ainda, para suprir omissões ou lacunas sobre pontos não avençados entre as partes e que provocaram alguma controvérsia no cumprimento das obrigações contratuais. Assim, pelo enfoque hermenêutico a boa-fé objetiva é a regra dirigida ao juiz para que ele não permita que o contrato atinja finalidades opostas para as quais foi criado.

Ainda, a boa-fé objetiva possui função corretora do exercício jurídico dos direitos dos contratantes, que se apresenta em um duplice viés: o primeiro para limitar o exercício dos direitos subjetivos das partes, valorizando a conduta de cada uma, para que ocorra a proteção da confiança depositada. Envolve figuras criadas pela doutrina e jurisprudência como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a

supressio e a *surrectio*; e o segundo para corrigir o conteúdo contratual para que não haja abusividade ou desequilíbrio contratual.

Também, a boa-fé objetiva possui a função de criar deveres anexos e de proteção. Tais encargos representam um dever de conduta das partes contratantes de agir de modo leal e correto e se caracterizam por ser avoluntarísticos. Eles não existem em número fechado, visto que dependem do caso em concreto, bem como das partes envolvidas. Os deveres anexos ou instrumentais apresentam-se, exemplificativamente, como deveres de informação, de correção, de sigilo, de lealdade, de cooperação etc.

Percebe-se que o princípio da boa-fé objetiva está previsto como norma reguladora das relações contratuais, impondo aos contratantes o dever de lealdade e correção. A par disso, a cláusula geral da boa-fé objetiva age para instrumentalizar e concretizar o conteúdo do princípio, momento que concede poderes ao juiz para determinar no caso sob *judice*, qual o comportamento deve ser observado pelos contratantes. Desse modo, a aplicação da cláusula geral da boa-fé concretiza o conteúdo do princípio da boa-fé, por meio da criação de deveres anexos e da limitação dos direitos subjetivos, bem como na condição de cânone de interpretação do conteúdo do contrato.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, na vigência de uma Constituição Cidadã, o conceito de contrato passou a ser permeado por valores constitucionais, em especial de respeito à pessoa humana, por meio do princípio da boa-fé objetiva que se fundamenta na lealdade, na solidariedade e na justiça social.

Em que pese, as mencionadas transformações político-jurídicas ocorridas, constata-se que os contratos, por envolverem operações econômicas, também sofrem influência do viés econômico-social vigente no país e no mundo. Atualmente, os contratos retratam a dinamicidade e a complexidade dos negócios e promovem a circulação de bens, vinculados ao contexto econômico do capitalismo neoliberal.

O capitalismo neoliberal apresenta-se sem fronteiras pelas empresas

transnacionais, que na busca do lucro e da acumulação, ampliaram suas ações para além das fronteiras dos Estados. Esse modelo fundamenta-se no individualismo, é competitivo, excludente, produz desigualdades e, também, devasta o meio ambiente, em nome do crescimento econômico.

Sob a égide do capitalismo neoliberal, os Estados nacionais tiveram sua soberania relativizada, pois as grandes corporações possuem o poder de mudar seus investimentos para os locais que lhes proporcionem melhores condições de lucro. Logo, passaram a atuar de modo global, o que enfraqueceu os Estados, promoveu o controle político dos mesmos e gerou desigualdade social, tudo em flagrante oposição aos valores constitucionais.

Verifica-se que essa mobilidade do capital traz uma desconexão de poder, visto que o capital é livre para investir, explorar e abandonar os locais, ou seja, livre para ganhar e exonerado da responsabilidade, tanto com o Estado, quanto com as pessoas e com a natureza. O que interessa é manter o ciclo, em que o capital é aplicado em busca de mais capital, não importando, aonde.

No âmbito social, a mobilidade do capital representa um fator de estratificação, que fomenta a desigualdade e cria hierarquias sociais, políticas, econômicas e culturais. Logo, as grandes corporações pertencem às pessoas ou grupos que nelas investem, esses possuem liberdade, e mesmo ausentes dos locais são superiores aos demais. Enquanto os demais, não têm escolha e ficam vinculados ao local, sem mobilidade e presos a este investimento.

Dessa forma, o modelo de produção capitalista neoliberal caracteriza-se por ser industrialista, consumista e poluidor, momento que transforma a economia no eixo principal da sociedade. Com isso, enfraquece o Estado-nação, domina a política, fragiliza a democracia e aniquila a ética, esvaziando o sentido dos valores de ser honesto, justo e solidário, o que contrasta com a noção atual de contrato e com as diretrizes da eticidade, da equidade e da socialidade.

O capitalismo neoliberal fomenta a realização de contratos, em especial, os decorrentes de relações de consumo, fazendo com que o consumidor adquira

produtos e serviços de modo insaciável, o que produz o hiperconsumo. Valendo-se das novas tecnologias da informação e da comunicação, surge uma sociedade informacional, que se encontra interconectada, bombardeada pela publicidade e instigada a consumir.

Nesse contexto, apresenta-se um ciclo de mundialização, denominado de globalização, que decorre da interação dos processos de expansão dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, do aumento da concorrência nos mercados internacionais e da maior integração entre os sistemas econômicos nacionais. Tais fatores afetam as dimensões financeiras, comerciais, sociais e tecnológicas.

A globalização pode ser entendida como uma intensificação das relações sociais no âmbito mundial, que conecta diferentes e distantes localidades. Representa um processo em permanente transformação, que modifica as noções de tempo e espaço, sendo retratado pela rapidez em que acontecem essas alterações, bem como pela ausência de fronteiras para tais mudanças e padrões.

Logo, a globalização é um processo que atinge a todos, promove uma integração social, que modifica culturas e se alastra pelo planeta, trazendo efeitos nas dimensões econômica, política, social, ambiental e cultural. Essa interação entre as pessoas acontece, tanto no âmbito interno, quanto externo, e a aproximação decorre da facilidade de locomoção e da permanente interconectividade propiciada pelos avanços tecnológicos e dos meios de comunicação, em especial, a internet.

Como reflexo da globalização, o intercâmbio econômico ultrapassa as fronteiras do Estados e cria uma economia global, dominada pelo capital transnacional. Destaca-se no viés econômico que, os principais agentes não são os Estados ou governos, mas sim as grandes corporações e empresas transnacionais que dominam a economia, e mantém o sistema do capitalismo neoliberal.

Assim, ao mesmo tempo a globalização é uma fábula e uma perversidade, em especial, aliada ao capitalismo neoliberal produz desigualdade de recursos e de poder, estimula relações competitivas no mercado capitalista, que

baseadas no individualismo, criam formas de sociabilidade empobrecidas, e, ainda, promovem a exploração dos recursos naturais, o que coloca em perigo as condições de vida no planeta.

Com isso, verifica-se que essas relações intersubjetivas são transnacionais e constituem um fenômeno multifacetado e complexo, que se caracteriza pela desterritorialização das relações humanas e da produção, pela valorização do capitalismo e pelo enfraquecimento da soberania dos Estados. A transnacionalidade não se limita à dimensão econômica, mas compreende aspectos ambientais, culturais e éticos.

Dessa forma, relevante a possibilidade da criação de espaços públicos de governança, de regulação e de intervenção, como instrumentos de controle e funcionamento dessas relações transnacionais, com intuito de obter respostas mais eficientes aos fenômenos globais. Percebe-se que, essas relações transnacionais não serão tratadas de modo eficaz somente dentro do espaço do Estado nacional.

Com relação aos contratos justifica-se a criação de espaços públicos que disciplinem as demandas transnacionais, oriundas dessas relações, como o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana. A justificativa para a transnacionalização do direito reside na necessidade de proteção ao ser humano e ao meio ambiente.

Constata-se, assim, que os contratos representam uma ferramenta para a movimentação de riquezas no capitalismo neoliberal, encontram-se inseridos na interação promovida pela globalização, que por sua vez cria novos centros de poder, em um viés transnacional. Com isso, necessárias respostas às demandas transnacionais que se fundamentam no valor da solidariedade, para que se efetive um modelo econômico que tenha mais equidade com as pessoas e mais respeito com a natureza.

À luz desse pensamento, urgente a adoção de estratégias globais de governança e direito transnacionais, que possam normatizar e promover a concretização de direitos, cujo conteúdo envolve o acesso das pessoas ao desenvolvimento de modo pleno e com isso, promova o respeito ao ser humano.

Da análise do viés jurídico que regula os contratos no direito interno, percebe-se que o instituto se encontra constitucionalizado, à luz da eticidade e da socialidade, no sentido de respeitar as pessoas e estimular a solidariedade social, respectivamente. A par disso, em uma visão econômica vê-se que os contratos são celebrados e cumpridos, em um modelo capitalista neoliberal, globalizado, que fomenta a sociedade de consumo, que promove a desigualdade e a exclusão, bem como devasta a natureza.

Nesse contexto, ganha relevância a prestação jurisdicional, em que a decisão deve aplicar e preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva. Para tanto, ressaltam-se as perspectivas filosóficas da hermenêutica e da argumentação, que conduzem à ruptura de um pensamento dedutivista, liberal-individualista e positivista, para efetivar os direitos positivados na Constituição, que envolvem valores escolhidos por uma sociedade e que têm por fundamento a respeito à pessoa humana.

No que tange à interpretação, a hermenêutica filosófica aparece como oposição ao pensamento clássico, representando uma importante contribuição para a aplicação das normas contratuais, visto que o intérprete só interpreta porque compreendeu, sendo a compreensão a condição de possibilidade de toda a interpretação. A hermenêutica filosófica mostra-se um caminho para conceituar o contrato, porém a sua noção só pode ser dada no caso concreto, sendo a linguagem sua condição de possibilidade. Da mesma forma, igual raciocínio deve ser seguido para a aplicação da principiologia contratual e da cláusula da boa-fé objetiva, pois, à luz da hermenêutica filosófica, são faticidade e historicidade, devendo ser identificadas e preenchidas no caso concreto.

Ainda, a hermenêutica filosófica vai além da hermenêutica jurídica, projetando o que é a pessoa humana, ou seja, trazendo a noção do ser humano e de sua dignidade numa concepção existencial fenomenológica. Nessa linha, a pessoa não pode ser definida por um texto, ou descrita na teoria, pois ela acontece de forma concreta no mundo da vida.

Quanto à argumentação jurídica, cumpre mencionar que, se encontra

ligada a um problema que requer uma solução, em que serão apresentadas razões para tanto. Envolve um procedimento que vem a solucionar problemas, o que reflete uma atividade que inclui o caminho do início até o final, ou seja, o próprio problema e a solução. Em especial, quanto à atividade judicial, as boas decisões devem ser bem argumentadas, o que decorre do dever do magistrado de motivar as decisões. Para tanto precisa apresentar boas razões, de modo adequado e que promovam a persuasão. Tal obrigação apresenta-se como garantia constitucional do processo, no inciso IX, do artigo 93 do Constituição Federal e vem regulamentada no artigo 489 do Código de Processo Civil.

Nessa senda, ressalta-se o giro argumentativo, provocado pela filosofia do direito, para que o direito pudesse ser compreendido à luz da persuasão racional. O pensamento é que a argumentação não se cinge à lógica, isto é, o raciocínio jurídico não deve ser, apenas, entendido pela lógica formal, visto que essa somente representa um elemento necessário, contudo nem sempre suficiente.

Com base nesse pensamento começaram a ser construídas as principais teorias da argumentação jurídica, que buscavam romper com as noções do positivismo jurídico, em especial, com a neutralidade científica, pois a tarefa do direito não é só descrever. Existe a necessidade de proceder uma análise de todos os aspectos relevantes dos argumentos dos discursos de justificação das decisões judiciais.

Desse modo, a argumentação foi explicada por uma pluralidade de noções no mundo jurídico, que vieram a constituir a Teoria da Argumentação Jurídica, seja no entendimento dos autores precursores (Viehweg com a tópica, Perelman com a nova retórica e Toulmin com a lógica informal), seja na denominada teoria padrão (Alexy e MacCormick). Com base no pensamento desses autores, Atienza construiu uma teoria da argumentação jurídica que denomina de “mosaico”.

Assim, Atienza defende que as teorias da argumentação jurídica devem se preocupar com os argumentos utilizados no contexto jurídico, que por sua vez, podem acontecer em três momentos distintos, ou seja para produzir o direito, na dogmática jurídica e para aplicar o direito. Na produção do direito, evidencia o

período pré-legislativo, no qual surge uma necessidade social que precisa ser regulamentada por lei e, também, o processo legislativo em que um assunto encontra-se em discussão no Poder Legislativo ou Executivo. Nessa fase os argumentos apresentam-se com um viés mais político e moral, do que jurídico.

Na dogmática jurídica, os argumentos se tornam relevantes, pois na condição de uma atividade complexa acabam se preocupando com a aplicação do direito, com intuito de fornecer elementos que facilitem as decisões jurídicas. Contudo, a dogmática ocupa-se com os argumentos das situações em abstrato. Por outro lado, a argumentação jurídica enquanto aplicação do direito concentra seu estudo na resolução dos casos em concreto. Assim, na aplicação das normas jurídicas para solucionar conflitos, no sentido estrito pela atividade jurisdicional, Atienza destaca que importância da argumentação se refere aos fatos ou ao direito discutidos na contenda. Alega que a teoria da argumentação dominante se preocupa mais com a aplicação do direito, do que com os fatos.

A teoria de Atienza traz uma noção de argumentação que envolve ao mesmo tempo diferentes concepções na aplicação do direito, para englobar as dimensões formais (lógica), materiais (razões) e pragmáticas (persuasão). Tal pensamento possibilita uma atividade justificativa na decisão judicial, mais próxima da construção dos argumentos, o que qualifica a prestação jurisdicional e efetiva os valores constitucionais.

Nessa linha, verifica-se no Estado Democrático de Direito que o processo civil encontra-se constitucionalizado, com suas bases fundadas em direitos e garantias individuais positivados na Lei Maior, o que denota a preocupação com a pessoa e sua proteção diante da atividade jurisdicional. A constitucionalização modificou antigos fundamentos do direito processual civil, momento que passou a valorizar mais o resultado do que a forma, em especial, para que o processo cumpra sua finalidade como instrumento de pacificação social.

À luz do devido processo legal, observa-se o dever de motivação das decisões judiciais no processo civil, que, por sua vez, revela uma dupla função: no âmbito interno, para viabilizar a possibilidade da interposição de recursos e sua

análise pelo Judiciário; e no viés externo, como garantia das pessoas frente aos poderes do Estado. Dessa forma, a motivação da decisão deve ser publicada e justificada tanto interna (coerência), quanto externamente por argumentos que justifiquem cada premissa, em especial, quando envolve a cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva.

Nesse contexto, constata-se o valor da sustentabilidade, como novo paradigma ao direito, que apresenta novos sujeitos, ultrapassa a noção de Estado e coloca a solidariedade entre as gerações como valor cardeal. A sustentabilidade mostra-se como um imperativo ético, que precisa ser efetivado, em respeito à presente e às futuras gerações. Sua noção envolve as dimensões ecológica, social, econômica, tecnológica e humanista.

A perspectiva humanista tem por fundamento normativo, a dignidade da pessoa, que na condição de valor central, serve de base aos direitos humanos e como fim ao ordenamento jurídico, revelando-se o alicerce para os princípios da igualdade, liberdade, integridade física e moral e solidariedade. Portanto, a dignidade representa uma qualidade intrínseca, um valor em construção, um conceito moldado de forma constante e dinâmica, no dia-a-dia, no viver da pessoa, em permanente relação com o ambiente.

Diante disso, exsurge a relevância da tarefa do magistrado de preencher o conteúdo das cláusulas gerais, em face de sua noção não ser pré-constituída pelo legislador, mas construída pelo julgador em cada caso. Em especial, a cláusula geral da boa-fé objetiva, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, que é o suporte normativo da sustentabilidade humanista.

Percebe-se que, a sustentabilidade humanista envolve o respeito à pessoa humana, ao mesmo tempo, única em sua individualidade, e também, como membro de uma comunidade, na qual está inserida. Nas relações contratuais se traduz pela boa-fé objetiva que se fundamenta na dignidade do ser humano e impõe deveres de conduta leal e correta aos contratantes.

A fixação do conteúdo da boa-fé objetiva na fundamentação de uma

decisão jurídica, necessita de um intérprete não vinculado a uma visão liberal-individualista-normativista, que ignora os valores constitucionais e as diretrizes contratuais decorrentes da repersonalização. Necessária, uma matriz hermenêutica e uma teoria da argumentação jurídica que privilegiem e promovam a dignidade e, com isso, efetivem a sustentabilidade humanista.

A título de finalização e como tese do presente estudo constatou-se que o contrato deixou de ser considerado como a expressão máxima da autonomia da vontade e da força obrigatória e passou a representar uma possibilidade de mobilizar riquezas, centrada no espírito de justiça, do bem social e da tutela da confiança.

O motivo dessa mudança reside em um dos fundamentos do Estado Constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Tal valor mostra que o direito contratual não pode estar alheio ao projeto social previsto na ordem jurídica e, por isso, na ótica civil-constitucional, o conceito de contrato passou a ter novos contornos, observando o respeito à pessoa e a sua dignidade.

Esse pensamento promoveu a transição da ideia de indivíduo para a de pessoa humana, provocando a ruptura do paradigma da lei civil de regular relações de um sujeito de direito abstrato, visto de forma isolada e individual. Passou, então, a entender os interesses da pessoa humana, como um ente que convive inserido em um contexto social, econômico e ambiental/ecológico, como membro de uma comunidade e que deve ter sua dignidade protegida.

Nesse viés, os contratos precisam ser celebrados, executados e interpretados à luz da sustentabilidade, em sua tríplice dimensão, visto que todos habitam um grande sistema e pertencem ao gênero humano. Essa sustentabilidade representa o novo paradigma do direito e nos contratos ganha relevância nos âmbitos: econômico por mobilizar a circulação de bens e riquezas, o que diz respeito a cada um em particular, bem como a movimentação e crescimento das economias dos Estados; no social para promover a inclusão e a igualdade social, e contribuir na construção de uma sociedade justa e igualitária; e no ambiental para compreender que os recursos naturais para fabricação dos bens são finitos, que os resíduos decorrentes do comprar e descartar devastam o meio ambiente e que as atividades

de produção, circulação, aquisição, uso e descarte dos bens deve ser alterada, para respeitar toda a espécie de vida existente no planeta. Entender que a pessoa faz parte do meio ambiente.

Verifica-se que a sustentabilidade, em todas as suas versões, remete ao pensamento de solidariedade, no que tange a possibilidade de vida no Planeta Terra às presentes e futuras gerações. Contudo, nos contratos, essa noção de sustentabilidade ultrapassa as dimensões econômica, social e ecológica, e, também, ganha relevo no viés humanista, para compreender que os pactos devem ser um espaço de cooperação, de solidariedade e de respeito à pessoa humana e a sua dignidade.

A sustentabilidade humanista se traduz na proteção da confiança, trazida pela boa-fé objetiva, que eticiza a relação contratual e revela o respeito à dignidade da pessoa, acima do interesse econômico. Desse modo, a boa-fé objetiva se constitui em uma forma de promover a humanização dos contratos por meio da eticização da conduta das partes, em que a pessoa e sua dignidade se sobrepõem aos interesses econômicos envolvidos no contrato.

A cláusula geral da boa-fé objetiva impõe aos contratantes os deveres de lealdade e correção, promove a eticização das relações contratuais, a proteção das legítimas expectativas depositadas e tem como fundamento a tutela da dignidade da pessoa humana. Logo, a boa-fé objetiva nos contratos revela-se um mecanismo de efetivação da sustentabilidade humanista, visto que estimula o respeito ao ser humano e a sua dignidade, bem como possui sua base jurídica no valor da dignidade da pessoa humana.

Ainda, destaca-se que a sustentabilidade humanista por meio da boa-fé objetiva nos contratos, deve ultrapassar as fronteiras de cada Estado, uma vez que seu fundamento é a dignidade da pessoa humana, que além de constar como valor maior nos textos das Constituições dos Estados Constitucionais, também se revela como norma de direitos humanos. Com isso, a boa-fé objetiva deve alçar status de norma transnacional, visto que os contratos devem servir para a efetivar uma vida digna, a todos do gênero humano.

Em resposta a primeira problemática, constata-se que, alicerçada na principiologia constitucional e nos direitos humanos, a boa-fé objetiva mostra-se como um instrumento hábil para concretizar a sustentabilidade humanista, por meio do respeito à dignidade da pessoa humana e da promoção da justiça social. Pela boa-fé objetiva os contratantes devem agir com eticidade, para pautar suas condutas na lealdade e na correção, respeitando a pessoa humana que se encontra no outro polo do contrato.

Nesse contexto, a efetivação da sustentabilidade humanista ganha importância nos contratos, em face da realidade do capitalismo neoliberal que se alicerça no lucro e na acumulação, e não prioriza as pessoas e o meio ambiente. Também, pela globalização econômica que estimula a produção e a circulação de bens em grandes quantidades, em que as relações contratuais são realizadas por instrumentos homogêneos e celebradas com um número indefinido de contratantes, sem considerar as pessoas ou a sua dignidade.

Cumprе mencionar, que a sociedade atual é carente de humanidade e promove a exclusão social, levando a que milhares de pessoas, fiquem alheias às relações contratuais, pois sequer têm alimentação, moradia, educação, saúde, e vivem em total estado de miséria, em situação não humana. É necessário resgatar a dignidade dessas pessoas, protegendo-as na concretude de sua vida, inserindo-as como membros de um meio social, político e econômico que não planifique as diferenças, mas que as reconheça e respeite.

Em resposta a segunda problemática, percebe-se que o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se por meio de uma cláusula geral, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana. A concreção da boa-fé objetiva na esfera processual alcança valiosos resultados se realizada à luz de uma matriz hermenêutica afastada do senso comum teórico, que coisifica as pessoas, os comportamentos e as relações contratuais. E por meio de uma teoria da argumentação jurídica que traga a possibilidade de mostrar a importância da noção da pessoa humana e sua dignidade na fixação do conteúdo da boa-fé objetiva, na fundamentação de uma decisão jurídica e com isso efetivar a sustentabilidade humanista.

Diante disso, ao fundamentar a decisão judicial para compor o conteúdo da boa-fé objetiva, o magistrado precisa de um suporte teórico da argumentação jurídica, que compreenda que não há a possibilidade de existir um conceito fechado e abstrato de contrato; ao contrário, é necessário que se construam novos conceitos em cada caso concreto, exaltando aspectos como a tutela da confiança e o respeito à pessoa humana.

A sustentabilidade humanista será implementada nos contratos quando, o juiz na fundamentação da decisão, em sua argumentação, fixar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva de forma autêntica, sem verbetes padronizados, conceitos prontos ou rol de situações e deveres que representam uma interpretação baseada na subsunção e na dedução que escondem a realidade.

Logo, a sustentabilidade humanista não pode ser efetivada por uma teoria da argumentação jurídica que seja baseada, somente, em fórmulas subsuntivo-dedutivas. Desse modo, pela Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza há a possibilidade de compreender o giro argumentativo e a importância que a argumentação possui, na fundamentação das decisões, em uma sociedade democrática. Por esse pensamento a argumentação jurídica nas decisões judiciais deve resultar da conexão de três concepções: a formal (elementos da lógica), a material (as razões) e a pragmática (persuasão), e que cada um guarda sua relevância no momento da motivação.

A conexão das concepções com o valor da dignidade da pessoa humana, para aplicação da boa-fé objetiva, revela uma argumentação jurídica que traz certeza (perspectiva formal), a verdade e a justiça (perspectiva material) e a aceitabilidade e o consenso (perspectiva pragmática). Assim, a aplicação da boa-fé objetiva não pode se desvincular do seu fundamento constitucional que é o respeito a pessoa humana e a promoção de sua dignidade. No pensamento de Atienza haverá uma motivação ideal na decisão judicial quando forem apresentadas boas razões, de forma adequada e que a persuasão seja possível.

Ainda, salienta-se a concepção material do pensamento de Atienza, na justificação de uma sentença que envolve o conteúdo da cláusula da boa-fé objetiva.

Assim, diante do caso concreto, o magistrado precisa levar em consideração a lei, mas à luz do elemento valorativo trazido pelo constitucionalismo, que se revela nos contratos, pela eticização do pacto e consequente respeito à dignidade da pessoa humana, com intuito de viabilizar a sustentabilidade humanista.

Essa necessidade de efetivar a sustentabilidade humanista nos contratos demonstra a relevância da pessoa, que é colocada no centro do sistema jurídico, e precisa ser entendida na fundamentação da decisão judicial, como alguém insubstituível, de forma real e inserida no meio social. A argumentação não pode ser meramente subsuntiva, em especial, quando visa proteger a dignidade da pessoa, ao preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva, e promover a sustentabilidade humanista.

Portanto, o suporte teórico da argumentação jurídica de Manuel Atienza permite a leitura da boa-fé objetiva nos contratos, partindo da pessoa humana como um ser inserido em uma realidade social, econômica e ambiental, em que sua compreensão, necessariamente, deve estar presente na fundamentação da decisão. Essa tutela decorre da dignidade da pessoa humana, vista de modo real, no caso concreto e singular, que possibilita a efetivação da sustentabilidade humanista nos contratos e, com isso, contribui para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. ***Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica***. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra Editores, 2016. Título original: *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*.

ABELLÁN, Marina Gascón. ***Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba***. 3.ed.Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. ***La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales***. Lima: Palestra Editores, 2003.

ACOSTA, Alberto. ***El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos***. Barcelona: Icaria Editorial, 2013.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A Boa fé na relação de consumo. ***Revista Direito do Consumidor***, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun.,1995. p. 20-27.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. ***Extinção dos contratos por incumprimento do devedor***. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR, Roberto A. R. Alteridade e rede no direito. ***Veredas do direito***. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v.3, n. 6, p. 11-43, jul./dez. 2006.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Conceitos jurídicos indeterminados e fundamentação – existirá o céu dos conceitos? In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). ***O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 233-254.

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Robert Alexy. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). ***Dicionário de filosofia do direito***. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 33-36.

ALEGRÍA, Héctor. *Globalización y derecho*. ***Revista Pensar en Derecho***. n. 0. Buenos Aires. *Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, 2012. p. 187-264. Disponível em <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/> . Acesso em 20 dez. 2020.

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. Traducción de Alfonso García Figueroa. In. CARBONELL, Miguel. ***Neoconstitucionalismo(s)***. 4. Ed. Madrid: Editorial Trota, 2009. p. 31-47.

ALEXY, Robert. ***Teoria da argumentação jurídica***: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título original: *Theorie der juristischen argumentation*.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**. v.11, n. 02, Rio de Janeiro, 2018. p. 880-898. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29912>. Acesso em 12. Out.2021.

AMADO, Juan Antonio García. **Teorías de la tónica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez.,1998. p.7-26.

APARICIO, Juan Manuel. **Contratos**: parte geral. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.

ARANDA, Roberto Sanromán. *La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad*. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, Año I, Vol. 1, No. 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT. p. 83-96.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. Título original: *The Human Condition*.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. Título original: *The origins of totalitarianism*.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 239-258.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. 2. ed. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 264-281.

ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Universidad de Alicante número 6, 1989. p. 385-403. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf . Acesso em 20 jun. 2021.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 1.ed. 5ª Reimpressão. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

ATIENZA, Manuel. **Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em 08.09.2021.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1- 86.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. Título original: *El derecho como argumentación*.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. Título original: *El sentido del derecho*.

ATIENZA, Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante número 8, 1990. p. 39-61. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10798/1/Doxa8_02.pdf. Acesso em 20 jun. 2021.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Sobre lo razonable en el derecho*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Número 27, 1989. p. 93-110. Disponível em file:///C:/Users/Geral/Downloads/REDC_027_093.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

ATIENZA, Manuel. **Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 08.09.2021

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul./set., 1998. p.113-120.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR, 2011.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. *Los cánones en el derecho constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 31-105.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, ano 1, n. 6, p. 1-12, jan./dez. 2008. Disponível em:http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=79320&p=62 Acesso

em: 05 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução e Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Título original: *Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

BARROSO, Luís Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. Disponível em <https://issuu.com/senkerarevalo/docs/neo> . Acesso em 10.nov.2019.

BASTIDA, José Manuel Gutiérrez. **SUS TENERE. Sostenibilidad vs. Mercado y Tecnología**. Espanha: Bubok Publishing. S.L., 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Título original: *Moral Blindness*.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The human consequences*.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Título Original: *Liquid Modernity*.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. Título original: *Liquid times*.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Aberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. Título original: *Consuming life*.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade**. Tradução de Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung? Irrtümer des globalismus: Antworten auf Globalisierung*.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Motivación y racionalidad de la prueba**. Lima: Grijley, 2016.

BIANCHI, Paola. *Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche*. In: SOMMARIVA, Gisella Bassanelli; TAROZZI, Simona; BIAVASCHI Paola. **Ravenna Capitale**. *Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV - VII secolo, in Occidente*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2019. p. 27-72.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. Título original: *L'éta dei Diritti*.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. São Paulo: Mandarim, 2000. Título original: *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, no Prefácio da obra de NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 1, 2.ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul-dez. 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, n. 15, ago./dez., 1999. p. 95-113.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Le nouvel esprit du capitalisme*.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **As crises do Estado e da constituição e a**

transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT. Principles and Transnational Law. HeinOnline.* Rev. n. 199. 2000. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em 02.fev.2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 10.mai.2021.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 10.mai.2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil> Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo Interno no Agravo de Recurso Especial n.1701206/ SP.** Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 17/06/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1338432 / SP.** Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão). DJe 29/11/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1862508 -SP.** Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 23 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25.** Disponível em <https://redir.stf.jus.br/>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.310.462 – RJ.** Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento. 27 de abril de 2021. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/>. Acesso em 20 set. 2021.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *COVID-19: impactos y efectos. Una reflexión desde el inicio del fin del confinamiento.* In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos.** Itajaí: Univali, 2020. p. 64-79. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 15 fev. 2021.

BRAVO, Álvaro Sánchez; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Tradução de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires: EJE, 1960.

CALDERÓN, Maximiliano Rafael. *Autonomía de la voluntad y fuerza imperativa del contrato*. In: TINTI, Guillermo Pedro; CALDERÓN, Maximiliano Rafael. (Org.). **Contratos**: parte general. Buenos Aires: Zavalía, 2016. p. 25-33.

CALDERÓN, Maximiliano Rafael. *Concepto de contrato*. In: TINTI, Guillermo Pedro; CALDERÓN, Maximiliano Rafael. (Org.). **Contratos**: parte general. Buenos Aires: Zavalía, 2016. p. 11-24.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O constitucionalismo latino-americano e a sociedade consumocentrista: por uma democracia socioecológica. In: CALGARO, Cleide (Org.). **Direito socioambiental**. Caxias do Sul: Educ, 2018.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O constitucionalismo latino-americano e o consumocentrismo: as consequências socioambientais na sociedade moderna. **Revista jurídica luso-brasileira**, ano 5, 2019, n. 6. p. 391-424.

CALLIESS, Graf-Peter. *The Making of Transnational Contract Law*. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. 2007. Vol. 14: Iss. 2, Article 12. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss2/12>. Acesso em 07 jul 2021. p. 469-483.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.9-12.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 153-164.

CARRIO, Genaro R. **Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros Editores,

2015.

CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel. **Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil**. Disponível em <https://indret.com/concepcion-contextual-de-la-buena-fe-contractual/>. Acesso em 09 mar. 2021.

COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la Constitución*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 41-67.

COMANDUCCI, Paulo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em 10.mai.2021.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 25 Número 97 jan./mar. 1988. p. 163-180. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181784/000432963.pdf?sequence=1> . Acesso em 10 jul. 2021.

CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**. RECHTD/UNISINOS, v. 2, n. 2. 2010. p. 96-111.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-71.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Porto Alegre – RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3. 2011. p. 75-83.

CUCINELLI, Brunello. *Il sogno di Solomeo: la mia vita e l'idea del capitalismo umanistico*. Milão: Feltrinelli, 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Lês grandes systèmes de droit contemporains*.

DENTI, Vittorio. *Valori costituzionali. Sistemi e riforme: studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999.

DIENER, Maria Cristina. **Il contratto in generale**. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. p. 59-88. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1> . Acesso em 10 jul. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Traducción de Pillar Allegue. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trota, 2009. p. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.71-89.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao

Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011.

FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, transnacionalidade y transformaciones del derecho*. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: [https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/editora-univali/Direito%20Ambiental, %20Transnacionalidade%20e%20Sustentabilidade.pdf](https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/editora-univali/Direito%20Ambiental,%20Transnacionalidade%20e%20Sustentabilidade.pdf). Acesso em 20 mai 2020.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira Madrid: Editorial Trotta, 2001. Título original: *Costituzione*.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales**. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014. Título original: *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 7. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2016. Título original: *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. Cláusulas Abusivas. **Revista do Direito do Consumidor**, n. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1995.

FRADERA, Véra Jacob de. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. Título original: *Warheit und Methode I*.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. Título original: *Warheit und Methode II*.

GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo: el mundo visto desde una ecología latino-**

americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010.

GALLO, Paolo. *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contrato. In: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporânea.* v. 2. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales.** Lima: Grijley, 2017.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar.** Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. Título original: *Bien juger.*

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. *Ethical principles and sustainability: the recognition of the ethical dimension of sustainability.* In: GARCIA, Heloise Siqueira; BODNAR, Zenildo; VIEIRA Ricardo Stanziola. **Environmental and sustainable challenges and perspectives in the 21st century.** Disponível em https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/e-book_ingles_-_ambiental_e_sustentabilidade_-_perugia_-_30-11-2020.pdf.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

GARFÍAS, Ignacio Galindo. **Teoría general de los contratos.** México: Editorial Porrúa, 1996.

GHERSI, Carlos. *Derecho e información.* **Revista de Direito Privado.** n. 14. Abr./jun., 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Recorde, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIANI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, n. 747.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GÓMEZ, María Isabel Garrido. **Las transformaciones del derecho en la sociedad global**. Cizur, España: Editorial Aranzadi, 2010.

GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GONZÁLEZ, José María Miquel. Buena fe. In: MELGAR, Alberto Montoya (Dir.). **Enciclopedia Jurídica Básica**. Madrid: Civitas, 1995.

GRAJALES, Amós Arturo. *El artículo 489 del nuevo Código Procesal Civil de Brasil y la normatización del nuevo paradigma*. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 69-84.

GRAU, Eros. Apresentação do livro. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México, DF: UNAM, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-73.

GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.15-27.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990. Título original: *Les trois écologies*.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: **Processo e Constituição**. FUX, Luiz et al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUYTON, Arthur C. **Tratado de fisiologia médica**. 9. ed. Tradução Charles Alfred Esbérard. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1997.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.89-152.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. Título original: *The enigma of capital: and the crises of capitalism*.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. Título original: *Sein und Zeit*.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. 12.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. Título original: *Sein und Zeit*.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Estado de Direito. In: **Dicionário de filosofia do direito**. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative kraft der verfassung*.

HOLT, James Clarke. **Magna Carta**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

HONNOLD, John. O. **Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention**. 3 ed. 1999. Disponível em: <https://www.cisg-brasil.net/a-cisg-1> Acesso em 18 mai. 2021.

IORIO FILHO, Rafael Mario. Retórica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 723-726.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. Título original: *Età della decodificazione*.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Herder, 1995.

JUNOY. Joan Picó Y. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. 3. ed. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2002.

LIPOVESTKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El occidente globalizado: un debate sobre la cultura planetaria**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011.

LIPOVESTKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Título original: *La culture-monde –réponse à une société désorientée*.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado social**: crise e transformações. Maceió: EDUFAL, 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. **Revista Trimestral de direito civil**, v. 16. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 17, 1999. p. 56-75.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas – el caso de Código Civil y Comercial de la nación argentina*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.77-91.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACCORMICK, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho**. Tradução de José Ángel Gascón Salvador. 1. Ed. Lima: Palestra Editores, 2018. Título original: *Legal reasoning and legal theory*.

MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho Una teoría del razonamiento jurídico**. Traducción José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores Lima, 2016. p. 51. Título original: *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*.

MACHADO, João Baptista. Tutela da Confiança e “*Venire contra factum proprium*”. In: **Dispersa**. v. 1. Braga: Scientia Jurídica, 1991

MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 15. 1998. p. 129-154.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-186.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Viehweg, Theodor. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 841-843.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MICHELON JR, Claudio. Neil MacCormick. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 556-559.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dec. 1979. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>>. Acesso em: 01 sep. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v19i0.8836>.

MORESCO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. Ed. Madrid: Editorial Trota, 2009. p. 99-121.

MORIN, Edgar. Além do progresso. In: MORIN, Edgar; WULF, Christoph. **Planeta: a aventura desconhecida**. Tradução de Pedro Goergen. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 13-19. Título original: *Planète: l'aventure inconnue*.

MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. Título original: *La Voie*.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEIRA, Lilian. C. San Martín. *La cláusula ex fide bona y su influencia en el quantum respondeatur como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33*. **Revista de Derecho Privado**. Universidad Externado de Colombia, n.º 28, jan./jun. 2015. p. 47-77. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4125/4736>. Acesso em 15 jun. 2021.

NÉRY JÚNIOR, Nelson *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 12. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOSETE, José Almagro. *Garantias constitucionales del proceso civil*. In: **Revista Justicia**. Barcelona, n. 1, 1981. ISSN 0211-7754. p. 11-42.

NOUR, Soraya. Dialética. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Editora Renovar/Editora UNISINOS, 2006. p. 208-211.

OLEA, Adrián Schopf. *La buena fe contractual como norma jurídica*. **Revista chilena de derecho privado**. n. 31 Santiago, 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1º, do artigo 480 do Código de Processo Civil. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 203-232.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. Disponível em <file:///C:/Users/Geral/Downloads/3635-8901-1-PB.pdf> Acesso em 10 nov. 2019.

OST, François. *Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico*. In: **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**. n. 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 597-626. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10176/1/doxa25_18.pdf Acesso em 10.nov.2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14.ed. Florianópolis: EMais, 2018.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Dottrine generali del diritto civile**. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83-127.

PEREIRA, Paula Pessoa. Artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 309-340.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Logique juridique*.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Challenges of globalization and the environmental*

crisis: for a humanistic sustainability. In: GARCIA, Heloise Siqueira; BODNAR, Zenildo; VIEIRA Ricardo Stanziola. ***Environmental and sustainable challenges and perspectives in the 21st century.*** Disponível em https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/ebook_ingles_ambiental_e_sustentabilidade_-_perugia_-30-11-2020.pdf.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica:** (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PORTO-GONÇALVES. Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

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

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula. (Org.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 72-117.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.3-29.

RATTNER, Henrique. Sustentabilidade – uma visão humanista. **Revista Ambiente & Sociedade.** n. 5. 1999. p. 233-240. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/n5/n5a20.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

REALE Miguel. **Fontes e Modelos do Direito:** para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994.

RETONDAR, Anderson Moebus. **Sociedade de consumo, modernidade e globalização.** São Paulo: EDUEGG, 2007

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma.* In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 29-40.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho.** Barcelona: J. M. Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIECHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yayo y MADORRÁN, Carmen. **Qué hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de una crisis mayor que la económica: la ecológica**. Ediciones Akal: Madrid, 2012.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la carrera hacia una consciência global en un mundo en crisis**. Tradução de Genis Sánchez Barberán e Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. Título original: *The empathic civilization. The race to global consciousness in a world in crisis*.

RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROESLER, Claudia Rosane. Apresentação. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROSLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9-17.

ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 4, n. 3, 3º Quadrimestre de 2009. p. 1-19. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica; Acesso em 15 mai. 2021.

ROESLER, Claudia Rosane. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogos entre a Prof.^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROSLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. Título original: *Il contratto*.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto del duemila**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.

ROSA, Hartmut. **Alienación y aceleración: hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía**. Tradução do Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Madrid: Katz Editores, 2016. Título original: *Beschleunigung und entfremdung. Entwurf einer kritischen theorie spätmoderner zeitlichkeit*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin-Claret, 2005.

SACCO, Rodolfo. **La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato**. Torino: G. Giappichelli, 1949.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável, sustentado. Tradução de José Augusto Drummond e Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES Joaquín Herrera; CARVALHO Salo de. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 400-435.

SANTAMARIA, Baldassarre. *I diritti fondamentali del contribuente*. Disponível em: <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/101805/136809/I%20diritti%20fondamentali%20del%20contribuente.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHULZ, Fritz. *Principles of Roman Law*. Tradução de Marguerite Wolff. Londres: Oxford University Press, 1936. Título original: *Prinzipien de Römischen Rechts*.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Alaís Aparecida Bonelli; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVEIRA, Mariana Nascimento. Dados e vantagem competitiva: a necessidade de atuação conjunta das autoridades. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. v. 7. n. 1. jan./jul. 2021. p. 79-99. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/7897/pdf>. Acesso em: 20.09. 2021.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: ROCHA, Leonel

Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.113-136.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p.143-195.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.99-126.

SOARES, Josemar Sidinei. Premissas humanistas para um direito transnacional. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard et al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Derechos humanos, democracia y desarrollo**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La ley y la construcción de una economía global para la solidaridad*. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- hacia una legalidad cosmopolita**. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007. p. 31-85.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez. El derecho, la política y lo subalterno em la globalización contra-hegemónica. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARAVITO, César A. Rodríguez (editores). **El derecho y la globalización desde abajo - hacia una legalidad cosmopolita**. Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: UAMCuajimalpa, 2007. p. 7-30.

SPADAFORA, Antonio. **La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre, Editora Ithaca, 1966.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba:

Juruá, 2009. p. 15-53.

STRECK, Lenio Luiz. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 702-713.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 223-271.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. Precedentes. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1220-1249.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael de. **Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 08.09.2021).

TAFARO, Sebastiano. **Brevi riflessioni su buona fede e contratti**. p. 73-105. Disponível em: http://zbornik.pf.uns.ac.rs/images/download/2006/2006-3/doi_10.5937_zrpfns40-0058.pdf Acesso em 20 mai. 2021.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Título original: *La motivazione dela sentenza civile*.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. Título original: *La motivazione dela sentenza civile*.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. Título original: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*.

TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações internacionais**: desafios da sociedade líquida. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/310/TESE%20DE%20DOUT>

ORADO%20ALESSANDRA.pdf. Acesso em: 03.out. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO GUSTAVO. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-2.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOULMIN, Stephen E. **Los usos de la argumentación**. Tradução de María Morrás e Victoria Pineda. Barcelona: Ediciones Península, 2007. Título original: *The uses of argument*.

UDA, Giovanni Maria. *Buona Fede Oggettiva e Economia Contrattuale*. In: **Rivista di Diritto Civile**. Ano XXXVI. 1995.

UNIDROIT. **Princípios da UNIDROIT**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em 02 fev. 2020.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Aspectos gerais e teóricos do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-5.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali: semantica e politica del diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Tradução de Luís Díez Picazo. 2. Ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007. Título original: *Topik und jurisprudenz*.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.

VITALE, Ermanno. **Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional**. Tradução de Pedro Salazar Ugarte; Paula Sofía Vásquez Sánchez. Madrid: Editorial Trotta, 2012. Título original: *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WIEACKER, Franz. ***El principio general de la buena fe***. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WIEACKER, Franz. ***Storia del diritto privato moderno: con particolare riguardo alla Germania***. Tradução de Umberto Santarelli e Sandro A. Fusco. Volume 1. Milano: Giuffrè Editore, 1980. Título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*.

WIEACKER, Franz. ***Storia del diritto privato moderno: con particolare riguardo alla Germania***. Tradução de Umberto Santarelli e Sandro A. Fusco. Volume 2. Milano: Giuffrè Editore, 1980. Título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia***. 10.ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Título original: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***Historia y constitución***. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005. Título original: *Storia e costituzione*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. ***Teoría del neoconstitucionalismo***. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 91-104.

ZANON JUNIOR, ORLANDO LUIZ. **Hermenêutica e teorias argumentativas: contraposição ou complementação**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Univali. v. 21. n. 3. set./dez 2016. p. 909-939. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9686/5437> Acesso em 23 jun. 2021.