

PATRÍCIA MIYUKI HAYAKAWA DE CARVALHO

Contratos Existenciais e de Lucro:

uma nova tipologia

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Eduardo Tomasevicius Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2018

PATRÍCIA MIYUKI HAYAKAWA DE CARVALHO

Contratos Existenciais e de Lucro:

uma nova tipologia

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Eduardo Tomasevicius Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carvalho, Patrícia Miyuki Hayakawa

Contratos existenciais e de lucro: uma nova tipologia / Patrícia Miyuki Hayakawa Carvalho ; orientador Eduardo Tomasevicius Filho -- São Paulo, 2018.

191

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Contratos existenciais e de lucro. 2. Causa. 3. Função social do contrato. 4. Validade. 5. Eficácia. I. Tomasevicius Filho, Eduardo , orient. II. Título.

CARVALHO, Patrícia Miyuki Hayakawa de. **Contratos existenciais e de lucro:** uma nova tipologia. 2018. 191p. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 15 de janeiro de 2018.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Eduardo Tomasevicius Filho, pela orientação, compreensão e confiança em mim depositada.

Agradeço aos professores e amigos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela frutífera convivência.

Agradeço aos meus pais e irmãos, pelo amor incondicional. A Bete e Haroldo, pelo apoio durante a elaboração do presente trabalho.

Agradeço especialmente André Carvalho pelo amor, paciência e compreensão.

Aos meus pais, Maria e Kiyoshi.

A André Carvalho.

RESUMO

CARVALHO, Patrícia Miyuki Hayakawa de. **Contratos existenciais e de lucro**: uma nova tipologia. 2018. 191p. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 15 de janeiro de 2018.

Esta pesquisa tem por objeto contratos existenciais e de lucro, dicotomia elaborada recentemente na doutrina brasileira. Investiga a natureza de tais categorias contratuais, seus traços distintivos, bem como as diferenças na intervenção judicial em tais tipos de avença. No capítulo inaugural, a investigação parte do exame de textos do criador da dicotomia, Antônio Junqueira de Azevedo, a fim de delinear os conceitos de contratos existenciais e de lucro. Essa análise, conjugada com textos acadêmicos supervenientes sobre o tema, serve para identificar os traços distintivos de tais contratos na teoria do negócio jurídico. Examina-se a causa final como ponto distintivo entre as categorias. O capítulo inclui um estudo sobre os limites da causa final como indicadora de interesses existenciais nos contratos, chegando-se à ideia de que qualquer avença pode deter, em sua execução, traços existenciais. No segundo capítulo, teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foram utilizadas para delinear um guia de fundamentação e controle das intervenções judiciais nos contratos existenciais, o tipo essencialmente novo da dicotomia. Teses que concebem a regulação contratual de modo similar aos contratos existenciais e de lucro foram objeto de análise no terceiro capítulo, enriquecendo o trabalho com soluções aos problemas que a dicotomia brasileira propõe solucionar. Analisa-se no último capítulo como a intervenção judicial nos planos da validade e eficácia dos contratos muda em vista da natureza distinta de cada categoria em exame. A causa final e a cláusula geral da função social do contrato são os fios condutores da análise, traçando um iter analítico das situações jurídicas abarcadas pelas categorias acima, bem como dos limites e possibilidades de intervenção judicial nos referidos contratos.

Palavras-chave: Contratos existenciais e de lucro – causa - função social do contrato – validade - eficácia.

ABSTRACT

CARVALHO, Patrícia Miyuki Hayakawa de. **Existential and profit contracts: a new typology**. 2018. 191p. Masters. Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, January 15, 2018.

The object of this research are existential contracts and profit contracts, a dichotomy recently elaborated in the Brazilian contractual doctrine. It investigates the nature of these contractual categories, its distinctive features, as well as differences in judicial intervention in such types of agreement. In the first chapter, the investigation starts from the analysis of texts by the creator of the dichotomy, Antônio Junqueira de Azevedo, to delineate the concepts of existential and profit contracts. This analysis, together with supervening academic texts on the matter, supports the identification of the categories' distinctive features in the contractual theory. The final cause is analyzed as a distinctive point between them. The chapter includes a study on the limits of the final cause as indicator of existential interests in contracts, coming to the idea that any contract can end up having existential traces in its performance. In the second chapter, theories on the horizontal effect of fundamental rights were used to delineate a reasoning guide that underlies and controls judicial interventions in existential contracts, the essentially new category of the dichotomy. Theories that conceive the contractual regulation in a similar fashion were examined in the third chapter, enriching this research with solutions to the problems the dichotomy proposes to solve. With the help of these theories, the last chapter examines how judicial intervention regarding validity and effectiveness of contracts differ in view of the nature of existential and profit contracts. The final cause and the general clause of the social function of contract serve as guiding threads for this chapter, helping to trace an analysis of the legal situations covered by the above categories, as well as the limits and possibilities for judicial intervention in said contracts.

Keywords: Existential and profit contracts – cause – social function of contracts – legality - effectiveness.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
1. Síntese do problema.....	16
2. Plano do trabalho.....	18
1 CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO: APRESENTAÇÃO E ESTUDO ANALÍTICO DA DICOTOMIA	19
1.1 FUNCIONALIDADES.....	21
1.2 A ESTRUTURA DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO.....	24
1.2.2 Objeto dos contratos de lucro.....	26
1.2.3 Objeto dos contratos existenciais.....	27
1.2.3 Agentes dos contratos de lucro.....	31
1.2.4 Agentes dos contratos existenciais.....	34
1.2.4.1 Entidades sem fins lucrativos.....	35
1.2.4.2 Pequenas empresas.....	37
1.3 A CAUSA COMO ELEMENTO CHAVE DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO. A FUNÇÃO CONCRETA DA AVENÇA.....	40
1.4 OS EVENTUAIS TRAÇOS EXISTENCIAIS NOS CONTRATOS.....	44
2 A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO	47
2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO.....	48
2.2 O NOVO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO E A REMODELAÇÃO DE SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	53
2.3 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO.....	59
2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E SUA RELAÇÃO COM OS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO.....	62
2.5 ESTRUTURAS PARA APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS.....	62
2.5.1 A faceta procedimental.....	63

2.5.2	Estruturas de sopesamento.....	65
2.5.3	A faceta material.....	73
3	MODELOS DE VALORAÇÃO DE INTERESSES CONTRATUAIS	75
3.1	“SOCIAL MINIMUM”, OU MÍNIMO EXISTENCIAL.....	77
3.2	ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO	84
3.3	O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE.....	86
3.4	JUSTIÇA SOCIAL NO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU.....	90
3.5	“NEED-ORIENTED RATIONALITY” v. “ABILITY RATIONALITY”	94
3.6	A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEU SENTIDO: CIRCULAÇÃO E REPARTIÇÃO DE RIQUEZAS.....	101
3.6.1	Função social do contrato na doutrina brasileira. Debate sobre sua eficácia interna e(ou) externa	110
3.6.2	Posicionamento sobre o tema	117
3.6.3	Causa, função social e a regulação da circulação de riquezas.....	119
3.7	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS REGULATÓRIOS EXPOSTOS....	121
4	OPERACIONALIZAÇÃO DA DICOTOMIA	125
4.1	PLANO DA EXISTÊNCIA	126
4.2	PLANO DA VALIDADE.....	128
4.2.1	Hipóteses de anulabilidade.....	128
4.2.2	Hipóteses de nulidade	132
4.3	PLANO DA EFICÁCIA.....	136
4.3.1	Alteração das circunstâncias.....	137
4.3.2	O problema, transportado para os contratos existenciais e de lucro. O mito da finalidade comum.....	140
4.3.3	Onerosidade excessiva nos contratos existenciais e de lucro.....	144
4.3.4	A resilição nos contratos existenciais e de lucro	155
4.3.5	As consequências do inadimplemento.....	162
	CONCLUSÃO.....	165
	BIBLIOGRAFIA.....	175

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Código Civil	Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
Código Civil de 1916	Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
Código de Defesa do Consumidor	Lei Federal nº 8078, de 11 de setembro de 1990
Código de Processo Civil	Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil.
Constituição Federal	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB	Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942
Lei de Locações	Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991
Lei de Greve	Lei Federal nº 7.783, de 28 de junho de 1989
Lei dos Planos de Saúde	Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

Em seu “Sovereign Virtue: the theory and practice of equality”, Ronald Dworkin propõe uma situação hipotética de profunda pertinência para este trabalho¹.

Imagine-se um grupo de náufragos que encontra, por sorte, uma ilha deserta e cheia de recursos naturais.

Nessa ilha, o emprego, a posição social, o grau de formação educacional dos náufragos quase não lhes tem serventia; são parte de uma vida passada. Trata-se de uma pequena sociedade, que acaba de nascer.

Aos náufragos será possível escolher a maneira como as riquezas da ilha serão distribuídas e aplicadas. Para instrumentalizar essa escolha, eles decidem distribuir entre si uma certa quantidade de uma moeda recém inventada, as “clamshells”. Com tal moeda, será possível fazer um leilão dos recursos naturais da ilha, como uma primeira distribuição de bens entre os náufragos.

Fantasiadamente, seguradoras surgem para oferecer apólices cobrindo todo tipo de contingência social: doença, falta de determinadas habilidades, ausência de emprego, idade avançada. As apólices estarão, então, entre os bens a serem arrematados no leilão.

Sabedores de que, nesse novo mundo, ainda não é possível identificar quais serão suas habilidades e deficiências, a oferta de apólices se torna interessante aos náufragos.

A questão reside em saber em que eles escolherão investir e em qual intensidade.

É perfeitamente possível escolher uma apólice bastante básica de seguro, ou nenhuma apólice, enquanto se investe muito na aquisição de recursos naturais. Mas também é possível diminuir um pouco os investimentos em recursos,

¹ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000. A situação hipotética descrita nos parágrafos seguintes está nas páginas 65-71 da referida obra.

garantindo um nível mínimo de seguridade que possibilite a superação de possíveis dificuldades.

A alegoria de Dworkin induz o leitor a questionar que tipo de prestações se esperaria de um Estado, caso não se tivesse ideia da posição social e idiossincrasias de sua existência. Certamente uma cobertura razoável seria escolhida pela maioria das pessoas.

Em um Estado neoliberal, esse problema da distribuição de riquezas e da satisfação de necessidades essenciais é resolvido em grande parte por meio de soluções de mercado. É no mercado que as pessoas encontram muitos dos bens e serviços essenciais ao desenvolvimento de sua personalidade, como saúde, educação, moradia, previdência. Por vezes, a incapacidade do Estado de prestar adequadamente serviços públicos não dá alternativa às pessoas senão adquirir tais serviços no mercado.

Assim, a distribuição de riquezas deixa de ser um problema estritamente de direito público, para adentrar o campo do direito contratual. Os contratos são, numa sociedade capitalista contemporânea, uns dos mais importantes meios de distribuição de riqueza.

Não por outro motivo, sociólogos e juristas já viram nos contratos não só meios de troca, mas também de exercício de poder social². Os proprietários dos meios de produção detêm um poder inerente à importância dos bens e serviços que veiculam. Tal poder demanda a imposição de responsabilidades correspondentes, pena de tornar-se fatalmente um domínio tirano.

Por isso, é imprescindível que o Estado regule a forma como as pessoas adquirem bens e serviços essenciais por meio de contratos. Essas relações privadas têm uma importância social; não raro ditam as chances de vida das

² Vide: RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Translated by Agnes Schwarzhild. London: Routledge & Kegan Paul, 1949, p. 70-71 e 115; NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Organizador/revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 52-53 (original publicado em Festschrift für Erich Molitor. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben von Carl Nipperdey; München: Beck Verlag 1962, S. 17. Título no original: Grundrechte und Privatrecht; DÜRIG, Günther. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Organizador/revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 42-43. Para anotações sobre a teoria de “poder social” de Gamillscheg, vide LEWAN, Keneth M. The significance of constitutional rights: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 17, No. 3, pp. 571-601 (Jul. 1968), p. 578-579.

pessoas. A ausência de regulação neste campo equivaleria a um liberalismo sem freios, cego a valores outros que não o da reciprocidade.

Malgrado pareça óbvia a relevância de uma tal regulação, a forma como ela deve se dar é bastante controversa.

Assim, a questão levantada por Dworkin continua sem resposta. Transplantada para o direito contratual, ela indaga que tipo de regulação se deseja para instrumentalizar a divisão de riquezas ocorrida por meio dos contratos.

A dicotomia “existencial v. lucro”, mote deste trabalho, representa uma tomada de decisão frente à alegoria de Dworkin. De sua estrutura se infere a necessidade de tratamento diferente entre contratos que visam ao lucro e aqueles que veiculam ou envolvem bens e serviços de relevância primária para o desenvolvimento da personalidade.

Não por acaso, Antônio Junqueira de Azevedo expôs a dicotomia pela primeira vez em resposta a uma preocupação generalizada com um possível excesso de intervenção judicial nos contratos de consumo, os quais veiculam o maior número de bens e serviços essenciais³.

Nesse contexto, as categorias “existencial” e “de lucro” delimitariam territórios em que intervenções judiciais assumiriam contornos nitidamente diferentes⁴.

Na seara dos contratos de lucro, seria salutar, até necessário, que agentes econômicos ineficientes fossem expulsos do mercado⁵. Isso porque faz parte do jogo concorrencial que os agentes econômicos paguem o preço de estratégias equivocadas. A neutralização de erros, por meio de uma intervenção judicial aguda nos contratos, inviabilizaria a competição inerente a uma economia de mercado; torná-la-ia desinteressante do ponto de vista da inovação e do empreendedorismo⁶.

³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

⁴ Ibidem, loc. cit.

⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶ FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. 2ª edição, revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

Os contratos existenciais, por sua vez, instrumentalizariam relações que dão acesso a bens e serviços essenciais à subsistência humana. Nesse campo, a competição inerente ao ambiente empresarial não tem sentido.

Isso porque as pessoas naturais têm um valor intrínseco, uma dignidade, ou, nas palavras de Azevedo, “não são descartáveis”⁷. A imprescindibilidade de determinadas contratações para a subsistência de seres que têm um valor intrínseco é o que justificaria uma dogmática diferente para tais avenças, incluindo uma intervenção judicial mais aguda.

Certamente um dos méritos de Junqueira de Azevedo é ter enfrentado este problema com desassombro, propondo soluções práticas contundentes. A ineficácia de cláusulas contratuais que ofendem direitos fundamentais e a adoção da onerosidade excessiva subjetiva fora dos limites do Código de Defesa do Consumidor⁸, são apenas exemplos de soluções propostas por Azevedo que merecem estudo neste trabalho.

Essa alteração de pontos da dogmática contratual em função da qualidade de determinados contratos é um grande desafio para os civilistas, especialmente no que toca aos contratos existenciais, uma categoria nova. O risco evidente é o de romper com as regras postas, instaurar o caos por meio de conjecturas etéreas, distantes da letra da lei e da dogmática clássica⁹. E com isso, surge a possibilidade de adoção de visões unilaterais do contrato, de paternalismos exagerados que podem causar disfunções econômicas, a pretexto de dar limites razoáveis à busca pelo lucro.

⁷ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 304-305.

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

⁹ Não por acaso, é exatamente esta a angústia de Daisy Gogliano sobre a aplicação irrefletida da função social do contrato. Como se verá, há uma íntima relação entre o tema da função social do contrato e a distinção entre contratos existenciais e de lucro. “A função social do contrato, como razão e motivo, nos moldes em que está sendo proposta, cai no vazio, no subjetivismo, apta a conduzir a arbitrariedades, dada a sua relatividade, porque o que é social para um poderá não sê-lo para outro, e em nome do “social” como função, facilmente instaura-se a insegurança jurídica, adotando-se uma teoria revisionista dos contratos, influenciada pela compreensão vaga e imprecisa do negócio jurídico, nessa tendência cada vez mais presente para generalizações e abstrações” GOGLIANO, Daisy. A Função Social do Contrato (causa ou motivo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 99, p. 153-198, ano 2004. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67622>, p. 153. Acessado em 17.04.2017.

Tais questões se tornam mais eloquentes à medida em que nos deparamos com casos em que o Poder Judiciário brasileiro utilizou raciocínio parecido com aquele inerente aos contratos existenciais, a fim de evitar ofensas a direitos fundamentais da pessoa humana na seara contratual.

Tome-se como exemplo casos nada raros de planos de saúde empresariais que são resilidos unilateralmente, enquanto seus beneficiários se encontram em meio a tratamentos críticos.

Ao contrário do disposto para planos médicos individuais, a Lei dos Planos de Saúde e a Resolução Normativa ANS nº 195/2009 não vedam a rescisão unilateral de planos empresariais¹⁰, apenas impondo à operadora um prazo mínimo de vigência do plano a concessão de um aviso prévio de 60 dias.

Decisões de tribunais estaduais vêm contrariando a interpretação literal das referidas regras, especialmente quando a rescisão é noticiada em meio a tratamento de doença grave.

Na maioria dos casos, a noção de que o serviço contratado é essencial para seus beneficiários faz com que decisões considerem abusiva a rescisão do contrato empresarial sem motivação externada pela operadora. Em alguns casos, os Tribunais sinalizam a exigência de que a operadora abra uma renegociação do contrato antes de declarar sua intenção de rescindir, dada a importância que o plano de saúde tem para seus beneficiários¹¹.

¹⁰ Vale a transcrição do dispositivo: “Artigo 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: I - a recontagem de carências; II – a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e III – a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular”. BRASIL. **Lei Federal nº 9.656/1998**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm. Acessado em 17.04.2017.

¹¹ Vide excerto de julgado do TJDF: “4) **Em se tratando de bens essenciais como a proteção ou a cobertura de doenças, essa contratação não pode sofrer interrupção sem causa razoável e sem oportunidade de ampla discussão, revisão ou resolução das bases contratuais anteriores e oportunidade para a manutenção do contrato mediante reajustamento do custeio**”. BRASIL. TJDF. Apelação nº 20130111709368APC (Acórdão n.834965). 5ª TURMA CÍVEL. Desembargador Relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS. Desembargador Revisor SEBASTIÃO COELHO. Data de Julgamento: 26/11/2014. Publicado no DJE: 02/12/2014, pág.: 348. No TJSP: BRASIL. TJSP. Apelação nº 1119173-07.2014.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado.

Em outras decisões, reconhece-se a legalidade da rescisão unilateral do contrato pela operadora no caso dos planos empresariais, mas determina-se a continuidade da avença para empregados que estejam sob tratamento médico crítico, sob a ideia de que o bem da vida tutelado se sobrepõe a qualquer outro interesse negocial¹².

A diversidade de soluções judiciais para problemas parecidos revela a necessidade de parâmetros mais claros para a solução de problemas contratuais envolvendo situações existenciais. É preciso aprofundar as relações de interdependência entre autonomia privada e preservação da dignidade humana para dar cabo deste problema sem cairmos em casuísmos.

1. Síntese do problema

Como se viu, fenômenos de expansão e restrição da eficácia de cláusulas contratuais em consideração a direitos essenciais à subsistência humana são uma realidade no direito civil. Tais fenômenos nem sempre se estribam – ou deveriam se estribar - na invalidade do negócio jurídico ou de cláusula contratual, mas sim na perspectiva de que a falta de qualquer intervenção resultaria em prejuízo enorme a algum direito fundamental.

Os conceitos de contrato existencial e contrato de lucro são importantes para desvendar a racionalidade jurídica por trás das referidas decisões, porque nos ajudam a identificar interesses fundamentais no seio de tais contratos. As decisões judiciais passaram por esta averiguação, ainda que implicitamente.

A questão está em como fazer a racionalidade jurídica tomada nestas decisões emergir e tornar-se clara; como encontrar fundamentos que as justifiquem ou que as provem incorretas.

Desembargador Relator RÔMULO RUSSO. Data de julgamento: 14/02/2017. Data de registro: 14/02/2017.

¹² BRASIL. TJSP. Apelação nº 1017943-40.2015.8.26.0405. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES. Data do julgamento: 24/03/2017. Data de registro: 28/03/2017; BRASIL. TJSP. Apelação nº 1007422-78.2015.8.26.0100. Desembargador Relator RÔMULO RUSSO. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13/02/2017. Data de registro: 13/02/2017; BRASIL. TJSP. Agravo de instrumento nº 0000109-92.2015. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator LUIZ ANTONIO COSTA. Data de julgamento: 23/06/2015.

A dicotomia “existencial v. lucro” tem o mérito de tornar explícita a necessidade de tratamento diferenciado a categorias contratuais radicalmente distintas. Como visto, essas categorias têm o mérito de ampliar as justificativas de intervenção judicial nos contratos, delimitando, ao mesmo tempo, o campo de pertinência de tais justificativas.

A par de tais possibilidades, essa novel nomenclatura suscita ainda muitos questionamentos. Entre eles, as seguintes serão objeto deste trabalho:

- (i) Qual é a estrutura dos contratos existenciais e de lucro? Quais são os seus traços distintivos?
- (ii) Quais os fundamentos jurídicos e ideológicos da distinção entre contratos existenciais e de lucro? Elas se amoldam aos valores contidos na Constituição Federal e na legislação brasileira?
- (iii) O conceito de contrato existencial pode revelar mecanismos excepcionais de restrição da eficácia de avenças entre as partes e perante terceiros, a fim de preservar direitos fundamentais inerentes à subsistência humana?
- (iv) Por meio de quais princípios e cláusulas gerais essa distinção encontraria espaço para aplicação no ordenamento brasileiro?
- (v) Quais os limites e as diretrizes de tais mecanismos de restrição e expansão de eficácia?
- (vi) Como controlá-los a fim de manter intacta a liberdade de contratar e o princípio da obrigatoriedade dos contratos?
- (vii) Qual é o limite do sacrifício das partes a fim de preservar direitos fundamentais inerentes à subsistência humana?
- (viii) A distinção entre contratos existenciais e de lucro é exaustiva, ou seja, é capaz de abarcar todos os tipos de contrato? Se negativa a resposta, como abordar a dicotomia?

Tais questões precisam ser analisadas com cuidado de artesão. Afinal, a configuração dada aos contratos existenciais e as consequências desta distinção

afetam um balanço entre liberdade negocial e outros direitos fundamentais já estabelecido pelo direito civil clássico, com consequências diretas para a economia em geral e para os contratantes.

O desafio deste trabalho é justamente construir pontes dogmáticas seguras para a tutela de tais avenças, sem quebra da lógica econômico-social de tais contratos.

2. Plano do trabalho

O trabalho está dividido em 4 capítulos.

No primeiro capítulo, os contratos existenciais e de lucro são apresentados a partir do exame dos textos de Antônio Junqueira de Azevedo e da doutrina superveniente sobre o tema. Com isso, delimitar-se-ão as principais características dos contratos existenciais e de lucro.

No capítulo seguinte, busca-se elaborar um guia procedimental para elaboração e análise de decisões envolvendo contratos existenciais, a partir de teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para compreender a faceta material dos problemas a serem resolvidos por meio da dicotomia, dedicou-se o terceiro capítulo à análise de teorias brasileiras e estrangeiras sobre regulação contratual que tenham sido delineadas em função do papel econômico e social dos contratos.

No último capítulo, as diferenças relativas à intervenção judicial nos contratos existenciais e de lucro são criticamente analisadas, propondo-se soluções práticas aos problemas abordados ao longo do trabalho.

A causa final e a cláusula geral da função social do contrato são condutoras da referida análise, traçando um iter analítico das situações jurídicas abarcadas pelas categorias contratuais, bem como dos limites e possibilidades de intervenção judicial nos contratos existenciais e de lucro.

1 CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO: APRESENTAÇÃO E ESTUDO ANALÍTICO DA DICOTOMIA

Chamada de “dicotomia do século XXI”¹³, a oposição entre “contratos existenciais” e “contratos de lucro” foi objeto de estudo de Antônio Junqueira de Azevedo nos últimos anos de sua vida acadêmica. Poucos - mais precisamente, quatro - são seus escritos sobre o tema¹⁴.

Nos contratos existenciais, ao menos um dos contratantes é uma pessoa natural a satisfazer, com o objeto do contrato, uma necessidade existencial. Para Junqueira de Azevedo, entidades sem fins lucrativos também poderiam firmar contratos existenciais, por extensão do conceito¹⁵. Essa ideia será objeto de debate no item 1.2.4 deste trabalho.

Os contratos de lucro, por sua vez, seriam firmados “entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre empresário e não-empresário, desde que este último tenha celebrado o contrato com o fim de lucro”¹⁶.

Na obra de Junqueira de Azevedo, o sentido da dicotomia “existencial v. lucro” foi eloquentemente exposto por uma analogia à descartabilidade.

Para o autor, nos contratos de lucro, seria salutar que “players” ou profissionais menos qualificados fossem descartados do mercado, como uma consequência natural da dinâmica empresarial. Logo, o princípio da

¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma direto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

¹⁴ São eles: (i) ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, p. 91-110, abril-junho/2008; (ii) GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100-101; (iii) AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182-198; (iv) AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma direto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

¹⁵ ENTREVISTA, op. cit., p. 304-305.

¹⁶ GOMES, Orlando, op. cit., p. 100.

obrigatoriedade dos contratos deveria vigorar com mais rigidez no âmbito de tais avenças¹⁷.

Parte-se do princípio de que o empresário ou profissional tem o ônus de suportar uma gama maior de intercorrências contratuais, as quais seriam decorrência de estratégia comercial, permeada pelo risco e premiada pelo lucro¹⁸.

Nos contratos existenciais, a lógica deveria ser diferente. Segundo Junqueira de Azevedo, as pessoas não seriam “descartáveis”, pelo que a celebração e execução de tais contratos deveria ser vista sob uma ótica sensível a direitos fundamentais, como a vida, a saúde, o direito à habitação¹⁹.

Segundo o autor, a dicotomia visa a conciliar o funcionamento da economia com um desenvolvimento econômico que não seja cego ao valor do ser humano²⁰. A influência de direitos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação na dogmática contratual seria o objetivo da definição de contratos existenciais²¹. Os contratos de lucro, por sua vez, deveriam ser regulados de forma a preservar a estabilidade e segurança das relações interempresariais.

O objetivo da dicotomia, portanto, é realçar as diferentes racionalidades que regem esses extremos contratuais, conferindo-lhes disciplina distinta, apesar do regime predominantemente homogêneo adotado pelo Código Civil.

¹⁷ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, p. 91-110, abril-junho/2008, p. 304-305.

¹⁸ A importância de uma tutela que valorize as escolhas racionais dos agentes econômicos em um ambiente empresarial é bem explicada por Paula Forgioni:

“Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim e o sistema jurídico (i) estaria cometendo um equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou (ii) desestimularia contratações. esse passo da exposição, é possível compreender: um ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. Em termos bastante coloquiais, o remédio erradicaria a doença, mas também mataria o doente. Seria, por assim dizer, a condenação da busca pela vantagem competitiva”. FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 93-94.

¹⁹ ENTREVISTA, op. cit., p. 304-305.

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

²¹ ENTREVISTA, op. cit., p. 304-305.

1.1 FUNCIONALIDADES

Devido à lógica intrínseca aos contratos de lucro, um regime de menor interferência judicial seria aplicável à categoria. Por exemplo, a onerosidade excessiva só seria cabível em tais avenças de maneira objetiva²², quer dizer, quando encontra raiz numa desproporção superveniente entre as prestações convencionadas. A onerosidade excessiva baseada numa condição pessoal do devedor - dita subjetiva -, não teria espaço no campo dos contratos de lucro, porque representaria uma indulgência impertinente para com erros estratégicos do devedor, uma mitigação de riscos contratualmente assumidos. Aliás, essa é a regra geral insculpida no artigo 478 do Código Civil, válida para todos os contratos, salvo disposição de lei especial em contrário²³.

Além disso, os usos empresariais teriam um papel interpretativo acentuado nos contratos de lucro, bem como boa-fé e função social do contrato incidiriam sobre tais avenças de maneira bastante peculiar, em vista do contexto de mercado em que inseridas²⁴.

Danos morais seriam inaplicáveis no âmbito dos contratos de lucro, enquanto plenamente cabíveis no descumprimento de contrato existencial²⁵.

Nos contratos existenciais, por sua vez, a vinculação da avença à satisfação de uma necessidade primária e humana exigiria uma postura diferente do magistrado. Princípios como a boa-fé e a função social do contrato teriam aplicação qualitativamente diversa em tais avenças, devido a uma valoração de seu fim

²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

²³ Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no Direito Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-19112010-082708. Acesso em: 18.04.2017, p. 81-82.

²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

²⁵ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, p. 91-110, abril-junho/2008, p. 305.

existencial²⁶. Sobre tais avenças incidiriam também princípios de aplicação restrita, como a dignidade da pessoa humana²⁷.

Cláusulas contratuais violadoras de direitos fundamentais do ser humano poderiam ser consideradas ineficazes, à luz da função social do contrato²⁸.

Para Junqueira de Azevedo, o Código Civil deteria um sistema de nulidades que já abarcaria, de forma genérica, os casos de invalidade ligados à finalidade do contrato – seja existencial ou de lucro –, como o objeto ilícito, ou o motivo determinante ilícito. Portanto, apenas quando a violação de direitos fundamentais da pessoa humana se desse por fato superveniente, seria possível declarar ineficazes as respectivas cláusulas contratuais violadoras²⁹.

Note-se que, no pensamento do autor, a ineficácia de uma convenção não necessariamente está relacionada a uma ilegalidade. Sua proposta é inovadora porque, a par da legalidade da cláusula contratual, seria possível, excepcionalmente, que ela fosse considerada ineficaz, ou modulados os seus efeitos, devido a fatos supervenientes que tornassem sua execução ofensiva a direitos fundamentais do ser humano³⁰.

Nessa linha, Junqueira de Azevedo também dividiu a possibilidade de aplicação da onerosidade excessiva subjetiva aos contratos existenciais³¹. Quer dizer, nos contratos existenciais, a onerosidade excessiva não estaria necessariamente ligada à equação de reciprocidade entre as prestações, mas sim

²⁶ No mesmo sentido: MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 300-304; AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 106; FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. RT: São Paulo, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014, p. 6 da versão eletrônica.

²⁷ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, p. 91-110, abril-junho/2008, p. 305.

²⁸ ENTREVISTA, op. cit, p. 305-306.

²⁹ ENTREVISTA: op. cit, loc. cit.

³⁰ Optou-se por utilizar a expressão “direitos fundamentais da pessoa humana” em vista da ideia comumente aceita de que organizações, pessoas jurídicas também gozam de certos direitos fundamentais. Neste sentido, vide CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional: e teoria da Constituição*. 7ª edição. COIMBRA: Almedina (s.d.), p. 420.

³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

à própria capacidade do devedor de cumprir com suas obrigações sem prejuízo do necessário à sua sobrevivência digna³².

Sob tal perspectiva, a dicotomia “existencial v. lucro”, sugere uma possível superação de racionalidades baseadas tão somente na justiça comutativa. Para além da legalidade de uma cláusula contratual, seria possível à regulação contratual ceder a imperativos de justiça distributiva – ainda que excepcionalmente – a fim de resguardar direitos fundamentais do ser humano no seio do direito contratual.

Assim, a tutela dos contratos existenciais seria qualitativamente distinta da dos contratos de lucro, dado que sua dogmática abrangeria outras racionalidades, para além das ideias de consenso e reciprocidade, fim lucrativo e risco.

Quando aborda a disparidade entre contratos existenciais e de lucro, a doutrina tem a tendência natural de escolher um dos polos da dicotomia como centro da investigação, salvo raras exceções³³. Há uma proeminência de estudos sobre os contratos existenciais, tendo em vista a novidade da taxonomia. Em geral, destaca-se o papel da dicotomia na regulação da incidência de novos princípios contratuais – boa-fé, função social e equilíbrio contratual -, conferindo-se uma tutela

³² Nesse sentido, vide: FERRAZ, Patricia Sá Moreira de Figueiredo. **A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos**: a concorrência na aplicação da regra dos artigos 317 e 478 do Código Civil vigente. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-16052016-163448. Acesso em: 17.04.2017, p. 69-70; CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no Direito Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-19112010-082708. Acesso em: 18.04.2017, p. 81-82.

³³ Os seguintes trabalhos foram base desta investigação: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010; AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011; FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadosribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014; MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292-307; BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6, p. 69-94, out-dez/2015; SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, jul-set/2016.

mais protetiva aos contratos existenciais³⁴. Prega-se uma sobreposição de situações existenciais, em detrimento do aspecto patrimonial dos contratos existenciais³⁵. Diz-se que os contratos existenciais confeririam visibilidade à dignidade da pessoa contratante, exigindo um exercício de ponderação quando da aplicação de direitos fundamentais aos contratos existenciais³⁶.

Assim, a finalidade da dicotomia parece residir justamente na regulação de cada um dos extremos contratuais a partir dos papéis que tais contratos exercem na sociedade.

O primeiro passo para responder às questões que movem este trabalho está em identificar, na estrutura dos conceitos de contrato existencial e lucro, as justificativas necessárias para que tais contratos sejam tratados de maneira diferente.

Tanto por isso, no próximo capítulo, analisaremos como tais contratos são conceituados na obra de Antônio Junqueira de Azevedo e na doutrina superveniente sobre o tema, a fim de identificarmos os elementos diferenciadores de tais categorias.

1.2 A ESTRUTURA DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO

A delimitação definitiva da dicotomia por Junqueira de Azevedo parece ter ficado em aberto. De fato, os contratos existenciais e de lucro já foram definidos de forma diferente em seus escritos.

³⁴ SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, jul-set/2016, p. 110; MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297; AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 106.

³⁵ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6, p. 69-94, out-dez/2015, p. 90

³⁶ Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadosribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014, p. 8 (versão eletrônica).

Segundo o autor, o critério de distinção entre os contratos existenciais e de lucro seria exclusivamente subjetivo, se possível, ou então subjetivo-objetivo. Não se explicitou, todavia, em que consistiriam tais critérios subjetivos, ou subjetivo-objetivo³⁷. Sua caracterização é deduzida da descrição das duas categorias em sua obra.

A menção (i) às partes contratantes e (ii) ao objeto³⁸ da contratação e sua destinação é uma constante nas definições de Junqueira de Azevedo. Variam os personagens – empresários, não-empresários, pessoas naturais, pessoas jurídicas – mas a relevância da qualidade das partes contratantes permanece patente. Aliada a esse fator está não apenas o objeto da contratação – bem, serviço, contraprestação em pecúnia -, mas também a destinação do objeto contratual, se existencial ou “de lucro”.

Presume-se, portanto, que o critério subjetivo-objetivo de Azevedo tenha em mente esses dois fatores: (i) o objetivo, consistente no objeto da contratação e sua destinação; e (ii) o subjetivo, referente às peculiaridades dos contratantes. Por meio da referida dedução, torna-se mais fácil a identificação dos pontos de distinção entre tais contratos e sua relevância, o que será feito nos subitens a seguir.

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 186.

³⁸ Aqui o termo “objeto da contratação” é utilizado para se referir ao bem ou direito negociado por meio do contrato. Adotamos, portanto, definição em tudo semelhante à de a uma certa concepção de objeto do negócio jurídico, adotada por Pontes de Miranda, Francesco Galgano e Alberto J. Bueres. Para tais autores, o objeto do negócio jurídico é diferente de seu conteúdo. O conteúdo do negócio jurídico contempla as disposições da declaração de vontade, enquanto o objeto é o bem ou direito sobre o qual incidem tais disposições. Vide GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Tradução de Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa. Madrid: Tirant lo Blanch, p. 123. BUERES, Alberto J. **Objeto del negocio jurídico**. 2ª edição. Buenos Aires: Hammulabi, 1998, p. 58-59; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 3, § 276, item 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

1.2.2 Objeto dos contratos de lucro

Algo que permaneceu imutável nas descrições de Junqueira de Azevedo é a distinção dos contratos de lucro por meio da finalidade da contratação. Seriam tais avenças firmadas com escopo bilateral de lucro. Ou seja, ambos os contratantes firmariam o negócio com o fim de obter uma mais-valia, sem finalidade existencial.

Questiona-se, no ponto, se contratos referentes a aplicações financeiras e investimentos firmados por pessoas físicas poderiam ser caracterizados como contratos de lucro. Como mencionado, a doutrina brasileira adota a noção de que os contratos de lucro abrangem não só os contratos interempresariais, mas todos aqueles em que ambas as partes visem ao lucro³⁹.

É preciso enxergar tal situação com cuidado, todavia. Há uma potencial diferença entre um investimento em poupança ou em previdência privada, e.g., e um investimento de alto risco, como uma aplicação em derivativos.

No caso da poupança e da previdência privada, é possível que o valor investido pela pessoa física seja de especial importância para seu sustento atual ou na velhice, por exemplo. Indicativo disso é que o próprio Código de Processo Civil considera os rendimentos da poupança impenhoráveis, até o montante de 40 salários mínimos⁴⁰.

Não se quer aqui estender a impenhorabilidade da poupança a outros investimentos, como a previdência privada. Entende-se razoável, todavia, a existência de uma tutela qualitativamente diferente para investimentos de baixo

³⁹ Nesse sentido: ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 304-305; MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293; FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014, p. 7 da versão eletrônica; SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, jul-set/2016. Disponível em versão eletrônica em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acessado em 01.02.2017, p. 5 da versão eletrônica.

⁴⁰ Vide artigo 833, inciso X do Código de Processo Civil.

risco que têm uma finalidade comprovadamente existencial, especialmente na relação entre instituição financeira e consumidor.

Esse tipo de tutela não se aplica, por exemplo, aos investimentos de alto risco, como os derivativos, porque o alto perigo envolvido no negócio impede concluir-se que tal valor tenha importância existencial.

1.2.3 Objeto dos contratos existenciais

Os contratos existenciais foram definidos na obra de Junqueira de Azevedo ora por exclusão, ora por instrumentalidade em relação à subsistência de pessoa natural.

Com efeito, em dois de seus escritos⁴¹, os contratos existenciais são identificados como todos aqueles em que não há escopo bilateral de lucro. Assim, por exemplo, todos os contratos de consumo seriam contratos existenciais, inobstante a finalidade concreta do contrato. Muito embora Azevedo mencione nestes textos a eventual importância de tais contratos para a subsistência da pessoa natural, não seria tal circunstância imprescindível à caracterização do contrato existencial.

Em entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil, todavia, Junqueira de Azevedo indicou expressamente que os contratos existenciais seriam firmados por pessoas naturais com intuito de conseguir o quanto necessário para sua subsistência⁴². Nesse sentido, poder-se-ia cogitar se todos os contratos de consumo seriam existenciais, ou se apenas a parcela deles que estivesse indubitavelmente ligada à obtenção de bens e serviços essenciais à subsistência humana poderia ser incluída na classificação.

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100-101.

⁴² ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 305-306.

Em linhas gerais, os autores que escreveram sobre a dicotomia “existencial v. lucro” são concordes quanto à caracterização dos contratos existenciais como aqueles firmados para satisfação de necessidades básicas⁴³.

Ruy Rosado de Aguiar busca identificar o objeto dos contratos existenciais por meio da Lei de Greve, que em seu artigo 10 lista como serviços essenciais, para fins de movimento paredista, os seguintes: (i) tratamento e abastecimento de água; (ii) produção e distribuição de energia elétrica; (iii) gases e combustíveis; (iv) assistência médica e hospitalar; (v) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; (vi) serviços funerários; (vii) transporte coletivo; (viii) captação e tratamento de esgoto e lixo; (ix) serviços de telecomunicação; (x) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; (xi) processamento de dados ligados a serviços essenciais; (xii) controle de tráfego aéreo; (xiii) compensação bancária⁴⁴.

Essa lista de serviços, guardada a pertinência de alguns deles para a subsistência da pessoa humana, poderia ser um primeiro guia do objeto dos contratos existenciais.

Citando Teresa Negreiros, Aguiar argumenta também que a classificação das benfeitorias contida no artigo 96 do Código Civil poderia auxiliar na classificação do objeto dos contratos existenciais⁴⁵. Para Negreiros, assim como as benfeitorias são classificadas de acordo com a função que desempenham junto a um bem principal, o objeto de um contrato poderia ser classificado em função de

⁴³ Nesse sentido, vide: AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 101; BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6, p. 69-94, out-dez/105, p. 90; FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. RT: São Paulo, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadosribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014, p. 6 da versão eletrônica; MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 298; SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, Jul-Set/2016. Disponível em versão eletrônica em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em 01.10.2017, p. 5 (da versão eletrônica).

⁴⁴ AGUIAR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 101.

⁴⁵ Ibidem, loc. cit.

sua utilidade para o contratante. O objeto do contrato poderia ser, então, existencialmente essencial, útil ou supérfluo⁴⁶.

Murilo Rezende dos Santos, por sua vez, vê no artigo 1920 do Código Civil um outro guia para a definição do objeto dos contratos existenciais. Na dicção do dispositivo, o legado de alimentos abrangeria necessidades como o vestuário, a casa, o sustento e a cura do legatário, bem como a educação, se o legatário for menor⁴⁷.

Para Ruy Rosado de Aguiar⁴⁸, nem todos os contratos de consumo se encaixariam nessa definição, porque não se consome apenas o que é essencial. Na mesma linha, Keila Pacheco e Fernando Rodrigues Martins⁴⁹ entendem que os contratos existenciais ressaltam a essencialidade da prestação, com o objetivo de preservar a vida do vulnerável, o mínimo existencial. Nem todos os contratos de consumo dizem respeito ao mínimo existencial.

Ao revés, Marco Fábio Morsello⁵⁰ defende que os contratos de consumo deveriam ser incluídos entre os contratos existenciais, eis que em geral dizem respeito à subsistência da pessoa. Ainda que a definição de Morsello seja mais ampla, o escopo de satisfação de necessidades primeiras da pessoa natural não deixa de ser o coração dos contratos existenciais em seu texto. Apenas se presume que todos os contratos de consumo dizem respeito a necessidades básicas.

Ao nosso ver, chamar de existencial todo e qualquer contrato de consumo não atende à finalidade da distinção. A hipossuficiência do consumidor já é tutelada

⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 391.

⁴⁷ SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, Jul-Set/2016. Disponível em versão eletrônica em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em 01.10.2017, p. 5 (da versão eletrônica).

⁴⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 103.

⁴⁹ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadosribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014, p. 6 da versão eletrônica.

⁵⁰ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297.

pelo Código de Defesa do Consumidor de maneira eficiente, independentemente da essencialidade do bem contratado. A proposta da dicotomia “existencial v. lucro” não é reinventar a tutela do consumo, mas sim ressaltar um outro aspecto contratual: a tutela de direitos fundamentais ligados à subsistência da pessoa humana – o que também transborda a tutela dos direitos do consumidor.

Preferimos, portanto, que sejam chamados de existenciais aqueles contratos em que ao menos um dos contratantes tenha firmado a avença com o fim precípua de satisfazer necessidades essenciais à subsistência humana.

Além do artigo 10 da Lei de Greve e do artigo 1920 do Código Civil, é possível identificar o objeto dos contratos existenciais com o rol de direitos fundamentais sociais contido nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal. Assim, contratos que envolvam, em seu objeto, o direito ao trabalho, à moradia, à integridade física, à alimentação, ao lazer, à segurança, entre outros, podem ser considerados contratos existenciais.

Note-se que o rol dos referidos direitos fundamentais sociais não é exaustivo. De acordo com § 2º do artigo 5º da Constituição, os direitos fundamentais expressos na Lei Maior não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou por tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

De fato, é pertinente que o rol de necessidades básicas que caracterizam os contratos existenciais permaneça aberto. Necessidades básicas são contingentes, mudam de acordo com o contexto histórico e social em que inserido o contrato. Assim como os direitos fundamentais não são “*numerus clausus*”, tampouco os direitos da personalidade⁵¹, as necessidades básicas satisfeitas por meio de contratos existenciais devem se manter numa lista aberta a adaptações.

⁵¹ Nesse sentido, vide CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 605-630.

1.2.3 Agentes dos contratos de lucro

No primeiro de seus textos sobre o tema, Junqueira de Azevedo deu à dicotomia a denominação “contratos existenciais e empresariais”. Nesse momento, o autor identificava o polo não existencial da dicotomia com os contratos empresariais. Portanto, a dicotomia “existencial v. lucro” oporia basicamente a lógica dos contratos firmados entre empresários – pessoas físicas ou jurídicas – à finalidade dos contratos existenciais⁵².

A visão de Junqueira de Azevedo sobre o espectro da dicotomia pareceu mudar quando, em 2008, trocou a expressão “contratos empresariais” por “contratos de lucro”. Ali já se tornava explícito o questionamento quanto às fronteiras da categoria, “especialmente nas situações limítrofes como as de pessoas naturais, que mesmo fora do exercício profissional, visam ao lucro, ou as de empresas muito pequenas”⁵³.

Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa que vende um pertence seu, como um imóvel, com ágio, mas sem habitualidade e, ao mesmo tempo, sem escopo existencial. Ou seja, o fruto do contrato não estaria destinado à subsistência do agente.

Não há dúvidas de que referido contrato é um contrato civil, não empresarial. Muito embora o escopo do contratante seja o de lucrar, não se pode dizer que ele esteja agindo profissionalmente, ou em um ambiente institucional de mercado. Trata-se de uma venda não-habitual, da qual um dos contratantes tirou um proveito não existencial.

Ainda assim, sua oposição aos contratos existenciais é de importância não desprezível. Com efeito, os contratos existenciais visam a conferir uma tutela qualitativamente diferente a avenças envolvendo bens e serviços essenciais à subsistência humana. Seria uma deturpação da dicotomia conferir um tratamento

⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

⁵³ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 304-305.

benéfico a contratos em que esse tipo de necessidade essencial não existe. Daí a relevância de se incluir esse tipo de avença sob o guarda-chuva dos contratos de lucro. Isso não significa, ao mesmo tempo, que tais contratos devam ser tratados como empresariais.

Pode-se dizer, portanto, que a denominação “contratos de lucro” não se identifica somente com a noção de contratos empresariais. Embora os contratos empresariais estejam contidos entre os contratos de lucro e sejam a maior expressão da categoria, esta última denominação abarca outras avenças para além daquelas firmadas em ambiente mercantil, interempresarial.

Necessário reconhecer, todavia, que a dicotomia “existencial v. lucro” se torna tão mais aguda quando comparamos contratos existenciais com contratos interempresariais, em que as partes têm toda a sua atividade voltada ao lucro. Contratos civis que visam ao lucro e contratos interempresariais não têm a exata mesma regulação, dada as peculiares dos contratos interempresariais. Para fins da dicotomia, todavia, podem ser agrupados na mesma categoria, para contraposição aos contratos existenciais.

Na contramão desse entendimento, Ruy Rosado de Aguiar defende que nem todo contrato de lucro seria empresarial, e vice-versa. Não seria verdadeiro que todos os contratos firmados entre empresas visariam ao lucro; tampouco todo contrato interempresarial poderia ser categorizado como de lucro⁵⁴.

Assim, contratos de lucro e contratos empresariais seriam duas categorias distintas que, juntas, deteriam uma interseção em comum: os contratos empresariais de lucro.

Aguiar dá dois exemplos de sua tese: (i) um acordo de acionistas, que é empresarial, mas não de lucro e (ii) a compra e venda de um imóvel por dois empresários, que seria de lucro, mas não empresarial⁵⁵.

No ponto, Aguiar tem uma visão bastante restrita dos contratos denominados “de lucro”. Para o autor, contratos de lucro seriam apenas aqueles que tem como fim direto o lucro, como a compra e venda, a distribuição, a franquia. Outros

⁵⁴ AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 105

⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

contratos, ainda que necessários ao funcionamento de uma sociedade empresarial, não poderiam ser tidos como de lucro.

Em nosso ponto de vista, a afirmação de Aguiar de que nem todos os contratos interempresariais visam diretamente ao lucro é válida, mas não impede a inclusão de todos os contratos interempresariais na seara dos contratos de lucro.

Tome-se como exemplo um acordo de acionistas, tido por Aguiar como um contrato interempresarial sem fim de lucro. Muito embora o resultado do acordo de acionistas não seja, diretamente, a obtenção de uma mais-valia, tal contrato parassocial é utilizado para controlar as decisões a serem tomadas pela sociedade. Tais decisões estão – salvo abuso dos quotistas/acionistas - voltadas à atividade empresarial, que tem objetivo de lucro.

Negar que tal contrato visa, indiretamente, ao lucro, por estar embrenhada na atividade empresarial, seria o mesmo que negar os fins lucrativos do contrato que une duas ou mais pessoas em torno de uma sociedade. Muito embora o contrato social não vise diretamente ao lucro, mas sim ao estabelecimento da própria sociedade, a atividade empresarial tem fins essencialmente lucrativos, obtidos diretamente de outros contratos, firmados com o público. Tal fato contamina a própria causa do contrato social, e o coloca necessariamente sob uma ótica de mercado. O mesmo tem que ocorrer, necessariamente, com os pactos parassociais, que instrumentalizam as relações entre acionistas.

A sua vez, a compra e venda de um imóvel por ente empresarial está inserida na sua atividade empresarial. O imóvel, no caso, é parte dos bens afetados para a atividade empresarial, que tem fins lucrativos. A avença se contamina, portanto, pelo contexto empresarial em que inserido.

Não nos parece proveitoso que o termo “contratos de lucro” seja entendido de forma literal, abrangendo apenas os contratos que tem como resultado imediato o lucro.

Junqueira Azevedo também incluiu entre os contratos de lucro aqueles firmados entre profissionais – advogados, médicos, por exemplo – no exercício de

sua profissão⁵⁶. Ora, em geral, os contratos firmados no exercício profissional também instrumentalizam uma atividade econômica com fins lucrativos, de modo que não diferem, em sua essência, dos contratos empresariais.

Com isso, nota-se que a finalidade da dicotomia estudada por Junqueira de Azevedo não era descer às minudências dos contratos para checar se o lucro estava diretamente envolvido na transação. O objetivo era o de criar blocos de tipos contratuais opostos, firmados em ambientes diferentes: de um lado, os existenciais; de outro, os “de lucro”, em que a mais-valia é a finalidade da atividade econômica, de maneira habitual ou não, na figura de um empresário, profissional liberal ou simples pessoa física⁵⁷.

Não fosse assim, muitos contratos existenciais deveriam ser chamados de contratos de lucro. Afinal, a maioria das avenças existenciais gera muito lucro ao empresariado. O tom da distinção está na adoção de diferentes padrões de racionalidade para contratos que lidam com a realização de interesses diferentes, e não necessariamente na obtenção direta de lucro a partir da avença.

1.2.4 Agentes dos contratos existenciais

É essencial para a caracterização de um contrato existencial que ao menos uma das partes esteja buscando, por meio do contrato, a satisfação de necessidades essenciais à subsistência humana.

Por parte deve-se considerar não só aquelas que celebram o contrato, como também aquelas que, por força de institutos como a estipulação em favor de terceiro, promessa de fato de terceiro, contrato com pessoa a declarar, passam a fazer parte da avença após a sua celebração.

⁵⁶ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 304-305.

⁵⁷ Paula Forgioni ressalta a instrumentalidade dos contratos empresariais em relação aos fins lucrativos da empresa: “O *fim lucrativo* é a característica fundamental a partir do qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis. Nestes, *todos* os polos têm sua atividade global voltada ao lucro, sendo o contrato (oneroso) um *instrumento* para atingir esse fim maior. Não fosse dessa forma e a lógica que marca as transações empresariais mostrar-se-ia completamente diversa, pois as partes seriam impelidas pela busca da satisfação de outra necessidade”. FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

Exemplo típico de contratos existenciais dessa natureza são os planos de saúde concedidos no bojo de contratos de trabalho. Muito embora o plano de saúde seja primeiramente firmado entre empregador e operadora, é certo que o terceiro a quem se estipula o benefício passa a fazer parte da relação jurídica contratual a partir do momento em que aceita o benefício. A finalidade existencial do contrato, por sua vez, completa o encaixe desse tipo contratual aos contratos existenciais, no que toca o beneficiário do plano.

1.2.4.1 Entidades sem fins lucrativos

Muito embora Junqueira de Azevedo tenha, em um primeiro momento, limitado os contratos existenciais àqueles em que ao menos uma parte é pessoa natural, tal critério foi logo expandido pelo autor, para abarcar entidades sem fins lucrativos⁵⁸. Em artigo sobre o tema, Ruy Rosado de Aguiar⁵⁹ adotou a mesma tese, acrescentando que, a seu ver, o conceito de contrato existencial poderia ser aplicado às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, desde que fosse possível “ver” a pessoa natural para qual existe a associação.

O fato de uma entidade ter fins não-lucrativos efetivamente não significa que os contratos por ela firmados não visam ao lucro. Apenas indica que referido lucro será utilizado para a manutenção ou expansão das atividades da própria entidade. E nem todas as entidades sem fins lucrativos têm objetivos existenciais.

Exemplo disso é a Confederação Brasileira de Futebol (“CBF”), uma entidade sem fins lucrativos, por associação que é⁶⁰. Tratar os contratos da CBF como existenciais seria um grande contrassenso, devido (i) ao fim institucional da associação; e (ii) à realidade econômica da entidade.

Não basta, portanto, pensar no fim não-lucrativo de uma entidade para classificar os contratos que ela forma como existenciais. Em alguns casos, isso

⁵⁸ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 305.

⁵⁹ AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 101.

⁶⁰ Nos termos do artigo 53 do Código Civil, toda associação tem fins não lucrativos.

seria o mesmo que confundir a causa impulsiva de um contrato – geralmente irrelevante - com a sua causa final. Seria confundir a função da entidade com a função dos contratos que ela firma.

Uma mesma associação firma contratos de trabalho, de empreitada, de compra e venda, mútuos, comodatos. Os interesses regidos por tais contratos são distintos entre si, como evidencia a própria causa típica de cada um deles. Se olharmos a fundo cada uma das avenças, enxergaremos um mar de interesses distintos tutelados por cada um dos contratos. Notaremos que muitos desses contratos têm fins lucrativos, ainda que a finalidade da entidade seja prestar auxílio a crianças desamparadas, por exemplo. O destino de tal lucro é algo que, em geral, não interessa ao contrato.

Tome-se como exemplo uma entidade sem fins lucrativos que usa todo o lucro de um restaurante de sua propriedade para manter uma creche. Seria cabível tratar o inadimplemento de contratos de compra e venda de insumos do restaurante de forma diferente, apenas porque todo o lucro da entidade serve a uma creche?

Parece-nos que não. A operação econômica do restaurante é, em si, lucrativa. Não há escusa válida, portanto, para abrandar os efeitos de eventual inadimplemento e execução das dívidas de tal restaurante. O restaurante pode até existir em função de um fim existencial, mas tal fim não afeta a causa do contrato de compra e venda de insumos.

Muito diferente seria pensar, por exemplo, em um contrato de locação firmado por uma entidade sem fins lucrativos para abrigar crianças que, após o turno escolar, recebem reforço, alimentação e um abrigo enquanto seus responsáveis estão no trabalho. Em outras palavras, o espaço funcionaria como uma creche, sem fins lucrativos. Nesse caso, o próprio objeto do contrato é utilizado diretamente para fins existenciais, sendo bastante provável que a destinação do objeto da avença integre sua causa final.

Neste último caso, muito embora se trate de um contrato firmado entre duas pessoas jurídicas, parece evidente a existência de um forte traço existencial na contratação. Tal traço não está radicado na existência e propósito da pessoa jurídica sem fins lucrativos, mas sim na destinação do objeto do contrato, ligado à satisfação de interesses existenciais de terceiros.

Não por outro motivo, o prazo para despejo por falta de pagamento do aluguel é de, no mínimo 6 (seis) meses e de no máximo 1 (um) ano, devendo coincidir com as férias escolares, caso se trate de instituição de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público, nos termos do artigo 63, § 1º da Lei de Locação.

O fim existencial desse contrato de locação é tão evidente que própria lei previu um prazo e um momento diferenciados para desocupação do imóvel, justamente para que direitos fundamentais de terceiros não fossem agredidos pelas vicissitudes do contrato.

E ainda que tal entidade não se enquadrasse no conceito de estabelecimento de ensino, o fato de o objeto do contrato servir diretamente a um fim existencial deveria ser objeto de consideração do magistrado em caso de um litígio envolvendo o despejo da creche, por exemplo, porque tal fim existencial é de ciência de ambas as partes e, provavelmente, integra a própria causa da avença.

Assim, muito embora em regra uma entidade sem fins lucrativos não possa firmar contratos existenciais, é evidente que, a depender da destinação do objeto contratual, é possível que se evidencie um traço existencial em tais contratos, que demande tutela específica. É necessário que o objeto do contrato seja utilizado diretamente para a satisfação de necessidades primeiras ou de alta relevância ao desenvolvimento da personalidade de pessoas naturais para que isso ocorra.

1.2.4.2 Pequenas empresas

Em artigo sobre a dicotomia de Azevedo, Ruy Rosado de Aguiar⁶¹ defende a possibilidade de caracterizar como existenciais contratos firmados por empresas muito pequenas, desde que se possa ver claramente que a pessoa jurídica surge como instrumento de realização de interesses precípuos da pessoa física.

Pensamos que estender a noção de contratos existenciais a pequenos empresários tira o foco da distinção da dignidade da pessoa humana. Inclui

⁶¹ AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011, p. 103.

contratos firmados entre empresários - ou seja, com escopo de lucro – entre os contratos existenciais, indevidamente.

A inclusão de empresários, de menor porte que sejam, no campo dos contratos existenciais enfraquece a definição. Não está ela baseada na dignidade da pessoa humana e na existência de respectivos direitos fundamentais ligados à subsistência humana? Estender a definição para pessoas jurídicas ou firmas individuais seria elastecer indevidamente o campo desses valores. Ao mesmo tempo, desvirtua-se sem critério a lógica dos contratos empresariais

Pequenos ou grandes empresários estão inseridos no mesmo ambiente de mercado, no mesmo contexto econômico, e devem ser tratados segundo tal ótica. O tamanho dos empreendimentos pode ser diferente, mas o feixe de contratos firmados pelos empresários tem escopo de lucro, porque instrumentaliza a atividade empresarial, por si permeada pelo risco.

Uma vez inseridos no ambiente institucional comercial, a inclusão de contratos firmados por pequenos empresários entre os contratos existenciais se justificaria primordialmente para conceder-lhes uma tutela protetiva frente a empresários de maior porte. O foco da distinção, portanto, passaria da proteção de direitos existenciais para a equalização de possíveis disparidades de poder econômico entre os contratantes.

A nosso ver, a questão do abuso de poder econômico nas relações contratuais empresariais é importantíssima, mas deve ser tratada de forma separada da tutela dos contratos existenciais. Trata-se de matéria que se afina justamente com a disciplina específica dos contratos de lucro. A distinção entre “existencial v. lucro” perderia sentido se parte dos contratos de lucro fosse tratada sob a rubrica de existenciais.

Pensa da mesma maneira Marco Fábio Morsello⁶², para quem uma noção pretoriana maximalista dos contratos existenciais acarretaria, por um lado, um “spreading” social negativo e, de outro, uma generalização que enfraqueceria a especificidade natural da distinção entre contratos existenciais e de lucro.

⁶² MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 307.

De fato, no ambiente de mercado, eventuais prejuízos ou revezes contratuais são suportados como fruto das escolhas do empreendedor. Faz parte de um ambiente competitivo que os agentes de mercado sofram as consequências de suas escolhas⁶³. Aliás, essa é a regra no direito privado, que apenas comporta exceções frente a direitos fundamentais da pessoa natural, em casos específicos. Aplicar-lhes um regime atinente aos contratos existenciais poderia abrandar os efeitos de tais escolhas e, assim, provocar um desequilíbrio no funcionamento do mercado.

Ademais, o uso da alcunha “contratos existenciais” para dirimir questões que não têm ligação direta com direitos fundamentais do ser humano retira tecnicidade da distinção e a aproxima do que já se chamou de “farra principiológica”, “panprincipiologismo”, que nada mais do que o uso de princípios em situações em que eles simplesmente não têm função⁶⁴.

Observe-se, todavia, que a separação aqui proposta não exclui, por certo, a possibilidade de que determinados contratos interempresariais detenham, na sua execução, traços existenciais.

Explica-se: muito embora os contratos interempresariais devam se reger pelas linhas metras do direito empresarial, é possível que a execução de tal contrato afete direitos fundamentais relativos à subsistência da pessoa humana. É o que ocorre, por exemplo, quando se penhora um bem de família em virtude de execução de contrato interempresarial, seja em vista de desconsideração da personalidade jurídica do empresário, seja por sua eventual responsabilidade ilimitada.

Em casos como esse, é possível admitir um traço existencial que limita o exercício de direitos subjetivos do credor, nascidos em um contrato de lucro. A par disso, os demais aspectos da contratação permanecem sendo empresariais, abarcado pelos contratos de lucro.

⁶³ FORGIONI, Paula. A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

⁶⁴ NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). **Direito civil e arbitragem**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, passim.

1.3 A CAUSA COMO ELEMENTO CHAVE DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO. A FUNÇÃO CONCRETA DA AVENÇA.

Após a análise detida dos elementos dos contratos existenciais e de lucro, tal qual delineados na doutrina brasileira, é chegada a hora de refletir sobre a natureza jurídica dos critérios dessa dicotomia.

É de se notar que os critérios objetivo e subjetivo elencados por Junqueira de Azevedo e, em geral, pela doutrina, são interdependentes. Com efeito, é impossível chegar à conclusão sobre a natureza existencial ou de lucro de uma avença sem verificar simultaneamente o objeto da contratação e seu destinatário.

De fato, a identificação das partes como pessoas físicas ou jurídicas, empresários ou não, é insuficiente para caracterizar as dicotomias. Basta pensar em uma pessoa natural que firme um contrato com intuito de lucro para perceber que o critério subjetivo é insuficiente, ainda que nos dê alguma ideia da natureza da contratação.

Por outro lado, a identificação das peculiaridades dos contratantes é imprescindível para analisar o objeto contratado, chegando à finalidade da contratação. O exame do fim do contrato passa pela identificação do objeto e sua relação com o seu destinatário. Destinatário da prestação e finalidade são conceitos imbricados no discurso de Junqueira de Azevedo.

Na teoria do negócio jurídico, a finalidade da contratação é estudada não pela análise fragmentada dos elementos “objeto” e “contratante”, mas sim sob o signo da causa final. A causa final, portanto, mostra-se como a síntese dos critérios definidores dos contratos existenciais e de lucro.

Por isso, é importante para este trabalho delimitar um conceito de causa a ser aqui utilizado, bem como vislumbrar suas possíveis virtudes para a solução de problemas práticos envolvendo contratos existenciais e de lucro.

Discursar sobre um único conceito de causa é uma tarefa impossível. A palavra “causa” tem vários sentidos no campo da filosofia⁶⁵, o que se reflete na

⁶⁵ Exemplo da multiplicidade de sentidos da palavra “causa” está na obra de Aristóteles, mais especificamente em seu “Metafísica”. Para Aristóteles, um mesmo objeto poderia ter diferentes causas, a depender de sua concepção do que significa o vocábulo. Causa formal, material, eficiente

teoria geral do direito. Melhor é identificar tais conceitos no campo dos negócios jurídicos e distingui-los, adotando uma noção de causa claramente delimitada, que sirva para a presente investigação.

Entre os muitos conceitos de causa que remontam à Metafísica de Aristóteles – causa formal, material, eficiente e final –, a causa final é aquela objeto de maiores estudos no direito civil e que tem relevância na presente investigação.

Parafraseando Torquato Castro, a causa final é a primeira na intenção no agente e a última na linha de execução de um ato jurídico⁶⁶. É o escopo a que tende um ato.

O viés finalístico da causa ganhou maior relevo com o abandono da forma como fonte de juridicidade dos contratos, na Baixa Idade Média. A partir deste ponto, o consensualismo passou, pouco a pouco, a justificar a juridicidade dos pactos. Então, a causa, antes pensada como essa fonte de juridicidade, migrou da forma ao conteúdo do contrato. A finalidade do pacto se tornou objeto do direito canônico, para verificação de sua moralidade. Assim é que o direito canônico passou a condenar a usura, a determinar a rescisão de contratos em casos de lesão, causa ilícita ou imoral⁶⁷.

Na modernidade e até os dias de hoje, a causa final se tornou um dos assuntos mais debatidos e controversos da dogmática contratual, especialmente a francesa. Ainda que muito polêmica, seu estudo serviu à resolução de variados problemas, como o do erro, da lesão e da alteração das circunstâncias ao longo da execução do contrato.

Os debates intensos sobre o tema inclusive levaram muitos doutrinadores a afirmar que o direito brasileiro não teria acolhido a causa como elemento do negócio

e final seriam conceitos a abarcar quase que inteiramente as formas de enxergar a origem de algo, na visão de Aristóteles. Ainda assim, toda causa seria um tipo de começo, da existência de algo ou do conhecimento sobre algo (Aristóteles. **Metaphysics**. Tradução de ROSS, W.D. 1994. Disponível em <http://classics.mit.edu/Aristotle/methaphysics.5.v.html>. Acessado em 18.05.2016).

⁶⁶ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 8.

⁶⁷ Nesse sentido, vide: SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nas relações paracontratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, versão em “e-book”, posição 1037; CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985, p. 170.

jurídico, no Código Civil de 1916⁶⁸. Em verdade, como se verá a seguir, o conceito de causa final é utilizado para a resolução de muitos problemas relativos à validade e eficácia dos contratos, ainda que não se faça menção expressa ao termo.

Para a maioria da doutrina francesa, a causa como finalidade da contratação é concebida de maneira subjetiva, pois representa a vontade das partes. Agregam-se elementos objetivos à teoria, para que se possa investigar a extensão de tal vontade e até que ponto ela afeta a validade e eficácia do contrato. Abrangidos por esta maioria da doutrina francesa estão Henri Capitant, Jacques Maury, Denis Mazeaud e Jacques Ghestin⁶⁹.

Entre as agruras enfrentadas pelos autores franceses que partem de uma noção subjetiva de causa final, está a necessidade de estabelecer um conceito em atenção à real vontade das partes, sem cair em armadilhas subjetivistas que tornem a causa um conceito psicológico, insondável.

Depois de mais de dois séculos de vigência do Code, a “Ordonnance 2016-131”, de 10 de fevereiro de 2016, promoveu uma significativa reforma no direito dos contratos inserto no código civil francês. Entre as mudanças está a remoção das disposições acerca da causa contratual⁷⁰.

Desde 1º outubro de 2016, a causa não está mais entre as condições de validade dos contratos submetidos à lei francesa. Nos termos do artigo 1128 da legislação reformada, são requisitos de validade dos contratos (i) o consentimento das partes; (ii) a capacidade de contratar; (iii) o conteúdo lícito e certo do contrato⁷¹.

Segundo a exposição de motivos que acompanhou o projeto de tal “ordonnance”, a reforma do direito dos contratos francês tem por intuito tornar a

⁶⁸ Conta Paulo Barbosa de Campos Filho que, por opção, Clóvis Beviláqua deixou de reconhecer a causa na no negócio jurídico em seu projeto de codificação, que mais tarde se tornou o Código Civil de 1916. Segundo Beviláqua, a causa seria uma questão inextrincável no direito francês e, antes disso, fruto de uma confusão em torno no termo “coisa” na língua francesa. A redação do artigo 84 do projeto de Beviláqua não incluía, de fato, a causa lícita como requisito de validade dos atos jurídicos. Devido a tal omissão, mesmo autores brasileiros casualistas passaram a entender que o direito civil brasileiro não abrangeria a causa como instituto. Entre tais autores, cita-se a título exemplificativo Gilberto de Ulhôa Canto e Agostinho Alvim. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O problema da causa no Código Civil brasileiro**. São Paulo: Max Limonad (s.d.), p. 30 e 41/43.

⁶⁹ GHESTIN, Jacques. **Cause d'engagement et validité du contrat**. Paris: L.G.D.J, 2006, p. 53.

⁷⁰ FRANÇA. **Ordonnance 2016-131**. Acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=jd>. Acessado em 12.07.2016.

⁷¹ Ibidem.

regulação contratual mais simples e palatável, garantindo segurança jurídica e eficácia às normas sobre o tema. Um dos esforços da reforma em prol da harmonização do direito europeu estaria justamente na retirada formal da noção de causa do “Code”, mantendo-se suas funções em outras disposições⁷². Seria o caso, por exemplo, das disposições sobre ilicitude do contrato e sobre a revisão do contrato pelo advento de circunstâncias imprevisíveis⁷³.

De fato, embora a causa tenha se tornado disputadíssima e hipercomplexa na doutrina francesa, é certo que problemas emblemáticos foram discutidos sob o signo da causa final, do “but poursuivi” das partes. Tais discussões não desaparecem pelo simples fato de a causa ter sido retirada do código.

Em última instância, continua pertinente saber até que ponto os interesses de cada uma das partes podem ser captados pela outra com relevância suficiente para influenciar a validade e execução do contrato, tornando-se “causa final” no sentido jurídico da palavra.

De maneira prática, as questões que todo causalista busca responder é: para que um interesse faça parte da causa do contrato, ele precisa ser comum? Ou é suficiente que o interesse seja apenas de um dos contratantes, mas conhecida e considerada por seu parceiro contratual? Tais indagações são de interesse central para este trabalho, especialmente porque o interesse que torna um contrato existencial é, na maioria dos casos, detido por apenas uma das partes.

Saber quais motivações e circunstâncias são essenciais para a execução do contrato continua sendo importantíssimo, por exemplo, para avaliar a possibilidade de resolução ou adaptação do contrato em vista de alterações supervenientes e imprevisíveis de circunstâncias.

Na doutrina alemã, a finalidade da contratação também foi elemento chave para a resolução dos mesmos problemas, sem que se usasse expressamente a palavra “causa”, como se verá adiante. Discutiu-se, da mesma forma, se para se

⁷² FRANÇA. **Projet de Loi n° 3928**. Acessível em <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3928.asp>. Acessado em 12.07.2016.

⁷³ FAUVARQUE-CÓSSON, Benedicte. The French Contract Law Reform in a European Context. In: **ELTE Law Journal**, 2014/1, p. 66-77. Acessível em <http://eltelawjournal.hu/french-contract-law-reform-european-context/>. Acessado em 31.05.2016.

tornar relevante, é necessário que a finalidade contratual seja comum, ou apenas de uma das partes, mas conhecida pela outra parte⁷⁴.

A questão ressoa com relevância neste trabalho, porque é objetivo dele delimitar até que ponto a finalidade existencial que o contrato tem para uma das partes pode ser um fato tão importante a ponto de afetar sua regulação.

Tal ponto será desenvolvida enquanto enfrentarmos, nos itens seguintes, os problemas práticos relativos aos contratos existenciais e de lucro. Por ora, basta antecipar que, da análise da classificação dos contratos entre existenciais e de lucro, ressalta-se que a diferença entre tais extremos contratuais está na sua causa final, ou na finalidade da contratação para ao menos uma das partes.

1.4 OS EVENTUAIS TRAÇOS EXISTENCIAIS NOS CONTRATOS

Para além dos casos em que a causa do contrato comporta um interesse existencial, é de se questionar se todo contrato não pode, afinal, deter traços existenciais.

Como visto ao longo dos itens anteriores, muito embora uma infinidade de contratações possa ter como fito bens ou serviços não existenciais, é certo que a execução de qualquer obrigação contratual pode, de toda forma, acabar afetando o acesso do contratante pessoa física ou de terceiros a condições mínimas de vida digna.

É o caso, por exemplo, de contratos de empréstimo cuja execução passa a afetar o mínimo existencial do devedor, devido a uma diminuição de sua renda mensal, por desemprego ou doença. Ou dos casos de superendividamento, em que honrar com as obrigações assumidas retira do devedor o mínimo para se sustentar.

Contratos interempresariais que, em sua execução, passam a afetar interesses existenciais também se encontram nessa classe de contratos. Exemplo de tal situação seria a da penhora de bem de família, ocorrida pelo exercício de

⁷⁴ Para um exame aprofundado dos debates sobre o tema na doutrina alemã, vide: LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. GRANADA: Editorial Comares, 2002, p. 17-36.

direito de crédito advindo de contrato interempresarial, seja por descon sideração da personalidade jurídica, ou pela responsabilidade ilimitada do empresário pessoa física contratante.

Pense-se, outrossim, no contrato de aluguel de um imóvel para um hospital ou uma escola. Ainda que se trate de contrato interempresarial ou civil, é certo que a destinação contratual do bem revela-lhe um traço existencial que deve demandar uma conduta qualitativamente diferente das partes.

A qualificação de tal conduta não tem a ver com a preservação de interesses do hospital ou da escola, mas sim de pessoas que fru em direitos de alta relevância ao desenvolvimento da personalidade por meio de tais instituições e, por isso, merecem consideração quando a execução do programa contratual possa afetar tal fruição.

Muito embora o interesse existencial não seja diretamente do contratante, por certo que os efeitos negativos que sobre ele incidem merecem controle, devido ao necessário respeito à dignidade da pessoa humana.

Em sentido semelhante, Francisco Paulo de Crescenzo Marino aborda a existência de coligação contratual entre avença existencial e contrato não existencial. Nessa situação, o status do interesse existencial envolvido em um dos contratos muda o centro de gravidade de todo o conjunto contratual⁷⁵.

Na totalidade dos exemplos, os contratos não se encaixam na definição original de contratos existenciais, mas reclamam uma tutela semelhante, porque também envolvem a fruição de direitos de primeira necessidade, inerentes à realização da dignidade da pessoa humana. Esse tipo de situação é relevante para o presente trabalho e aqui é identificada como os “traços existenciais” de qualquer contrato.

⁷⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-215.

2 A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

Tendo concluído, no capítulo anterior, residir na causa final a raiz das diferenças entre contratos existenciais e de lucro, cabe agora investigar as razões pelas quais tais distinções justificariam tratamentos jurídicos particulares para cada um desses extremos contratuais.

De um modo geral, a exposição sobre os contratos existenciais nos revela uma preocupação da doutrina com a conservação de direitos fundamentais ligados à subsistência humana nas relações contratuais. Em verdade, todo contrato instrumentaliza o exercício de direitos fundamentais. Prova disso é que qualquer contrato é fruto do exercício do direito de liberdade.

Ainda assim, se a doutrina enxerga a necessidade de balizas diferentes para o tratamento dos contratos existenciais, é porque a mera aplicação dos dispositivos legais atinentes ao direito contratual não é suficiente ou não está sendo adequadamente manejada, à luz dos direitos fundamentais envolvidos na contratação.

O tema da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas é objeto de longo debate, devido à forma como a interação entre direito privado e direito público foi pensada predominantemente até o século XIX. O direito privado foi desenhado nessa época como um espaço em que os direitos fundamentais, destinados a limitar apenas à atuação do Estado, não tinham aplicação⁷⁶. Nas relações privadas, a influência dos direitos fundamentais é ontologicamente

⁷⁶ Nesse sentido, J.J. Canotilho assevera que a teoria contratual de John Locke levou a uma defesa da autonomia privada. Os direitos fundamentais foram desenhados primeiramente, então, como direitos de defesa contra o Estado, garantindo uma esfera de liberdade ao indivíduo. Mais tarde, a luta das classes trabalhadoras mostrou a necessidade de completar esse perfil de direitos fundamentais com a direitos que atinassem aos planos econômico, social e cultural. Segundo Canotilho, a maneira como tais direitos são garantidos é que difere profundamente entre Estados. Nesta última afirmação de Canotilho, vemos uma referência à contraposição entre Estado que adotaram o capitalismo e Estados que adotaram o socialismo como modelo econômico (cf. CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina (s.d.), p. 384-386).

diferente, porque se trata de um campo em que ambas as partes têm direitos fundamentais conflitantes.

Daí porque a forma de transposição dos direitos fundamentais para as relações privadas nunca é uma manobra simples. Imprescindível, portanto, adentrar no estudo da forma como tais direitos fundamentais influenciam o direito privado, a fim de elaborar métodos adequados de aplicação e ponderação de tais direitos na esfera contratual.

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

No século XX, inúmeros fatores contribuíram para uma mudança profunda na maneira de conceber o direito, o que se refletiu prontamente nas relações entre direito público e direito privado. O século que havia aberto suas portas sob os signos do liberalismo e do positivismo sofreria choques a colocar tais posições filosóficas em cheque. Por óbvio, referidos confrontos repercutiram diretamente no modo como concebemos o direito.

Tomando a Alemanha como exemplo, explica Franz Wieacker que a Primeira Guerra Mundial foi responsável por um crescimento da intervenção do Estado nas relações privadas, a fim de aplacar os efeitos da guerra. Exemplos disso seriam a publicização da comercialização de bens, bem como a criação de leis intervindo no mercado habitacional, devido à carência de moradia⁷⁷.

Por outro lado, mudanças econômicas decorrentes da evolução do capitalismo levaram a respostas legislativas que transformaram o direito privado. Fatores como a consolidação do direito do trabalho e a regulação dos cartéis na Alemanha tornaram clara a concepção de que a liberdade contratual ilimitada poderia conduzir a privações de liberdade de grupos economicamente mais fracos⁷⁸. Nas palavras de Wieacker:

⁷⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho. 2ª edição. Lisboa: Função Calouste Gulbekian (s.d.), p. 628-629.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 631.

As tendências da evolução do direito privado têm também frequentemente que ser compreendidas à luz destas mutações da constituição econômica alemã (e, em grande parte, também europeia e norte-americana). Esta constituição força em todo o lado onde a livre concorrência falha e a solidariedade social é ameaçada, à intervenção dos poderes públicos e à assunção de uma função dirigente pela administração pública da economia. A expressão jurídica desta necessidade foi constituída pelas novas formas jurídicas que então se formaram um pouco por toda parte no direito público da terra, no direito da habitação e da construção civil, no direito do arrendamento, no direito do trabalho e no direito da economia e que haveriam de ser sintetizadas, na fórmula antecipadora de Otto von Gierke, como *direito social*⁷⁹.

Ainda no campo das relações privadas, aos poucos percebeu-se que a abstração inerente à teoria do negócio jurídico por vezes tornava o direito contratual indiferente a desigualdades fáticas latentes nas relações privadas⁸⁰. A igualdade formal promovida por tal abstração passava a ser questionada.

Parecia premente, então, algum tipo de modificação do dogma da liberdade e da não-intervenção nas relações privadas, a fim de assegurar autonomia independentemente do poder econômico das partes. Tal constatação não seria possível sem uma controlada abertura do sistema jurídico a valores morais. Ver o Direito sem qualquer recurso à Moral significava cancelar, naquele momento, iniquidades inerentes à ausência de igualdade nas relações contratuais.

Os acontecimentos acima promoveram fissuras (i) no formalismo inerente ao trato do direito sob um viés estritamente positivista e (ii) no modo radicalmente liberal de conceber as relações entre particulares e entre Estado e cidadãos.

⁷⁹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho. 2ª edição. Lisboa: Função Calouste Gulbekian (s.d.), p. 632.

⁸⁰ Nesse sentido, vide GALGANO, Francesco. **Il Negozio Giuridico**. Milão: Giuffrè, 1988, p. 20-21; ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51.

A abertura da ciência jurídica a fatores morais nem sempre foi bem-sucedida, todavia. Com o crescimento de regimes totalitários no século XX, a abertura do Direito à realidade social e a valores morais foi por vezes desvirtuada para servir aos referidos regimes.

Na Alemanha, a ideia genérica de que o contrato deveria servir ao “bem comum” era utilizada para adaptar o regime jurídico de relações privadas aos desejos do *Führer*, pondo em cheque a segurança jurídica conferida por influência do positivismo^{81 82}.

Na Itália, a reforma do Código Civil de 1865 embalava discussões sobre a ideologia que deveria reger o direito contratual italiano. Muitos lutavam pela inserção de princípios políticos ligados ao regime fascista no Codice. Em linhas gerais, a ideia era subordinar a autonomia privada aos fins políticos do Estado⁸³.

Na prática, poucas inserções de apelo mais retórico do que prático foram inseridas no Código de 1942, formulado e vigente em pleno regime fascista. Registra-se, todavia, a intenção de dissolver diferenças importantes entre Estado e sociedade civil, o que poderia culminar em significativas restrições à autonomia privada⁸⁴.

No campo do direito público, muitos autores advogam a tese de que uma interpretação avaliativa da lei, apoiada por um positivismo jurídico extremado, teria sido responsável pelas atrocidades praticadas por regimes totalitários⁸⁵.

⁸¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

⁸² A título de exemplo, em seu “The Social Honor Courts of Nazi Germany”, Nathan Albert Pecovits descreve brevemente como a legislação trabalhista formulada na Alemanha Nazista era utilizada para servir aos anseios do Terceiro Reich. As relações de trabalho não eram qualificadas apenas por seu aspecto econômico, mas por uma ligação pessoal entre o empresário – um líder - e os empregados – seus servidores. O desenvolvimento de uma tal relação não se dava apenas para satisfação das partes envolvidas, mas em prol de interesses comuns do Estado e do povo. Descreve, outrossim, como a Corte de Honra Social, especialmente criada pelo regime nazista para lidar com conflitos coletivos de trabalho, utilizava estes conceitos de bem comum para transmitir à sociedade a impressão de que todos seriam tratados igualmente perante a lei, sempre às custas de pequenos empresários e trabalhadores. Segundo o autor, grandes indústrias nunca foram objeto de julgamento perante a referida corte. Vide PECOVITS, Nathan Albert. The Social Honour Courts of Nazi Germany. In: **Political Science Quarterly**, vol. 53, nº 3, p. 350-371 (setembro de 1938), p. 352; 370-371.

⁸³ D’ADDIO, Mario. La crisi dello Stato Liberale e l’avvento dello Stato Fascista. In: **Il Politico**, vol. 65, nº 4 (191), out/dez de 1999, p. 551-552. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/43101905>. Acessado em 18.07.2017.

⁸⁴ ROPPO, Enzo, op. cit., p. 60-61.

⁸⁵ Nesse ponto, um interessante fato histórico é relatado por Michael J. Bazylar: juízes e ministros do Poder Judiciário da Alemanha Nazista alegavam, perante o Tribunal de Nuremberg, que não

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e com a queda de regimes totalitários importantes, floresceu definitivamente um movimento de reformulação da maneira de idealizar o direito, bem como as interações entre direito público e privado. Os fatores históricos aqui mencionados foram decisivos para a passagem de um Estado extremamente liberal a um Estado Social; de um formalismo jurídico exacerbado a uma perspectiva ética do direito.

Na filosofia do direito, juristas revisitaram pontos do positivismo jurídico. Constatou-se que o legislador pode ser tão tirano quanto um déspota, e que a interpretação avaliativa da lei poderia muitas vezes levar a resultados absurdos, por sua incompletude ou por sua incompatibilidade com valores sociais. Por isso, ideias como as de que o direito precisa ser aplicado sob uma perspectiva ética voltaram à tona⁸⁶.

Contrariando versões extremadas do positivismo jurídico, a separação hermética entre Direito e Moral foi vencida. Reconheceu-se necessária uma análise ética do direito não só na formulação da lei, mas também no momento de sua aplicação⁸⁷. Referida ética estaria contida em uma certa ideia do que é Justiça, imprescindível para dar sentido ao direito. Tal ideia de justiça estaria encampada

teriam cometido nenhum ilícito, visto que suas decisões estavam apoiadas na lei alemã da época. Esses embates no Tribunal de Nuremberg deram ensejo a discussões entre H. L. A. Hart e Lon Fuller sobre o que pode ser chamado de lei. Para Hart, um emblemático positivista, as leis da Alemanha Nazista deveriam ser respeitadas, apesar de sua índole. Para Lon Fuller, as leis deveriam ser analisadas sob um prisma moral, filtro que revelaria as leis nazistas como imorais e, portanto, indignas do título de verdadeiras leis. Vide BAZYLER, Michael J. Contemporary Legal Lessons from the Holocaust. In: **Jewish Political Studies Review**, vol. 19, nº 1/2, p. 15-23, primavera de 2007, p. 18. O próprio Lon Fuller advogava a tese de que as atrocidades do regime nazistas ocorreram sob o escudo da lei. Nesse sentido: FULLER, Lon. L. Positivism and Fidelity to Law: a reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, vol. 71, nº 4, p. 630-672, (fevereiro/1958), p. 648. No mesmo sentido: RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. In: **Filosofia do Direito**. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 129-173, jan/março de 2007. Acessado pela versão eletrônica disponível em www.rtonline.com.br. Último acesso em 10.07.2017, p. 7 da versão eletrônica; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dollabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, nº 189, p. 105-131, jan-mar/2008, p. 111. Em sentido contrário, vide BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 236.

⁸⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dollabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, nº 189, p. 105-131, jan-mar/2008, p. 111.

⁸⁷ Ibidem, p. 112.

em valores, princípios, direitos fundamentais que dariam conformação ao sistema jurídico⁸⁸.

Não se trataria mais de recorrer à metafísica para explicar o sentido do direito, mas de lhe dar balizas valorativas, insculpidas na Constituição. Deixa-se para trás o mito de que a aplicação do direito é neutra por ser avaliativa. É o que chamamos hoje de pós-positivismo⁸⁹.

Vive-se um tempo de conciliação entre a reconhecida importância da lei e a constatação de sua insuficiência. Tem-se consciência da incompletude dos diplomas legais, da necessidade de atribuição de sentido ético e filosófico a eles, mas também do risco de se cair em subjetivismos, retirando segurança jurídica do sistema.

Presencia-se uma constante negociação entre a letra da lei e os valores fulcrados na Constituição. Tem-se consciência de que por vezes referida negociata não é solucionada da maneira racional que se idealiza. Quando há uma lacuna na lei – e elas são inúmeras – abre-se espaço para uma decisão eminentemente política, ainda que fulcrada em princípios e valores eleitos pela Constituição.

A manipulação dos princípios, por vezes, pode fazer parecer estritamente formais decisões que contêm, em verdade, inevitáveis posições políticas⁹⁰. Eis um dos grandes mal-estares do pós-positivismo. Ainda assim, dados os acontecimentos históricos que trouxeram o Direito até esta encruzilhada, não é possível viver em um ordenamento sem valores e sem princípios. A solução parece

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 129/173, jan/março de 2007. Acessado pela versão eletrônica disponível em www.rtonline.com.br. Último acesso em 10.07.2017, p. 3 da versão eletrônica.

⁸⁹ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 129/173, jan/março de 2007. Acessado pela versão eletrônica disponível em www.rtonline.com.br. Último acesso em 10.07.2017, p. 3 da versão eletrônica, p. 3 da versão eletrônica.

⁹⁰ No ponto, Robert Alexy reconhece que conferir normatividade a princípios de nível máximo de abstração tem como uma de suas principais desvantagens possibilitar “formas obscuras de fundamentação jurídica, a ‘dedução’ ou ‘derivação’ de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos”. Mas alerta que a possibilidade desse tipo de decisão não ofusca a necessidade do uso de princípios de nível máximo de abstração, como ponto de partida para fundamentações que exigem estruturas variadas. É preciso, portanto, criar balizas para sua utilização válida. Vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 527-528.

ser, portanto, aceitar a visão ética que há por trás da interpretação e da integração da lei, tornando-a clara e verificável, ao invés de dissimulá-la⁹¹.

De fato, no que toca a hermenêutica jurídica, reconheceu-se que o operador do direito cria normas jurídicas quando interpreta textos de lei, provando-se irreal a ideia de que os juízes poderiam ser apenas “boca da lei”. A análise da lei pelo magistrado não é meramente gramatical ou sistemática, mas também teleológica, banhada de valores sociais. As lacunas do direito são prova de que a atividade judicial não se resume a juízos de fato e subsunção. O Poder Judiciário passou a ter seu papel político reconhecido com proeminência, pois foi aceita a ideia de que onde há campo para interpretação, há campo para atividade de caráter político⁹².

Para controlar a atividade judicial neste cenário, reabilitou-se a razão prática e a argumentação jurídica⁹³. A hermenêutica foi revisitada e aprimorada⁹⁴. Princípios instrumentais foram aprimorados, como a razoabilidade, a proporcionalidade, o devido processo legal, a equidade. Erigiu-se um valor maior a reger o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

2.2 O NOVO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO E A REMODELAÇÃO DE SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

⁹¹ Duncan Kennedy, ícone do legalismo crítico americano (“American critical legalism”), utiliza a história legal americana para demonstrar que, mesmo respeitando a reserva legal, escolhas políticas são inevitavelmente feitas na atividade judicial, especialmente quando se trata da utilização de princípios de alto grau de abstração. Para Kennedy, é melhor assumir claramente a existência de uma posição política nas decisões judiciais do que dissimulá-la sob a égide da mera aplicação da lei. Vide KENNEDY, Duncan. The paradox of American critical legalism. In: **European Law Journal**, vol. 3, nº 4, p. 359-377, Dezembro de 1997.

⁹² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dollabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, nº 189, p. 105/131, jan-mar/2008, p. 114.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 129/173, jan/março de 2007. Acessado pela versão eletrônica disponível em www.rtonline.com.br. Último acesso em 10.07.2017, p. 3.

⁹⁴ A este respeito, vide DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. In: **Critical Inquiry**, vol. 9, nº 1, **The Politics of Interpretation** (September, 1982), p. 179–200, University of Chicago Press. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1343279>. Acessado em 02.07.2017.

Neste contexto, as Constituições passaram a deter força normativa, deixando para trás o papel de simples guia político ao legislador⁹⁵. Por estar no vértice do ordenamento jurídico, a normatividade da Constituição se irradiaria por todos os campos do direito.

Teorias sobre como formular decisões judiciais com base em princípios, como aplicar direitos fundamentais instituídos na Constituição, encarregaram-se de oferecer ordem e método na aplicação de um direito tão próximo de valores morais⁹⁶.

No campo do direito privado, se tornava nítido o surgimento de outros poderes que, além do poder coercitivo do Estado, influenciavam a esfera de direito dos particulares. Nipperdey, Dürig, Gamillscheg os chamavam de “poderes sociais”⁹⁷.

Numa sociedade que havia escolhido a livre iniciativa em detrimento da planificação estatal, seria natural que tais “poderes sociais” surgissem com o desenvolvimento econômico e devessem encontrar limites impostos pelo Estado a fim de que outros valores não fossem suplantados pelo abuso de tal poder.

Daí porque a ideia de que os direitos fundamentais seriam direitos públicos subjetivos passava a parecer incompleta. Os direitos fundamentais – construídos a partir da ideia de que a pessoa humana é o fundamento e o fim do Estado e da sociedade -, de alguma forma deveriam influenciar também as relações privadas, lugar em que referidos “poderes sociais” poderiam atuar com abuso.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina (s.d.), p. 1147.

⁹⁶ A título de exemplo, citamos ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: 2014; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Bloomsbury, 2013 (originalmente publicado em 1978). No direito privado, as obras que lidam com a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas são exemplos claros da tentativa de controlar e erigir métodos para a aplicação valorativa da lei.

⁹⁷ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 52-53 (original publicado em Festschrift für Erich Molitor. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben von Carl Nipperdey; München: Beck Verlag 1962, S. 17. Título no original: Grundrechte und Privatrecht. Vide também: DÜRIG, Günther. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 42-43. Anotações sobre a teoria de “poder social” de Gamillscheg em LEWAN, Keneth M. The significance of constitutional rights: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 17, No. 3, pp. 571-601 (Jul. 1968), p. 578-579.

No caso alemão, a Lei Fundamental de Bonn desenvolveu um extenso catálogo de direitos fundamentais. Além disso, tornou-os expressamente oponíveis aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁹⁸. Foram essas disposições normativas os fundamentos para que o Tribunal Constitucional Federal Alemão julgasse relações de direito privado à luz de direitos fundamentais.

Neste contexto, a Alemanha se tornou o berço de teorias que pregavam a aplicabilidade de direitos fundamentais às relações privadas, a chamada *Drittwirkung*.

Por meio do caso Luth⁹⁹, o Tribunal Constitucional Federal alemão teve o mérito de consolidar a ideia de que o catálogo de direitos fundamentais inserto na sua Constituição assumia também o papel de uma ordem objetiva de valores, que deveria se irradiar sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado¹⁰⁰. Daí os direitos fundamentais passarem a transcender o papel de meros direitos públicos subjetivos.

⁹⁸ É o que dizem os artigos 1(3) e 93(1)4a da Lei Fundamental de Bonn: “Article 1(3) – The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law”; “Article 93(1) – The Federal Constitutional Court shall rule: (...) 4a – on constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his basic rights or one of his rights under paragraph 4 or article 20 or under articles 33, 38, 101, 103 or 104 has been infringed by public authority”. Alemanha. **Basic Law for the Federal Republic of Germany**. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0021. Acessado em 12.07.2017.

⁹⁹ Resumidamente, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu, no referido caso, se a incitação ao boicote de um diretor de cinema alemão ligado à filosofia nazista seria considerada um ato ilícito, e, portanto, passível de indenização e condenação inibitória. Os tribunais inferiores haviam decidido que as declarações públicas do réu incitando ao boicote do referido diretor eram contrárias à ordem pública e intencionalmente lhe causavam dano, nos termos do § 826 do Código Civil Alemão (“BGB”). Revendo o caso por alegada infração à Constituição, o Tribunal Constitucional Federal alemão determinou que o § 826 do BGB fosse aplicado ao caso à luz do direito fundamental à liberdade de expressão, incidente sobre as relações privadas. Nesta base, dito tribunal considerou inerente ao exercício da liberdade de expressão a possibilidade de influenciar outras pessoas, pelo que a incitação ao boicote não seria ilícita à luz de referido direito fundamental, tampouco daria ensejo a reparação. Alemanha. BVerfGE 7, 198, 15.01.1958. Tradução de Tony Weir. Copyright: Professor Basil Markesinis. Disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>. Acessado em 11.07.2017.

¹⁰⁰ É o que se extrai do acórdão do caso BVerfGE 7, 198, 15.01.1958: “But far from being a value-free system [references], the Constitution erects an objective system of values in its section on basic rights, and thus expresses and reinforces the validity of the basic rights [references]. This system of values, centring on the freedom of the human being to develop in society, must apply as a constitutional axiom throughout the whole system: it must direct and inform the legislation, the administration and judicial decisions. It naturally influences private law as well; no rule of private law may conflict with it, and all such rules must be construed in accordance with its spirit”. ALEMANHA. BVerfGE 7, 198, 15.01.1958. Tradução de Tony Weir. Copyright: Professor Basil Markesinis. Disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>. Acessado em 11.07.2017.

Tratava-se de uma ordem objetiva porque continha também valores objetivamente aplicáveis a todos os ramos do direito, inclusive o privado. Assim, questões sobre o que vêm a ser liberdade, dignidade, não seriam mais resolvidas separadamente em cada ramo do direito, porque têm índole constitucional¹⁰¹.

No julgamento do caso Luth, o Tribunal Constitucional Federal alemão posicionou-se expressamente a favor da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, asseverando que direitos fundamentais seriam melhores aplicados às relações privadas por meio de cláusulas gerais¹⁰².

O ponto toca em uma disputa doutrinária que ainda suscita discussões. Na Alemanha, doutrinadores tinham um consenso sobre a eficácia que os direitos fundamentais teriam sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações de direito privado. Dividiam-se, todavia, quanto à forma como tais direitos deveriam influenciar tais relações.

Majoritariamente, os autores se dividiam entre os que defendiam a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (“unmittelbare drittwirkung”), e aqueles que limitavam a eficácia dos direitos fundamentais ao influxo das regras de direito privado, especialmente as cláusulas gerais – a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas (“mittelbare drittwirkung”).

Hans Nipperdey é expoente da teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sua teoria não pretendia tornar inúteis as disposições de direito privado, mas possibilitar a aplicação das disposições constitucionais às relações privadas na hipótese de não haver nas leis civis norma adequada ao caso¹⁰³.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: 2014, p. 522-524.

¹⁰² Vale conferir, no ponto, o teor da decisão: “Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system. The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges’ use of the general clauses. Basic rights may be infringed by a judicial decision, which ignores the effect of basic rights on private law (§ 90 Act on Constitutional Court Procedure (BVerfGE)). Judicial decisions on private law are subject to review by the Constitutional Court, only in respect of such infringements of basic rights, not for errors of law in general”. ALEMANHA. BVerfGE 7, 198, 15.01.1958. Tradução de Tony Weir. Copyright: Professor Basil Markesinis. Disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>. Acessado em 11.07.2017.

¹⁰³ A esse respeito, vide LEWAN, Kenneth M. The significance of constitutional rights for Private Law: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 17, nº 3, p. 571-601, (jul/1968), p. 573-576.

Tanto por isso, ainda quando tratava do fenômeno da aplicação direta de direitos fundamentais, recorria a institutos de direito privado para instrumentá-la, como invalidade, responsabilidade civil¹⁰⁴. Por ter feito parte do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, não surpreende que decisões da referida corte tenham adotado sua teoria¹⁰⁵.

Dürig, por outro lado, destacou-se como defensor da teoria da aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para Dürig, os direitos fundamentais deveriam influenciar as relações privadas preenchendo de sentido cláusulas gerais e termos genéricos insertos nas leis¹⁰⁶.

Assim, os direitos fundamentais influenciariam as relações privadas (i) alterando o sentido de leis que, sem uma perspectiva valorativa, não deteriam soluções adequadas aos casos concretos; (ii) tornando claras as razões valorativas de soluções normativas e decisões judiciais; (iii) aguçando o espectro de valores compreendido pelas cláusulas gerais, de maneira a torná-las aptas a resolver lacunas do direito privado¹⁰⁷.

A par de tais posições majoritárias, havia outras teorias a respeito do tema, como a tese de Jürgen Schwabe. Para o referido autor, as infrações a direitos

¹⁰⁴ É o que retratam passagens de seu “Direitos fundamentais e direito privado”:

“Uma infração contra uma norma fundamental também atuante no direito privado leva, em regra, à nulidade do negócio jurídico. À medida que do direito fundamental deve ser derivado um direito privado subjetivo, ele goza, como “outro direito”, da proteção do § 823, alínea 1, do Código Civil”. NIPPERDEY, Hans. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 60.

“A validade imediata do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, sobre a dignidade humana leva a isto, conter em determinados casos a aplicação da fórmula, para muitos casos pouco afortunada, da infração contra os bons costumes (§ 138, do Código Civil), obter uma refinação e especialização dos tipos e expandir para o realmente objetivamente essencial. Assim, os negócios jurídicos infringem a dignidade humana, que devem obrigar a uma atuação ou omissão que na resolução da pessoa tem de ser completamente livre. Por isso resulta – eu menciono casos na prática judicial superior – uma nulidade, por exemplo, para a promessa de solteirismo ou do casamento segundo a vontade de um outro (...). NIPPERDEY, Hans, op. cit., p. 60. Neste ponto, vide também LEWAN, Kenneth M. The significance of constitutional rights for Private Law: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 17, nº 3, p. 571-601, (jul/1968), p. 573.

¹⁰⁵ LEWAN, Kenneth M., op. cit., p. 584-585.

¹⁰⁶ DÜRIG, Gunther. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 36-38.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 36-38. Vide também LEWAN, Kenneth M., op. cit., p. 546; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 529.

fundamentais ocorridas nas relações privadas e não sancionadas em lei seriam sempre e tão somente imputáveis ao Estado. Isso porque o Estado é quem teria falhado em impedir uma tal ofensa, por meio da imposição de limites normativos à autonomia privada¹⁰⁸.

Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão adotava a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Tribunal Federal do Trabalho Alemão adotou a teoria da eficácia direta em algumas decisões, asseverando que direitos fundamentais seriam diretamente aplicáveis a relações trabalhistas¹⁰⁹. Ainda assim, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais tem prevalecido na Alemanha¹¹⁰.

As principais objeções à aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas residem no receio de que a autonomia privada sofra sérias mutilações pela ponderação direta de direitos fundamentais nas relações privadas. As disposições de direito privado serviriam como balizas para aplicação dos referidos direitos fundamentais, sem que a essência da liberdade individual fosse perdida. Todavia, essa posição presume que o ordenamento detém e sempre deterá cláusulas gerais e regras suficientes para conduzir a incidência mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹¹.

¹⁰⁸ Nesse sentido, vide: SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 91-92; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176-177; DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 181-183.

¹⁰⁹ LEWAN, Kenneth M. The significance of constitutional rights: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 17, No. 3, pp. 571-601 (Jul. 1968), p. 584-585; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Edição de julho/2003. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58-59; DE LA CRUZ, Rafael Naranjo, op. cit., loc. cit.

¹¹⁰ CHEREDNYCHENCO, Olha. Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity? In: **Utrecht Law Review**, vol. 3, issue 2 (December) 2007, p. 5. Disponível em <http://www.utrechtlawreview.org/>. Acessado em 17.04.2017; LEWAN, Kenneth M., op. cit., p. 572.

¹¹¹ DE LA CRUZ, Rafael Naranjo, op. cit., p. 172-174; STEINMETZ, Wilson, op. cit., p. 172; DÜRIG, Günther. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 42.

2.3 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

No Brasil, o movimento de constitucionalização do direito ganhou força nos anos 80, juntamente com o processo de redemocratização do país. A supremacia material da Constituição foi reconhecida, bem como sua influência sobre os demais ramos do direito foi acatada.

Coube à doutrina a reaproximação entre direito civil e Constituição, bem como a redefinição do papel do Código Civil¹¹². Acostumado a ser o centro do sistema jurídico, o direito civil teve que se reinventar, moldando-se à centralidade da Lei Maior.

Há no Brasil um notório consenso sobre a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. A maioria dos doutrinadores brasileiros entende que os direitos fundamentais podem se aplicar diretamente às relações privadas, ao menos nos casos em que não há mediação legislativa disponível para sua aplicação. A doutrina brasileira não é avessa à aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas reconhece a possibilidade de lacunas legislativas que demandem recurso direto aos direitos fundamentais¹¹³.

¹¹² Nesse sentido, vide, exemplificativamente: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, vol. 1, p. 21-32, 1991. Publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acessado em 15.05.2017; LOBO, Paulo Luis Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, vol. 36, nº 141, p. 99-109, jan/mar. 1999.

¹¹³ Vide STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237; SOMBRA, Thiago Luís Santos Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90-91; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 61/2007, p. 90-125. Jan/Mar – 2007. Disponível em www.revistadotribunais.com.br. Acessado em 17.05.2017; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85-86; TEPEDINO, Gustavo. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações. In: TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito: pareceres**, vol. 1, p. 41-71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Consultado em versão eletrônica em <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srcuid=i0ad6adc5000015e24d884357448fbfc&docguid=l3de4d6d06dae11e1bee400008517971a&hit>

Decisões do Supremo Tribunal Federal também denotam que a Corte reconhece a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ainda em 1997, a Corte declarou inconstitucional o tratamento diferenciado de uma companhia aérea francesa com relação a empregados brasileiros e franceses, fulcro nos artigos 5º, *caput*, e 7, XXX, da Constituição Federal. Nada foi dito explicitamente sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que torna a decisão simbólica da naturalidade como referidos direitos fundamentais foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁴.

Em 1996 e 2005, duas decisões declararam a nulidade de expulsão de membros de associações e cooperativas por desrespeito ao direito ao contraditório e à ampla defesa. A solução, adotada reiteradamente pelo Tribunal, preconizava, ainda que implicitamente, a aplicação direta dos referidos direitos fundamentais à relação entre associação e associado¹¹⁵.

No caso mais recente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, citando Paulo Gonet Branco, sublinhou que a posição dominante que determinadas associações têm na vida econômica e social das pessoas lhes impõem, em contrapartida, uma liberdade mais restrita na aplicação de sanções aos seus associados, como a de expulsão¹¹⁶. Trata-se da ideia de que poderes sociais demandam equivalentes responsabilidades sociais.

No referido julgado, confirmou-se nula a expulsão de associado da União Brasileira de Compositores sem garantir-lhe prévio contraditório. Referida associação repassava valores do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

[guid=13de4d6d06dae11e1bee40008517971a&spos=2&epos=2&td=91&context=389&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](#). Acesso em 11.07.2017; SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

¹¹⁴ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 161243. Tribunal Pleno. Relator(a) Ministro SYDNEY SANCHES. Julgado em 07/10/1999, DJ 17-12-1999 PP-00004 EMENT VOL-01976-02 PP-00415.

¹¹⁵ BRASIL. STF. Recurso extraordinário nº 158215/RS. SEGUNDA TURMA, Ministro Relator MARCO AURÉLIO. Julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757; Brasil. STF. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. 2ª Turma. Ministra Relatora ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Ministro Relator para o acórdão GILMAR FERREIRA MENDES. Julgamento em 11.10.2005.

¹¹⁶ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. 2ª Turma. Ministra Relatora ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Ministro Relator para o acórdão GILMAR FERREIRA MENDES. Julgamento em 11.10.2005.

(“ECAD”), tendo sua atuação sido comparada a de um serviço público por delegação legislativa. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a expulsão do recorrente sem direito ao contraditório prejudicava não só o direito de livre associação, mas também a percepção dos valores repassados pelo ECAD a título de direitos autorais. Muito embora tal fato tenha sido contestado pela Ministra Ellen Gracie Northfleet, foi utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes para ressaltar o poder que a associação deteria sob seus membros e a necessidade correlata de garantir-lhes ampla defesa e contraditório¹¹⁷.

Por maioria de votos, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que, muito embora a expulsão houvesse ocorrido com observância das disposições estatutárias, a ausência de prévio contraditório invalidaria o ato. Quer dizer, a falta de uma disposição no estatuto prevendo oportunidade de contraditório ao associado não impediria que o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa se aplicasse diretamente à referida relação privada¹¹⁸.

Mais recentemente, em 01.07.2015, o Ministro Celso de Mello utilizou a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas para asseverar que o direito de resposta não necessita de intermediação legislativa para ser exercitado nas relações entre particulares¹¹⁹.

Conclui-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro não apenas reconhece a influência da Constituição no direito privado brasileiro, como por vezes aplicou, ainda que implicitamente, a teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹¹⁷ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. 2ª Turma. Ministra Relatora ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Ministro Relator para o acórdão GILMAR FERREIRA MENDES. Julgamento em 11.10.2005.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 683751. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgado em 24/06/2015, publicado em 01/07/2015.

2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E SUA RELAÇÃO COM OS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DE LUCRO

A utilização das estruturas de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é de extrema importância para operar as categorias dos contratos existenciais e de lucro. Com efeito, o conceito de contratos existenciais é utilizado para ressaltar a função que esse tipo de avença têm na realização de direitos fundamentais, como direito à saúde, à educação, à moradia.

As estruturas de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas são indispensáveis para análise da correição de decisões que tratam de tais conflitos no seio de contratos existenciais. Tanto por isso, aprofundaremos agora o estudo dos mecanismos de sua aplicação.

2.5 ESTRUTURAS PARA APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS

Como se viu, as doutrinas internacional e brasileira aceitam, sem grandes dificuldades, a ideia de que direitos fundamentais merecem guarida não só nas relações de direito público, mas também nas relações entre privados. O que há de verdadeiramente polêmico nesta seara é como tal tutela ocorre¹²⁰. Para resolver esta questão, é preciso distinguir seus aspectos procedimentais e materiais.

¹²⁰ A questão permanece atual, apesar da longevidade do tema. É o que mostram excertos novos e clássicos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: “It seems to be undisputed today that the harmonization of private law in Europe cannot take place without taking fundamental rights into account. Yet many questions still exist as to how and to what extent EU and national private law can and should be influenced by fundamental rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights”. CHEREDNYCHENKO, Olha O.; REICH, Norbert. *The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges* (October 12, 2015). **European Review of Private Law**, Vol. 23, No. 5, pp. 797-827, 2015. University of Groningen Faculty of Law Research Paper 2016-03. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2719739>, p. 1. Acessado em 12.07.2017. “Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 528.

No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados é objeto de inúmeros trabalhos acadêmicos e, como se viu, está presente, ainda que implicitamente, em diversos julgados. Por todos, cito como amostra da doutrina: SOMBRA, Thiago Luís Santos Sombra. **A Eficácia dos Direitos fundamentais nas Relações Privadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011;

2.5.1 A faceta procedimental

As teorias mencionadas nos itens acima sobre a eficácia mediata e a eficácia imediata dos direitos fundamentais estão incluídas na faceta procedimental deste problema. Nesse ponto, somos da opinião de que as duas teorias não devem ser vistas como antagônicas, mas sim complementares¹²¹.

Em linhas gerais, os direitos fundamentais influenciam as relações privadas de maneira mediata quando (i) tornam nulas leis aplicáveis às relações privadas e ofensivas a tais direitos; (ii) são utilizados como parâmetros de interpretação de regras e aplicação de cláusulas gerais.

É preciso reconhecer que se ganha muito em segurança jurídica quando os direitos fundamentais influenciam as relações privadas de maneira mediata. Além disso, prestigia-se a instância legislativa, vocacionada a regular democraticamente os conflitos entre direitos fundamentais.

Mas limitar a eficácia de tais direitos às hipóteses em que haja uma regra posta regulando o caso ou, ainda, uma cláusula geral aplicável, é subestimar a amplitude das possibilidades de conflito nas relações privadas.

Justamente por reconhecer que nenhuma legislação pode se pretender completa, não se pode limitar a eficácia dos direitos fundamentais à existência de hipóteses de incidência na legislação ordinária. Isso equivaleria a negar juridicidade aos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, em discordância com o conceito de força normativa da Lei Maior¹²².

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

¹²¹ Neste sentido, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 237; DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 244. SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90-91.

¹²² Nesse sentido: SOMBRA, Thiago Luís dos Santos, op. cit., p. 91; DE LA CRUZ, Rafael Naranjo, op.cit., p. 244; STEINMETZ, Wilson, op. cit., p. 266; SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 237.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações contratuais não pode, por óbvio, ser operada da mesma forma como direitos fundamentais influenciam a relação cidadão/Estado. A relação de direito privado merece tratamento diferente porque ambas as partes em conflito detêm direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre com as relações de direito público, em que apenas o cidadão exerce tais direitos.

Enquanto a legislação traduz os direitos fundamentais à linguagem bilateral das relações particulares, a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas impescinde de uma adaptação do sentido de tais direitos nas referidas relações¹²³. Mas essa adaptação é um pequeno preço a pagar para que se ganhe em efetividade dos direitos fundamentais na esfera privada, espaço em que a personalidade se desenvolve com intensidade.

Se houver regra legal ou cláusula geral aplicável ao conflito privado que envolva direitos fundamentais, considera-se obrigatória a utilização dos referidos dispositivos na resolução da disputa, adotando então o método da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Apenas na ausência de dispositivo legal cabível, a utilização da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é permitida.

Essa conclusão resolve apenas parte da questão procedimental atinente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afinal, nas palavras de Robert Alexy, partindo de cláusulas gerais ou diretamente do texto constitucional, “a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento”¹²⁴.

Com efeito, ainda que as cláusulas gerais contenham um norteamto valorativo, seu alto grau de abstração demanda ainda assim um sopesamento de direitos fundamentais para concretização da solução judicial a ser dada ao caso.

¹²³ No mesmo sentido: COLLINS, Hugh. On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. **LSE, Law, Society and Economy Working Papers** 7/2012. London School of Economics and Political Science, p. 25-26. Disponível em www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Acessado em 03.02.2016; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 528. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, p. 1288; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 259.

¹²⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 532.

Daí porque merecem menção, neste estudo, meios que instrumentalizam essa ponderação.

2.5.2 Estruturas de sopesamento

As estruturas de sopesamento respondem à questão sobre como, na prática, uma decisão baseada em ponderação deve ser construída. O conhecimento de tais estruturas torna o sopesamento mais controlável, porque explicita os fundamentos de uma decisão judicial que aplica direitos fundamentais às relações privadas.

Na literatura brasileira, alguns autores discutem se as estruturas de ponderação utilizadas na “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy seriam adequadas à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Utilizando a tese de Alexy, Wilson Steinmetz adota o princípio da proporcionalidade, a se desdobrar nos princípios da “necessidade”, “adequação” e “proporcionalidade em sentido estrito”, para julgar se uma relação contratual de direito privado fere algum direito fundamental, merecendo intervenção¹²⁵.

Originariamente, as três máximas da proporcionalidade foram concebidas como um guia para solução de conflitos entre princípios no que toca relações entre Estado e cidadão. Princípios, ao contrário de regras, não se aplicam em uma perspectiva de “tudo ou nada”, em que a regra incide ou não incide inteiramente ao caso concreto (se duas regras colidentes se aplicam, uma delas é inválida)¹²⁶. Princípios são mandamentos de otimização. Em caso de colisão, nenhum princípio está sujeito a invalidação, mas pode ceder em determinadas condições, para que um outro princípio se realize com primazia. É papel daquele que maneja conflitos entre princípios buscar a solução que maximize a eficácia dos princípios

¹²⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 209-214.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92-93.

envolvidos¹²⁷. Os direitos fundamentais são aplicados tanto como regras quanto como princípios¹²⁸.

Nesse contexto, a máxima da adequação residiria na análise da aptidão que uma medida Estatal x tem para alcançar o objetivo y, ligado a um determinado princípio. Caso a decisão x não seja adequada ao atingimento de tal objetivo, a decisão falhará preliminarmente no teste de proporcionalidade.

Por sua vez, a máxima da necessidade serviria para verificar se a decisão x é estritamente necessária para alcançar o objetivo y, ou se há outras medidas que não afetem princípios colidentes ou os afetem em menor escala, atingindo o mesmo fim.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito aponta para uma relação de razoabilidade entre sacrifícios e objetivos. Quanto maior o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio¹²⁹.

Steinmetz procura utilizar o mesmo iter analítico não para fundamentar a decisão judicial que intervém em um contrato, mas sim para julgar o próprio contrato, como medida tendente a um fim.

Assim, o critério “adequação” indicaria uma relação “meio-fim” entre a cláusula contratual restritiva de direito fundamental e o objetivo pretendido com aquela cláusula. Se a medida contratual não for adequada para chegar ao referido fim ambicionado pelas partes, a medida contratual falhará preliminarmente no teste de proporcionalidade¹³⁰.

Ou seja, se uma cláusula contratual não guarda uma relação de instrumentalidade com a causa final da avença, ou o objetivo do contrato, a relação de proporcionalidade está sumariamente rompida. No ponto, impossível não nos remetermos à disciplina das obrigações impossíveis e à frustração do fim do contrato como meios para tutelar a falta superveniente de instrumentalidade entre uma cláusula contratual e o fim da avença.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93 et. seq.

¹²⁸ Ibidem, p. 141-144.

¹²⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 214.

¹³⁰ Ibidem, p. 219.

O princípio da necessidade, por sua vez, definiria se a norma contratual restritiva de direito fundamental é imprescindível, ou se há outras possíveis soluções contratuais hábeis a atingir o mesmo fim desejado pelas partes¹³¹.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito serviria para analisar se os meios contratualmente eleitos teriam uma relação de razoabilidade com o resultado perseguido. A análise poderia ser sintetizada na lei de ponderação de Alexy, adaptada para o contrato: quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um direito das partes, tanto maior deve ser a importância da satisfação do direito contratual efetivamente concretizado.

O autor exemplifica seu modelo de ponderação adaptado à esfera contratual. Imagina um contrato por meio do qual uma das partes se obriga a restringir o exercício de um direito fundamental seu. Tal parte vai mais tarde a juízo requerer a anulação do contrato. Em defesa, seu parceiro contratual alega que a restrição adviria de um ato de autonomia privada, portanto seria hígida¹³².

O autor então sugere que se analise se a medida contratual é adequada, necessária e proporcional ao fim contratual pretendido. Quando da mensuração da proporcionalidade em sentido estrito, aplica “precedências prima facie”, que compreenderiam a previsão de certas circunstâncias nas quais a autonomia privada ou outro direito fundamental restringido teriam precedência. Tal precedência só poderia ser vencida se se cumprisse com um ônus argumentativo¹³³.

Seriam critérios para a formulação de precedências “prima facie” (i) a existência ou não de uma relação de poder entre as partes; (ii) o conteúdo pessoal ou patrimonial do direito fundamental atingido. A autonomia privada teria uma precedência “prima facie” no caso de, simultaneamente, (i) não haver uma relação de poder entre as partes e (ii) for patrimonial o direito fundamental restringido. No caso de haver uma relação de poder entre as partes e/ou de tratar-se de direito

¹³¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 219.

¹³² *Ibidem*, 216/220.

¹³³ *Ibidem*, p. 224.

fundamental de natureza pessoal (não-patrimonial), o direito fundamental protegido teria uma precedência “prima facie” frente à autonomia privada¹³⁴.

O modelo de Steinmetz foi criticado por Virgílio Afonso da Silva por transpor ao direito privado estruturas de ponderação utilizadas para julgar atos de direito público, sem adaptação¹³⁵.

Quanto à máxima da adequação, não vemos problemas em aplicá-la à análise de um contrato. É comum e pertinente que se analise se um acordo tem a aptidão de chegar ao resultado ambicionado pelas partes. Caso o resultado seja negativo, a própria contratação perde razão de ser.

Todavia, decidir se uma cláusula contratual é necessária pode ser uma atitude invasiva, que, se usada inadvertidamente, adentra de forma perigosa o campo do livre arbítrio das partes. Parece radical dar ao juiz o poder de valorar a imprescindibilidade de uma obrigação, pelo simples fato de haver outras soluções contratuais que chegariam ao mesmo fim.

Por certo que toda relação privada – e mais especificamente, todo contrato – é fruto de exercício de direitos fundamentais, especialmente a liberdade de contratar. Nem por isso está o juiz sempre autorizado a adentrar o mérito das escolhas feitas pelas partes, pena de ofender o próprio direito à liberdade negocial, que sem dúvida é um direito fundamental. É preciso adaptar o teste de proporcionalidade, no ponto, ao direito contratual.

Sugere-se, portanto, que em lugar de analisar a necessidade da medida contratual, seria tanto mais útil identificar, no clausulado da avença e nas circunstâncias do negócio, quais são os interesses de cada uma das partes envolvidos e quais sacrifícios recíprocos foram acordados para que tais interesses fossem satisfeitos.

No ponto, o teste de proporcionalidade não pode abranger a análise isolada de uma relação obrigação/interesse, mas sim a comparação entre as duas relações obrigação/interesse que se entrelaçam em um contrato. Ele deve, portanto, ser duplicado.

¹³⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 222/223.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162-163.

Dessa conclusão podemos deduzir outra: ao contrário do que prega Steinmetz, na verificação da relação contratual, o teste de proporcionalidade não se reduz a um conflito entre autonomia privada e outro direito fundamental.

Na verdade, os objetos de comparação em um contrato são as relações de sacrifício e interesse de ambas as partes. Caso a análise dessa relação aponte uma restrição insuportável a um direito fundamental, de fato o interesse da outra parte, então protegido por uma cláusula contratual, poderá eventualmente ceder parte de seu espaço para acomodar um direito fundamental. E é nesse caso que uma intervenção judicial é performada.

Têm-se, ao mesmo tempo, uma tensão entre os interesses que cada uma das partes detém na execução de um contrato e, em uma esfera mais abstrata, uma tensão entre autonomia privada e outro direito fundamental.

O problema da tese de Steinmetz está em fazer incidir especificamente uma análise da necessidade de uma cláusula contratual já eleita pelas partes. Substituindo a referida análise por uma averiguação comparativa dos interesses e sacrifícios assumidos pelos contratantes, é possível já passar à última estrutura de ponderação: a comparação entre os graus de sacrifício de direitos fundamentais e os interesses buscados pelas partes. Aqui cabe uma análise de proporcionalidade em sentido estrito de tais fatores, à luz das precedências de “prima facie”.

Essa comparação duplicada é muito importante, porque se olharmos apenas a relação sacrifício/interesse de uma das partes, podemos acreditar que o contrato fere um direito fundamental de maneira insuportável. Todavia, se compararmos as relações sacrifício/interesse de ambas as partes, poderemos chegar eventualmente à conclusão de que a intervenção contratual em prol de um direito fundamental poderá redundar em prejuízo igual ou mais grave a um direito fundamental da outra parte.

A situação pode ser ilustrada com um exemplo bastante simples. Digamos que P firme com L um contrato de locação residencial, pelo prazo de 5 anos. Durante a execução do contrato, P, proprietário do imóvel, pretende reaver o bem alugado por prazo determinado. Referido imóvel, todavia, serve à moradia de L e de sua família. O prazo determinado do contrato garante a L estabilidade no imóvel,

que é deveras importante, tendo em vista a essencialidade da locação para fruição de seu direito à moradia. P, todavia, está bastante idoso e doente. Por recomendação médica, não pode mais viver na casa em que atualmente mora, pequena e cheia de escadas.

A relação sacrifício/interesse de L reside na equação entre aluguel pago e fruição do direito à moradia. A relação sacrifício/interesse de P reside na equação entre cessão da posse do imóvel e recebimento do valor do aluguel. Incide sobre a relação sacrifício/interesse de P uma espécie de potência, ou um multiplicador da extensão de seu sacrifício, já que a cessão da posse de seu imóvel passou a significar também a privação de um lugar para morar adequado ao seu estado de saúde.

Existe, portanto, uma tensão entre os direitos fundamentais de moradia de ambas as partes e de saúde de P, entrelaçados pelo contrato. Os direitos são de igual valor. A análise dessa tensão, todavia, deve partir do pressuposto de que os contratos devem ser cumpridos, ou seja, deve se escorar primeiro na obrigatoriedade dos contratos. Em um nível mais abstrato, portanto, existe uma tensão teórica entre a obrigatoriedade dos contratos e a realização de certos direitos fundamentais.

A partir desse prisma, é possível verificar se existe para P alguma forma de preservar seu direito à moradia e seu direito à saúde, sem quebra da obrigatoriedade dos contratos. Com o dinheiro recebido de L a título de aluguel, P pode alugar uma casa que atenda às exigências médicas impostas pelo seu estado de saúde? Caso isso seja possível, não há razão para intervir na execução do contrato. A pergunta é meramente exemplificativa do tipo de raciocínio que se deve adotar. Muitas outras perguntas poderiam ser feitas.

Muito diferente disso seria o caso de não haver para P uma casa que lhe seja adequada, sendo estritamente necessário para a realização de seu direito à moradia e à saúde reaver a posse da casa alugada, enquanto a locatária L pode alugar outro imóvel para sua moradia.

Nesse caso, o exercício do direito de L a continuar na posse do imóvel passa a ofender uma dimensão essencial do direito à saúde e à moradia de P.

Seria possível, então, impor uma restrição aos direitos contratuais de L, baseando-se em uma precedência concreta dos direitos de P. A regra legal que confere a L o direito de se manter no imóvel restaria afastada, por uma exceção atinente à necessidade de se preservar direitos fundamentais ligados à subsistência humana.

Da análise de tal exemplo concreto é possível verificar que a máxima da necessidade não paira sobre a medida contratual já eleita pelas partes quando celebração da avença, mas sim sobre a própria imprescindibilidade de uma intervenção judicial para proteger um direito fundamental de uma das partes, causando assim um sacrifício de um direito fundamental do outro contratante. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito avança sobre o mesmo objeto.

Assim, a sugestão do presente trabalho é conduzir o seguinte iter lógico para verificar a necessidade e intensidade de intervenção judicial, nos contratos existenciais:

- (i) Verificar se há instrumentalidade entre a cláusula contratual objeto do conflito e a realização da causa final da avença. Se essa relação de instrumentalidade não existir, a cláusula deixa de ter eficácia, resolvendo-se o conflito a partir dessa constatação;
- (ii) Se a relação de instrumentalidade estiver intacta, é preciso realizar uma análise das relações sacrifício-interesse de ambas as partes no contrato. A partir de tal análise é possível delimitar os direitos fundamentais objeto do conflito;
- (iii) A aplicação das precedências *prima facie* começa por verificar, então, se há alguma conduta exigível das partes a fim de que o conflito seja resolvido com observância integral da obrigatoriedade da avença;
- (iv) Caso a manutenção da avença, tal qual posta, represente um prejuízo inaceitável a algum direito fundamental ligado à subsistência humana, é preciso verificar a natureza do interesse do parceiro contratual. Tal interesse também está ligado à subsistência humana? A restrição de qual deles é mais grave?

- (v) A partir de tal análise, é possível impor uma restrição da eficácia do direito contratual cujo exercício causa prejuízo mais grave a direito fundamental ligado à subsistência humana, com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas;
- (vi) Tal restrição de eficácia deve observar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, essa restrição deve ser a menor possível para alcançar o objetivo perseguido, que é a proteção do direito fundamental do contratante ligado à subsistência humana.

Todavia, antes de adotar uma intervenção tão radical em uma relação contratual, propomos que se verifique as possibilidades de intervenção judicial na esfera contratual previstas em regras legais.

No campo da validade dos contratos, o Código Civil detém exaustiva enumeração das causas de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos. Os institutos do erro, do dolo, da coação, do estado de perigo e da lesão regulam os casos em que há defeito na declaração negocial, tutelando, assim, a liberdade negocial. Fora de tais hipóteses, não há possibilidade de anular um contrato.

Quanto especificamente à nulidade dos negócios jurídicos, há também no Código Civil brasileiro disposição vocacionada à proteção dos direitos fundamentais. A nulidade pela ilicitude do objeto ou da causa contratual são conceitos indeterminados por meio dos quais penetram os direitos fundamentais.

No caso das nulidades contratuais, também não cabe a utilização de estruturas de sopesamento. Ou o contrato é nulo por afetar, desde seu nascedouro, o coração de um direito fundamental, ou não se pode intervir no contrato por meio deste tipo de raciocínio. Caso contrário, explodiriam as possíveis nulidades contratuais.

Parece-nos, portanto, que a ponderação, na esfera contratual, está restrita aos casos em que, muito embora o contrato exista e seja válido, por algum motivo sua execução passa a implicar uma restrição desarrazoada de um direito fundamental.

2.5.3 A faceta material

Os passos acima definidos são importantes para guiar e controlar decisões judiciais que lidem direitos fundamentais. Todavia, não esgotam o problema da operacionalização da eficácia dos direitos fundamentais no plano contratual.

Como se pode ver, a escolha do plano de eficácia dos contratos, bem como o uso da proporcionalidade como guia de argumentação, são instrumentos que controlam tão somente o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Note-se que quando se adentra na última fase do teste de proporcionalidade, nenhum desses instrumentos consegue controlar a valoração material dos direitos fundamentais em jogo nas relações contatuais. É o operador quem dita qual a medida da importância de cada um dos direitos fundamentais em jogo para dizer, afinal, que um direito é importante o suficiente a ponto de justificar um certo sacrifício de outro direito fundamental. Nas palavras de Alexy:

Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade. Se se analisam as coisas pelo seu resultado, o decisivo não é a construção, mas a valoração que a preenche¹³⁶.

Nesse ponto, há uma porta aberta para que o juiz expresse, por meio da valoração de direitos fundamentais, qual é a sua ideia de Justiça. É papel da doutrina desenvolver, à luz da Constituição Federal, pautas axiológicas que guiem o juiz no ápice do iter intelectual que o leva à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas.

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 532.

É nesse ponto que os conceitos de contrato existencial e contrato de lucro têm maior importância. Essas categorias contratuais propõem uma certa ideia de como o balanço material entre diferentes direitos fundamentais deveria ser dar em cada um desses blocos contratuais, para além de uma ideia procedimental sobre como tratar os direitos fundamentais nas relações privadas.

Ou seja, os conceitos de contrato existencial e de lucro representam uma tomada de posição valorativa sobre como a regulação contratual deveria se comportar em cada uma dessas categorias, como uma diretriz para a formulação de precedências “prima facie” a serem aplicadas às relações contratuais.

Ao mesmo tempo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é justificativa para a tutela de interesses existenciais que estejam na causa de um contrato ou sejam afetados por uma avença. É inerente à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que o Estado tem dever de intervir em tais relações para proteger determinados interesses, a serem respeitados entre particulares.

Tidas tais considerações em mente, cabe agora adentrar o estudo das questões valorativas contidas na dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro. Tal se dará por meio do exame de teorias que refletem sobre a distribuição de riquezas na sociedade, especialmente por meio de contratos.

3 MODELOS DE VALORAÇÃO DE INTERESSES CONTRATUAIS

Neste capítulo, serão estudados os modelos de regulação contratual estudados na doutrina brasileira e estrangeira que tomem por critério a finalidade da contratação ou as necessidades dos contratantes. O resultado desse estudo deve servir como base à operacionalização da dicotomia dos contratos existenciais e de lucro.

Como se verá a seguir, a generalidade das teorias a serem apresentadas neste capítulo se liga intimamente a uma certa ideia de justiça contratual. É ponto comum entre elas abordar tipos de regulação baseadas na justiça distributiva, em uma tentativa de harmonização com a ideia de justiça comutativa que reina na regulação contratual clássica.

Na obra de Aristóteles, a justiça distributiva deixa de estar centrada na equivalência das prestações, para se importar com a distribuição de riquezas na sociedade. Por isso, a justiça distributiva se desenvolve numa relação vertical, em que autoridades definem a forma de distribuição de encargos e benefícios na sociedade, a partir de uma certa ideia teleológica de política¹³⁷.

A justiça distributiva se revela na proporcionalidade entre mérito e distribuição de bens ou encargos. Tal mérito, na visão de Aristóteles, tem a ver com os requisitos para que determinados benefícios e encargos sejam distribuídos. Para os democratas, o mérito é ser um homem livre; para os oligarcas, a riqueza ou a nobreza de nascimento; para os aristocratas, a excelência¹³⁸.

Ou seja, os critérios para distribuição de riquezas diferem de acordo com a forma como a comunidade valoriza a posição social dos indivíduos. Em um Estado Social do Direito, a justiça distributiva deve ter em sua matriz a ideia de que a distribuição de riquezas se pauta tanto pelos resultados da livre iniciativa quanto pelas necessidades intrínsecas à concretização da dignidade da pessoa humana.

¹³⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria Aristotélica da Justiça. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, ano 92, p. 53-73, (1997), p. 61.

¹³⁸ Aristóteles. **Ética a Nicomaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991 ("Os pensadores, volume II"), livro V, item 3.

A questão reside, então, em formular um modelo regulatório em que essas duas justificativas de distribuição de riquezas não se anulem.

Não por acaso, esse tipo de justiça também consiste em tratar desigualmente os desiguais, a partir de critérios que tem a ver com a finalidade do Estado¹³⁹. De acordo com tais parâmetros, a injustiça está alguns terem o que é bom em excesso, enquanto outros tem o que é bom em falta.

Quando duas pessoas disputam um mesmo bem ou direito, a justiça distributiva atua em uma arena em que o benefício a uma parte significa um relativo sacrifício à outra. Discussões sobre o salário mínimo, sobre a proteção do mínimo existencial, sobre a tributação de grandes fortunas, são exemplos de questões que se resolvem sob o prisma da justiça distributiva¹⁴⁰.

A justiça comutativa, por sua vez, é uma espécie de justiça corretiva, encarregada de redistribuir encargos e benefícios. Manifesta-se na troca de bens entre os indivíduos, signo da interdependência que existe entre eles. Funda-se na sinalagmaticidade e na voluntariedade. Busca corrigir o resultado de comportamentos considerados inaceitáveis sob esse prisma¹⁴¹.

A justiça comutativa tem protagonismo no direito contratual, sendo a linha de pensamento que justifica a força obrigatória dos contratos, a vedação ao enriquecimento sem causa, a onerosidade excessiva objetiva¹⁴². Voltado às trocas, simboliza a necessidade de equivalência entre as prestações como sinal de justiça¹⁴³.

Todavia, tendo em vista que os contratos são a forma como as pessoas adquirem a maioria de seus bens em uma sociedade de mercado, um Estado de Bem-Estar Social não pode deixar de pensar sob a ótica distributiva nessa seara.

¹³⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria Aristotélica da Justiça. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, ano 92, p. 53-73, (1997), p. 62-64.

¹⁴⁰ KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist motives in Contract and Tort Law, with special reference to Compulsory terms and unequal bargaining power. In: **Maryland Law Review**, vol. 41, p. 359-377, issue 4, article 4, p. 571. Disponível em <https://dash.harvard.edu/handle/1/13548423>. Acessado em 11.11.2017.

¹⁴¹ KOSLOWSKI, P. Commutative Justice. In: **Principles of Ethical Economy. Issues in Business Ethics**, vol 17. Dordrecht: Springer, 2001, p. 184-185

¹⁴² WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 716.

¹⁴³ Aristóteles. **Ética a Nicomaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991 ("Os pensadores, volume II"), livro V, item 5.

Caso contrário, o uso exclusivo da justiça comutativa poderia resultar em situações em que a execução do contrato retira de uma das partes um mínimo de bens necessário à sua subsistência, por exemplo. Regras baseadas na justiça distributiva podem servir, na prática, para redistribuir poder e recursos nas relações contratuais, evitando (i) distorções baseadas no abuso do poder econômico e (ii) ofensa às condições mínimas de subsistência do contratante.

Veja-se a seguir como a ideia de justiça distributiva é tratada com relação à finalidade existencial de determinados bens e como se dá a aplicação de tais ideias no direito contratual.

3.1 “SOCIAL MINIMUM”, OU MÍNIMO EXISTENCIAL

John Rawls e Ronald Dworkin têm em suas obras interessantes exercícios mentais para a construção de uma ideia de justiça social aplicada à distribuição de riquezas. Elas serão abordadas a seguir para introduzir a ideia de mínimo social, ou mínimo existencial.

Dworkin sugere aos seus leitores imaginarem os sobreviventes de um naufrágio, que chegam a uma ilha deserta com recursos abundantes e nenhuma população nativa. Os sobreviventes decidem dividir igualmente os recursos entre si¹⁴⁴.

Para tanto, cada um recebe a mesma quantia de uma certa moeda (“clamshells”), para participar de um leilão das riquezas da ilha. Um leilão bem-sucedido é aquele em que nenhum dos naufragos entende que seu conjunto de bens é pior que os dos outros.

Considerando que, tendo o mesmo valor em bens, é possível que os naufragos tenham diferentes níveis de habilidade e deficiências, Dworkin imagina

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000. A situação hipotética descrita nos parágrafos seguintes está nas páginas 65-71 da referida obra.

um mercado de seguro hipotético contra essas contingências. Seria possível segurar-se em caso de uma condição física debilitante, baixo poder aquisitivo, falta de talento em determinadas áreas.

Dworkin insere os naufragos numa espécie de “estado de ignorância”, considerando que eles não sabem quais serão suas habilidades e deficiências pessoais na ilha. Seguradoras ofereceriam, nesse ambiente, cobertura contra esses tipos de contingência. Cada naufrago poderia escolher que parte de suas riquezas seria destinada a esse tipo de seguro, e que parte seria destinada a outros investimentos.

Pode-se escolher uma apólice barata e de cobertura mínima, aplicando maiores recursos em outras atividades. Ou pode-se escolher uma apólice mais generosa em caso de condições críticas de saúde, desemprego e outras adversidades, deixando um pouco menos de “clamshells” para outras atividades.

A representação de Dworkin nos faz refletir sobre que tipo de distribuição de riquezas desejaríamos para a sociedade, se não soubéssemos de antemão nossa posição social e particularidades. Certamente uma cobertura razoável seria escolhida pela maioria das pessoas, que garantisse a possibilidade de superar possíveis deficiências.

Em seu “A theory of Justice”, Rawls sugere que abstraíamos nossas particularidades sociais para nos imaginarmos em uma dada sociedade, cujas regras de distribuição de riqueza serão por nós criadas¹⁴⁵.

Quando criarmos tais regras, estaremos atrás de um “véu da ignorância”. Isso significa que também não saberemos quais serão nossa classe social, habilidades, nível de força ou inteligência, planos de vida nessa sociedade, tampouco a geração em que seremos alocados, sua condição política e o nível de civilidade alcançado¹⁴⁶.

Esse estado induzido pelo véu da ignorância não torna as pessoas menos egoístas, mas faz com que os submetidos ao teste deixem de pensar em princípios

¹⁴⁵ RAWLS, John. **A theory of Justice**. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 118.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 118.

de justiça baseados em suas condições pessoais. Força-os, pelo contrário, a pensar em qualquer membro da comunidade como se fossem eles próprios.

Baseado nessas condições de escolha, Rawls sustenta que as pessoas submetidas ao teste escolheriam os seguintes princípios de justiça: (i) cada pessoa deve ter igual direito ao mais extenso sistema de liberdades básicas; (ii) inevitáveis diferenças na distribuição de riquezas devem ser arranjadas de modo que beneficiem os menos afortunados e devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em iguais condições de oportunidades¹⁴⁷.

Esse último princípio de Rawls está eminentemente ligado à distribuição de riquezas na sociedade, ou a uma ideia de justiça distributiva.

No ponto, Rawls entende que a concretização de tais princípios de justiça depende da existência de instituições legais razoáveis. Tais instituições estariam encarregadas de algumas tarefas, como a coordenação da concorrência, a estabilização do emprego, a garantia de um mínimo social que permita às pessoas realmente exercer suas liberdades¹⁴⁸. A tarefa ligada ao mínimo existencial estaria em levar necessidades em conta na distribuição de riquezas e ponderá-las com outras contingências

Rawls assevera que o mecanismo de preço é incapaz de, sozinho, regular eficazmente a distribuição de riquezas. Segundo o autor, o mecanismo de preços ignora a necessidade de uma certa condição de vida para o exercício efetivo de liberdades. Seria preciso defender as pessoas desse tipo de contingência. Se uma parte menor da riqueza fosse distribuída de acordo com tal princípio, o mecanismo de preços poderia regular o resto da distribuição de riquezas na sociedade¹⁴⁹.

Da mesma forma, poderíamos assumir que se interesses existenciais fossem tutelados de maneira qualificada na seara contratual, devido à sua importância para o desenvolvimento da personalidade, o resto dos contratos poderia ter uma regulação menos intervencionista.

¹⁴⁷ RAWLS, John. **A theory of Justice**. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 266.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 243/244.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 245.

A escolha de tais princípios de justiça, por detrás do véu da ignorância, naturalmente leva em conta que as pessoas deverão permanecer, durante sua vida, fiéis a tal escolha. Logo, é razoável que as regras escolhidas garantam a todos acesso a recursos mínimos que garantam uma vida decente. O autor se pergunta que tipo de pessoa se comprometeria a ficar a vida inteira submetida a princípios de justiça que não garantissem o mínimo para viver com dignidade e superar suas próprias dificuldades¹⁵⁰. A conclusão é de que pessoas devem ter acesso a determinadas condições básicas para desenvolverem-se.

Os experimentos “virtuais” de Rawls e Dworkin dão ideia da importância que há em um Estado implementar e proteger um mínimo social a que todos, sem distinção, tenham acesso para que possam desenvolver sua personalidade dignamente. Trata-se de uma demanda essencial de justiça em ambas as obras.

O ambiente em que tais experimentos inserem o leitor contém implícita uma mensagem de solidariedade. Aqueles que pensam as políticas públicas – e todo o direito privado é uma espécie de política pública – devem despir-se de seus papéis sociais para se imaginar na posição de todos e quaisquer atores da vida privada.

No Brasil, o conceito de mínimo existencial é bastante parecido com o “social minimum” das obras de Dworkin e Rawls. Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial compreende as condições mínimas de existência digna do ser humano. A manutenção do mínimo existencial exige prestações positivas do Estado, além do dever de proteger intervenções de terceiros em prejuízo do mínimo existencial¹⁵¹.

O mínimo existencial não tem dicção expressa na Constituição Federal brasileira. Todavia, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade e à igualdade substancial, princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal¹⁵².

¹⁵⁰ RAWLS, John. **A theory of Justice**. Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 153-160.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 177, p. 29-49, jun/set 1989, p. 29.

¹⁵² *Ibidem*, p. 29.

Abrange qualquer direito, enquanto essencial e inalienável. Via de regra, está ligado ao acesso a bens e serviços essenciais, como saúde, educação, moradia, alimentação¹⁵³.

Mensurar o mínimo existencial é tarefa bastante complexa. Ricardo Lobo Torres liga o mínimo existencial à própria noção de pobreza. Pondera ser dever do Estado combater a pobreza absoluta, enquanto a pobreza relativa seria produto da economia. Ainda assim, reconhece que a própria noção de pobreza absoluta é variável no tempo e no espaço, ocorrendo tanto em países pobres quanto em países ricos¹⁵⁴.

Quando ligado à ideia de liberdade, o mínimo existencial se projeta sobre as condições para o livre desenvolvimento da personalidade. O mínimo existencial dá ao ser humano as condições iniciais para que ele possa superar a injustiça social¹⁵⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet, escorado na doutrina alemã, sustenta que o mínimo existencial está acima da linha da pobreza absoluta, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana está além das condições para sua mera sobrevivência física, até para que o ser humano possa exercer efetivamente seu direito de liberdade¹⁵⁶.

Também aponta a diferenciação realizada pela doutrina e jurisprudência alemãs quanto a um mínimo existencial fisiológico e um mínimo existencial sociocultural. O viés fisiológico do mínimo existencial diz respeito às condições de sobrevivência física do indivíduo, enquanto o viés sociocultural do termo abrangeria um mínimo de inserção, em termos de igualdade, na vida social e cultural. Ambas as facetas do mínimo existencial deveriam ser protegidas pelo Estado¹⁵⁷.

Na mesma linha, Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial abrange não só o plano da experiência física, mas também os campos espiritual e intelectual. Isso porque todos estes planos são indispensáveis para aqueles que

¹⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 177, p. 29-49, jun/set 1989, p. 29.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 29. Vide também SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista CEJUR/TJSC: prestação jurisdicional**, vol. 1, nº 1, p. 90-125, dez/2013, p. 33.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 30.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., loc. cit.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., loc. cit.

vivem em um Estado democrático – que demanda a participação das pessoas na política -, e ao mesmo tempo liberal - conferindo às pessoas a missão de se desenvolverem¹⁵⁸.

Segundo Robert Alexy, é praticamente impossível determinar de maneira definitiva a extensão do mínimo existencial, tal qual garantido na Constituição de seu país. Para o autor, o mínimo existencial quantificado de maneira absoluta teria aptidão para se manter extremamente baixo, muitas vezes aquém da proteção constitucional garantida. Assim, o mínimo existencial deve ser mensurado pelo nível de vida existente. Nessa seara, é possível que, após uma colisão de princípios, o mínimo existencial se ajuste às condições de cada momento do país. Na raiz do direito ao mínimo existencial está o direito à criação de certas condições de igualdade fática¹⁵⁹.

Ricardo Lobo Torres demonstra que, no direito tributário, o direito ao mínimo existencial se manifesta por meio de imunidades tributárias sobre a renda, sobre a aquisição de bens e serviços essenciais, sobre o acesso à jurisdição. Seria esse o “status negativus” do direito ao mínimo existencial, no sentido de que o Estado deixa de exigir impostos quando eles prejudiquem a fruição do mínimo existencial.

As prestações positivas do Estado para garantia da liberdade poderiam ser exemplificadas pela oferta de ensino fundamental e assistência médica gratuitos, pela entrega de alimentos e vestuário às pessoas em situação de vulnerabilidade.

Diferem tais prestações daquelas que estão sujeitas à disponibilidade econômica do Estado, como a oferta de educação superior gratuita, moradia, etc. Tais prestações estariam condicionadas à reserva do possível, à existência de orçamento para tanto¹⁶⁰. Justamente aí residem muitos dos serviços objeto de contratações entre particulares.

Para Ana Paula de Barcellos, a ausência do mínimo existencial importa uma violação frontal à dignidade humana, não com base em um sopesamento, mas nos mesmos termos em que uma regra se reputa infringida¹⁶¹. Isso porque o mínimo

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197-198.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 427-428.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 40/41 e 44.

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 194.

existencial compõe o núcleo material do princípio da dignidade humana¹⁶².

Sarlet salienta que embora haja um espaço de conformação sobre como o Estado protege e garante o mínimo existencial, é certo que o legislador não pode se manter aquém dessa fronteira de proteção. Isso porque o mínimo existencial seria o núcleo duro dos direitos fundamentais sociais, cuja fruição garante uma vida digna. Estaria, portanto, blindado contra intervenções por parte do Estado e da sociedade¹⁶³.

Partindo desse raciocínio, assume-se que não só o Estado, mas também os entes privados são destinatários das disposições sobre os direitos fundamentais sociais, especialmente no que toca o direito ao mínimo existencial.

Com efeito, Sarlet aponta que o mínimo existencial se identifica com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais. Assim, o mínimo existencial estaria protegido até mesmo de atitudes de seu próprio titular, impondo, outrossim, um dever de proteção e respeito por parte dos demais particulares¹⁶⁴.

O autor cita, como exemplos da eficácia do direito ao mínimo existencial entre os particulares, o dever de prestar alimentos. Muito embora radicado na legislação ordinária, tal dever tem fundamento constitucional na proteção e promoção das condições mínimas da existência digna do ser humano¹⁶⁵.

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial envolveria quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental. Os elementos materiais seriam a educação, a saúde e a assistência aos desamparados, enquanto o elemento instrumental seria o acesso à justiça. A assistência aos desamparados envolveria, por sua vez, prestações referentes a alimentação, vestuário e abrigo, as quais evitariam que os mais pobres caíssem abaixo de um determinado patamar mínimo¹⁶⁶.

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 61/2007, p. 90–125, Jan-Mar/2007, p. 12.

¹⁶⁴ Idem. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista CEJUR/TJSC: prestação jurisdicional**, vol. 1, nº 1, p. 90-125, dez/2013, p. 38-39.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 38-39.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 199.

Na seara dos contratos, é certo que a circulação de muitos bens e serviços têm como finalidade a fruição do direito ao mínimo existencial. Tal fato por certo não retira a onerosidade dos referidos contratos, uma vez que aos particulares não podem ser impostos deveres na mesma medida que ao Estado.

Ainda assim, por tratar-se de conteúdo essencial de direitos fundamentais sociais, os contratos que veiculam bens destinados à fruição do direito ao mínimo existencial merecem uma tutela que proteja e promova tais direitos. Exige-se não só do Estado, mas dos contratantes especial respeito a tais bens. A medida de tal respeito não pode, todavia, desnaturar a própria causa do contrato.

Além disso, a tutela dos contratos existenciais não se esgota na proteção e promoção do mínimo existencial. Para além do mínimo existencial, é cabível e necessária uma tutela que mostre solidariedade nas operações econômicas que lidam com toda a dimensão dos direitos fundamentais sociais, pois são eles relevantíssimos ao desenvolvimento da personalidade. A questão reside justamente na dose dessa solidariedade, ou em divisar até que ponto seria possível e pertinente aplicar uma regulação estatal sobre os contratos tendo em mente a garantia do mínimo social.

3.2 ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Em seu “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, Luis Edson Fachin defendeu a existência de um patrimônio mínimo, impassível de assenhoramento forçado por terceiros, sob hipótese alguma. A proteção de tal “patrimônio mínimo” estaria baseada em valores sociais, como o da subsistência digna. Para Fachin, o regime das relações patrimoniais deveria refletir tais valores¹⁶⁷.

Como base de sua tese, Fachin indicou que mesmo o Código Civil de 1916, eminentemente patrimonialista, impunha já limites e restrições sobre a propriedade, em favor da tutela da dignidade da pessoa humana¹⁶⁸. Tal movimento teria apenas sido ampliado no Código Civil de 2002 e legislação esparsa.

¹⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 304-309.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 97-99.

Seria o caso da vedação à doação universal de bens¹⁶⁹, um óbice à prodigalidade. Tal vedação traduziria uma tutela para além da propriedade, em proteção à própria pessoa. Da mesma forma, a vedação do “pacta corvina”¹⁷⁰ seria uma forma de proteção da vida daquele que, por sua morte, deixaria uma herança¹⁷¹.

A possibilidade de revogação da doação feita àquele que se recusa a dar alimentos¹⁷², bem como a incapacidade relativa dos pródigos¹⁷³ seriam outros exemplos de tutela da pessoa através do patrimônio. Todos esses institutos seriam informados pela dignidade da pessoa humana, muito embora tratem de questões eminentemente patrimoniais¹⁷⁴.

Da mesma forma, seria legítimo pensar em limites e restrições ao direito de crédito e ao exercício de direitos patrimoniais a fim de proteger o que Fachin denomina “patrimônio mínimo”. Tal seria apenas mais uma aplicação de uma racionalidade já presente na codificação¹⁷⁵.

Extrapolando o campo das relações entre pessoas físicas, Fachin anota que a possibilidade de preservar uma sociedade comercial, ainda que temporariamente, sob a pessoa de um único sócio, indica uma valoração sobre os fins econômicos e sociais da sociedade empresária, para além de sua mera titularidade. Tal permissão estaria fulcrada na função social da empresa¹⁷⁶.

O ponto ressalta uma tendência geral em considerar a finalidade social e econômica de um bem para definir a regulação das relações contratuais a ele atinentes.

O autor cita as hipóteses de impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho e de módulos rurais como casos em que a visão patrimonialista do direito civil

¹⁶⁹ Vide artigo 1.175 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 548 do Código Civil atual.

¹⁷⁰ Vide a idêntica redação dos artigos 1.089 do Código Civil de 1916 e 426 do Código Civil de 2002: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

¹⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 100-103.

¹⁷² Vide artigo 557, IV, do Código Civil.

¹⁷³ Vide artigo 3º, IV, do Código Civil.

¹⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 108-110.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 310.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 205.

encontra limites definidos pela necessidade de um patrimônio mínimo, necessário à subsistência da pessoa humana ou – no caso do direito empresarial - da sociedade mercantil.

Com base em tais exemplos de regulação, o conceito de “patrimônio mínimo” foi concebido por Fachin como a propriedade mínima indispensável à sobrevivência do ser humano, a ser defendida nas hipóteses em que o exercício do direito de crédito ameaçar atingir bens afetados à subsistência humana¹⁷⁷. Ou seja, a tese de Fachin está umbilicalmente ligada à noção de mínimo existencial. É mérito da tese transportar a ideia de mínimo existencial para o âmbito das relações privadas, como um limite ao exercício de direitos subjetivos.

Tanto por isso, a tese de Fachin tem um claro ponto de intersecção com a dicotomia “existencial v. lucro”. Ambas as teorias propõem a adoção de um tipo de regulação contratual que preserve interesses existenciais, relativos à subsistência humana. Tal teoria também se funda na ideia de que a tutela das relações de mercado, sem consideração a outros valores-fim de um Estado de Bem-Estar Social, não é suficiente para promover bem-estar e coesão social.

3.3 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

Anos antes de anunciada a dicotomia “existencial v. lucro”, Teresa Negreiros, em seu “Teoria do contrato: novos paradigmas”, havia desenvolvido uma teoria que também tem algo em comum com as categorias contratuais em estudo.

Segundo Negreiros, contratos deveriam ser diferenciados a partir da maior ou menor essencialidade dos bens e serviços contratados em relação à satisfação de direitos fundamentais. Em uma proposta de analogia ao artigo 96 do Código Civil, os bens contratados seriam distinguidos em necessários, úteis e supérfluos¹⁷⁸. Os critérios foram englobados no que se chamou “paradigma da essencialidade”.

¹⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 298.

¹⁷⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 390-391.

A partir dessa distinção, Teresa defende que os contratos que fazem circular bens com finalidade existencial deveriam se submeter a uma disciplina tutelar, com incidência qualificada da boa-fé, função social do contrato e equilíbrio contratual. Por outro lado, uma disciplina mais liberal, com incidência qualificada dos princípios contratuais clássicos, aplicar-se-ia de forma mais intensa quanto mais o objeto do contrato se aproximasse da superfluidade¹⁷⁹.

Como suporte de sua tese, Teresa Negreiros aponta que o direito civil já teria conferido tratamento específico para a circulação de bens essenciais em casos esparsos, como (i) a proteção do bem de família pela Lei Federal nº 8.009/1990; (ii) a disciplina da obrigação de prestar alimentos; (iii) as diferentes regras aplicadas para a locação residencial e a locação comercial pela Lei de Locações¹⁸⁰.

No âmbito constitucional, afirma que a incidência de alguns impostos – como o IPI e o ICMS – seria seletiva em razão da essencialidade dos bens tributados¹⁸¹. A mesma racionalidade deveria se aplicar na seara dos contratos, como ponto de partida da argumentação jurídica. Assim, a explicitação do paradigma da essencialidade daria coerência e balizas à atuação jurisprudencial¹⁸².

De se notar que o “paradigma da essencialidade” é constituído de um critério puramente objetivo: a essencialidade do bem contratado é o que demandaria um balanço diferente entre autonomia privada e outros direitos fundamentais. Para Teresa Negreiros, esse critério objetivo eliminaria a possibilidade de conferir salvaguarda indevida com base apenas na hipossuficiência do contratante¹⁸³.

Parece-nos, todavia, que o grau de essencialidade do bem contratado não pode ser identificado por um critério meramente objetivo, ou seja, a partir somente do objeto da contratação. O bem contratado precisa ser situado perante o seu adquirente e, sucessivamente, perante a sua destinação concreta para que se possa aferir a sua essencialidade. Assim, o critério puramente objetivo de Teresa revela, na verdade, uma conjunção de critérios que desembocam na própria

¹⁷⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 345.

¹⁸¹ Ibidem, p. 410/411.

¹⁸² Ibidem, p. 345.

¹⁸³ Ibidem, p. 341-342.

finalidade da contratação, sob o ponto de vista de um de seus contratantes. Exatamente como na teoria de Junqueira de Azevedo.

Em certo ponto de sua obra, Teresa Negreiros reconhece uma dificuldade em distinguir o que é efetivamente essencial. Essa dificuldade também é enfrentada nas teorias acima, sobre o que vem a ser o mínimo existencial, ou o patrimônio mínimo.

Muito embora Teresa estabeleça que o seu paradigma da essencialidade deveria recair sobre bens cuja necessidade é universal – alimentação, saúde, educação, vestuário – reconhece que, mesmo neste âmbito, graduar o que é essencial e o que é supérfluo é um desafio¹⁸⁴.

Com efeito, até no campo do direito à saúde, distinguir quais tratamentos atendem a um critério de essencialidade e quais são tratamentos “dispensáveis” é algo extremamente complexo.

Ademais, é certo que necessidades essenciais são contingentes, mudam no tempo e no espaço. A internet, que tempos atrás era considerada um luxo, hoje é um meio quase que imprescindível para a inserção sócio cultural de uma pessoa.

O trabalho de Teresa Negreiros foi objeto de particulares críticas no que toca a função conferida ao direito contratual por meio de sua teoria. Apesar de direcionada ao seu trabalho em especial, a crítica poderia ser estendida a todas as teorias que pensam no direito contratual como um espaço em que cabível a tutela de direitos fundamentais, considerando a finalidade da contratação.

Eros Roberto Grau, em seu “Um Novo Paradigma dos Contratos?”, afirma ser uma ingenuidade pensar que a teoria contratual teria se renovado com fundamento na solidariedade, como prega Negreiros. As inovações advindas da disciplina consumerista, por exemplo, seriam apenas parte de uma estratégia para a promoção da fluência do mercado. O direito contratual teria como finalidade única permitir o fluxo das relações de mercado, e só nessa medida e com tal finalidade renderia proteção ao consumidor ou hipossuficiente¹⁸⁵.

¹⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 391.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 96, p. 423-433, 2001, p. 412-413.

A crítica de Grau revela o inevitável debate político por trás da formatação de justificativas que suportam regras de direito contratual. Grau funda a sua visão do direito contratual a partir de uma concepção radicalmente liberalista do Estado, cuja política pública se expressa também através do direito contratual.

Na contramão desta concepção, o paradigma da essencialidade, a tese do estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a dicotomia “existencial v. lucro” estão baseados na crença de que o Estado deve agir não só para manter as forças de mercado, mas também em atenção à tutela de direitos fundamentais no seio das relações privadas, em uma espécie de harmonização.

A visão dos juristas até aqui relatada revela a descrença de que as forças de mercado sejam suficientes – embora indispensáveis em um país capitalista – para se alcançar um Estado de Bem-Estar Social.

Um dos problemas em se encontrar um parâmetro para regulação no direito contratual reside no fato de que, ainda que todos os Estados tenham proclamado um compromisso com o bem-estar social, não é óbvia a constatação de que parte desse compromisso deve ser implementado por meio da regulação contratual¹⁸⁶.

Um Estado compromissado com a promoção do bem-estar da população poderia optar por basear suas políticas públicas, por exemplo, em uma regulação contratual radicalmente liberalista e, ao mesmo tempo, investir em medidas mais intervencionistas e redistributivas no campo da seguridade social e da legislação fiscal¹⁸⁷.

Assim, ainda que a necessidade de intervenções estatais para garantir bem-estar seja um consenso, a forma como tal intervenção deve se dar é algo sempre aberto a debate, ainda mais no que toca as relações privadas. Admitir a possibilidade de um direito contratual comprometido com o bem-estar social significa admitir que os cidadãos têm uma responsabilidade dupla, perante o Estado e seus pares¹⁸⁸.

¹⁸⁶ WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 715.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 715.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 715.

3.4 JUSTIÇA SOCIAL NO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU

Na doutrina estrangeira, a preocupação em conferir tratamento jurídico diferente de acordo com a finalidade e circunstâncias da contratação também levou à criação de dicotomias. Em sentido lato, autores usam expressões como “freedom v. solidarity”, “individualism versus altruism” para indicar a existência de uma tensão entre a regulação contratual clássica e a necessidade de impor limites ao exercício do poder que personagens privados detêm em certas relações contratuais¹⁸⁹.

Baseados nessas dicotomias mestras, descortinam-se inúmeros matizes de regulação contratual, que vão desde a clássica oposição entre justiça comutativa e justiça distributiva, até denominações menos usadas no Brasil, como “market-individualism versus consumer-welfarism”, “market-rational and market-rectifying regulation”, “ability-oriented v. need-oriented rationality”¹⁹⁰.

Esses matizes regulatórios não são excludentes, mas representativos de diferentes formas de tutelar as relações contratuais, com maior ou menor ênfase à proteção de vulnerabilidades, à distribuição de riquezas na sociedade como um todo. Sua utilização depende de fatores como o ambiente em que tais contratações são realizadas e sua finalidade, mas também de escolhas políticas sobre como um Estado pretende realizar o bem-estar social.

Na Europa, os debates sobre uma regulação contratual comum à União Europeia parecem ter revelado a dimensão eminentemente política desta tensão.

No centro de tais debates está a atuação da Comissão Europeia - órgão executivo da União Europeia – na elaboração de medidas jurídicas que facilitem o fluxo do mercado comum europeu. Na visão da Comissão, diferentes regimes

¹⁸⁹ A este respeito, vide: MAK, Chantal. **Fundamental Rights in European Contract Law**. *Academisch Proefschrift*, 2007, p. 176-177; WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 712. Note-se também que a dicotomia “individualism v. altruism” era usada por Duncan Kennedy para tornar claras as escolhas políticas realizadas por juízes norte-americanos na resolução de problemas que passavam pela integração de lacunas e ambiguidades legislativas (vide KENNEDY, Duncan. The paradox of American Critical Legalism. In: **European Law Journal**, vol. 3, n. 4, p. 359-377, December 1997, p. 367).

¹⁹⁰ WILHELMSSON, Thomas, op. cit., loc. cit.

contratuais entre os países da União Europeia travariam o desenvolvimento de um mercado comum e diminuiriam o fluxo de consumo entre os países europeus¹⁹¹.

Para muitos juristas, as competências conferidas à Comissão Europeia quanto ao direito contratual comum estariam baseadas apenas na facilitação do mercado interno, escondendo ou negligenciando outras questões, como os valores sociais que deveriam reger o mercado europeu e como ele poderia ser regulado para que tais valores não fossem desrespeitados¹⁹².

Para outros, o discurso da Comissão, bem como daqueles que procuram conciliar mercado e valores sociais, são insuficientes. Ugo Mattei, por exemplo, defende uma funcionalização profunda do mercado, no sentido de que a propriedade apenas poderia ser tolerada enquanto promotora de redistribuição de renda e de necessidades humanas fundamentais¹⁹³.

Expressão de uma visão conciliadora entre economia de mercado e valores sociais, o “Social Justice In European Contract Law: a manifesto”, é um texto elaborado sob a relatoria de Hugh Collins e do qual participaram ao menos dezoito juristas de diferentes países da União Europeia¹⁹⁴.

O texto critica duramente as medidas tomadas pela Comissão Europeia na condução das discussões sobre a harmonização do direito contratual europeu¹⁹⁵,

¹⁹¹ COMISSÃO Europeia propõe um direito europeu comum facultativo dos contratos de compra e venda para fomentar o comércio e aumentar as escolhas dos consumidores. Bruxelas, 11.10.2011. In: **European Commission Press Release Database**. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1175_pt.htm. Acessado em 18.04.2016.

¹⁹² SOCIAL Justice in European Contract Law: a manifesto. In: **European Law Journal**, volume 10, nº 6, November 2004, p. 653–674. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004.

¹⁹³ MATTEI, Ugo; NICOLA, Fernanda. A Social Dimension in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda. In: **New England Law Review**. Fall, p. 1-66, 2006, p. 64.

¹⁹⁴ São eles: Gert Brüggemeier (Bremen), Mauro Bussani (Trieste), Hugh Collins (London), Aurelia Colombi Ciacchi (Bremen), Giovanni Comandé (Pisa), Muriel Fabre-Magnan (Nantes), Stefan Grundmann (Berlin), Martijn Hesselink (Amsterdam) (Chairman), Christian Joerges (Florence), Brigitta Lurger (Graz), Ugo Mattei (Torino), Marisa Meli (Catania), Jacobien Rutgers (Amsterdam), Christoph Schmidt (Florence), Jane Smith (Bremen), Ruth Sefton-Green (Paris), Horatia Muir Watt (Paris), Thomas Wilhelmsson (Helsinki). Outros professores não puderam participar diretamente da elaboração do texto, mas solicitaram sua vinculação ao seu conteúdo: Guido Alpa (Rome), Mariaaria Maugeri e Mario Barcellona (Catania), Dunkan Kennedy (Harvard) and Gunther Teubner (Frankfurt).

¹⁹⁵ SOCIAL Justice in European Contract Law: a manifesto. In: **European Law Journal**, volume 10, nº 6, p. 653–674, November 2004. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004.

em especial o uso de uma racionalidade exclusivamente de mercado para conduzi-la¹⁹⁶.

Nos termos do Manifesto, países que se baseiam em uma política neoliberal, encorajando soluções de mercado para manter um Estado de Bem-Estar Social, precisam de uma regulação que vá além da simples uniformidade e transparência das leis.

Se é o mercado o fornecedor de bens essenciais à subsistência da população, o direito contratual que regula tal mercado precisa estar atento à forma como necessidades essenciais são satisfeitas:

Indeed, the private law of contract is currently becoming more significant owing to its crucial role in neo-liberal political thought. If governments seek to reduce the role of the State, to encourage market solutions to problems of securing social welfare, and to use the discipline of market competition to improve the efficiency of the supply of public goods, contracts become both an instrument of trade and an instrument of politics. The rules governing these transactions, which are based in private law, therefore become a key regulatory instrument of modern governments. As far as direct public provision of goods and services through the agencies of the Welfare State is dismantled and replaced by contractual relations — for education, health, utilities, pensions, communications — contract law supplies the rules that govern how citizens obtain the satisfaction of their basic needs. The content of those rules becomes of even greater political significance, because they

¹⁹⁶ Entre as criações da Comissão estão um “Common Frame of Reference”, que explicitaria conceitos jurídicos das diretivas europeias acerca de direito contratual, bem como um “Plano de Ação” estritamente focado na criação de uma lei contratual uniforme que quebre barreiras comerciais entre os países da União Europeia. Vide SOCIAL Justice..., op. cit., p. 655.

Na visão do Manifesto, a elaboração de diretivas que explicitem padrões mínimos à legislação consumerista não soluciona o problema de integração dos países europeus. Ao mesmo tempo, diretivas com um padrão máximo de proteção desprezam os avanços de certos países europeus na matéria, convergindo para um retrocesso em termos de regulação de contratos que veiculam bens essenciais. Tal fenômeno ocorreria devido à competência estritamente tecnocrática da Comissão. Por outro lado, o “Common Frame of Reference” seria uma medida estritamente voltada a criar regras gerais uniformes, transparentes e efetivas no direito contratual da União Europeia. Assim como no caso da elaboração de diretivas, a Comissão não estaria preocupada com a proteção de valores fundamentais, atendo-se a uma agenda meramente tecnocrática, voltada apenas à facilitação do mercado transnacional (SOCIAL Justice..., op. cit., p. 662-663).

express the central principles of contemporary ideals of social justice¹⁹⁷.

O Manifesto propõe que a harmonização do direito contratual europeu se centre não somente em regras gerais que uniformizem a legislação e facilitem o comércio entre os países da União Europeia, mas que, principalmente, externem um conjunto de valores fundamentais e princípios comuns de direito contratual – o que chama de “Justiça Social”.

Essa posição está fundada na crença de que o direito contratual determina a distribuição de riqueza e poder em sociedades modernas. À medida que os mecanismos diretos de redistribuição de renda são reduzidos, o mercado se torna uma força que determina as chances de vida das pessoas:

We should recognize that today a regulated market may be expected increasingly to deliver most essential needs of citizens ranging from water and power, to communications, and to access to credit (which itself is often necessary for other goods such as shelter and higher education). It is therefore important to appreciate that the regulation of markets is not only significant for its contribution to material wealth, but also it helps to structure access to basic needs of citizens and supplies them with essential protection of their interests¹⁹⁸.

Assim, o Manifesto insiste que uma proposta de direito contratual europeu também esteja alinhada a princípios constitucionais como igualdade substancial, solidariedade, dignidade humana, inclusão social, direito de acesso a serviços de interesse econômico geral, proteção ambiental e das relações de consumo, condições de trabalho justas. Informa que tais valores já estariam positivados em cartas comuns à União Europeia, como a “European Convention of Human Rights

¹⁹⁷ SOCIAL Justice in European Contract Law: a manifesto. In: **European Law Journal**, volume 10, nº 6, p. 653–674, November 2004. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004, p. 655.

¹⁹⁸ *ibidem*, p. 667.

and Fundamental Freedoms” e a “Nice Charter of the Fundamental Rights of the European Union”. É o que o Manifesto chama de “constitutionalisation of Private Law”, ou constitucionalização do direito privado¹⁹⁹.

Para tornar essas medidas concretas, o manifesto encoraja o estudo comparado sobre soluções adotadas por sistemas nacionais para lidar com questões de justiça social no direito dos contratos²⁰⁰.

O manifesto destaca como uma medida inovadora esquemas de proteção contratual que deixaram de se basear na garantia de igualdade de condições entre os contratantes para se basear na proteção de necessidades básicas. O tema será abordado especificamente a seguir ²⁰¹.

3.5 “NEED-ORIENTED RATIONALITY” v. “ABILITY RATIONALITY”

“Need-oriented rationality”, ou simplesmente “need-rationality”, são expressões utilizadas para caracterizar uma forma particular de intervenção do Estado nas relações contratuais²⁰².

Entre os autores que defendem a utilização desse tipo de racionalidade está Thomas Wilhelmsson, professor de Direito Civil da Universidade de Helsinki. Wilhelmsson caracteriza a denominada “need-rationality” como uma linha de raciocínio que toma necessidades essenciais das pessoas como justificativa para lhes conferir proteção na seara contratual.

O autor identifica essa específica racionalidade em propostas de regras do direito contratual da Finlândia que protegem devedores de medidas drásticas de cobrança, quando a mora deriva de doença, desemprego ou outras circunstâncias

¹⁹⁹ SOCIAL Justice in European Contract Law: a manifesto. In: **European Law Journal**, volume 10, nº 6, p. 653–674, November 2004. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004, p. 668.

²⁰⁰ Ibidem, loc. cit.

²⁰¹ Ibidem, loc. cit.

²⁰² Thomas Wilhelmsson é um dos autores que adota a expressão para caracterizar intervenções na disciplina contratual. A respeito, veja WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004. Vide também BROWSWORD, Roger; HOWELLS, Geraint; WILHELMSSON, Thomas. **Welfarism in Contract Law**. Aldershot: Dartmouth Publishing Book, 1994.

escusáveis²⁰³. Naturalmente, tais regras estão radicadas numa noção de justiça distributiva.

Contrapõe-se a essa forma de raciocínio o que denomina “ability-rationality”, uma linha mais tradicional de análise das relações contratuais. Por meio da “ability-rationality”, verifica-se até que ponto seria exigível do contratante se comportar de determinada forma, com base em suas habilidades. Com isso, chega-se às noções de culpa e boa-fé contratuais²⁰⁴.

Todavia, não nos parece que a “ability-rationality” seja suficiente para lidar, por exemplo, com casos extremos em que a execução do contrato passe a pôr em risco o mínimo existencial do contratante, ainda que em razão de seu próprio comportamento.

Isso se torna evidente quando pensamos em casos de superendividamento em empréstimos consignados, por exemplo²⁰⁵. Nesses casos, muito embora uma conduta mais diligente fosse esperada do consumidor, no sentido de não contrair empréstimos maiores do que se pode pagar, a lei prevê que o montante total das parcelas do empréstimo se restrinja, mensalmente, a 35% de seu salário, a fim de que não lhe falte o mínimo para sobreviver²⁰⁶.

Trata-se, portanto, de um raciocínio intimamente ligado à ideia de justiça distributiva, impondo restrições ao direito de crédito de instituições financeiras.

Note-se que o foco da denominada “need-rationality” não está necessariamente na essencialidade dos bens ou serviços objeto das contratações, como na teoria construída por Teresa Negreiros.

Ela abrange principalmente a forma como as necessidades dos contratantes podem influenciar a execução de um contrato, independentemente do fim existencial da avença. Assim, pobreza, desemprego, doença e queda da renda são

²⁰³ WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 730.

²⁰⁴ Ibidem, p. 733.

²⁰⁵ Ibidem, p. 734.

²⁰⁶ A esse respeito, vide a vigente redação do artigo 1º, §1º da Lei nº 10.820/2003.

tidos como fatores que podem mudar o curso de qualquer contrato, em vista de necessidades básicas dos contratantes²⁰⁷.

Curiosamente, os estudos de Wilhelmsson sobre uma justificativa regulatória baseada nas necessidades das partes também compreende a diferenciação de tipos de relações contratuais, como na teoria de Junqueira de Azevedo sobre os contratos existenciais e de lucro. A abordagem de tal autor, todavia, é mais abrangente do que a dos contratos existenciais e de lucro, porque compreende também as relações entre grandes e pequenas empresas.

Em linhas gerais, diferencia-se o uso da “need-oriented rationality” nas seguintes relações: (i) entre pessoas físicas e empresas ou órgãos públicos; (ii) entre pequenas empresas com diminuto poder financeiro e grandes empresas; (iii) entre duas pessoas físicas. Essa diferenciação parte dos diferentes graus de responsabilidade social entre os contratantes²⁰⁸. Essa responsabilidade seria medida a partir do poder que determinados entes ou pessoas detêm sobre outras.

Grandes empresas deteriam uma responsabilidade social para com as pessoas com que encetam relações devido ao seu poder econômico. Quanto maior a concentração de capital e de bens de produção, maior a sua responsabilidade. A assunção de que grandes empresas detêm um número muito grande de contratos faz surgir a ideia de que tais empresas têm capacidade de diluir entre todos os contratos os riscos de que algum contratante fique doente, desempregado, ou sofra alguma diminuição involuntária de renda no curso do contrato²⁰⁹.

Willhelmsson argumenta também que, por vezes, grandes empresas concorrem para a criação de problemas sociais. A título de exemplo, cita instituições financeiras que, por estratégia, dão muita ênfase às facilidades na obtenção de crédito, encorajando o consumidor a contratar um empréstimo que não pode pagar, dada a sua renda mensal. Nesses casos, seria razoável que tais instituições fossem obrigadas a agir de forma a mitigar as consequências desse tipo de situação²¹⁰.

²⁰⁷ WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 722.

²⁰⁸ Ibidem, p. 163-171.

²⁰⁹ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law**: a treatise on need-rational principles in Modern Law. Berlim: Springer (s.d.) (e-book), p. 164-166.

²¹⁰ Ibidem, p. 164-166.

Por outro lado, a importância que pequenas empresas detêm para a economia, bem como sua maior vulnerabilidade, seriam justificativas adicionais para dar relevância às necessidades das pequenas empresas no curso de contratos interempresariais²¹¹.

Por fim, em uma relação entre duas pessoas físicas, é possível impor a uma delas uma relativa responsabilidade social, pela importância social de seus bens. Assim, nos contratos de locação, impõe-se responsabilidades ao locador em vista da importância social que o imóvel locado pode deter²¹².

Com base nisso, Wilhelmsson justifica condutas protetivas que a lei e a jurisprudência impõem em relações contratuais. Propõe a adoção de tutela protetiva nos casos de “social force majeure”, situações em que, por fatores fora do controle dos contratantes, um deles cai em necessidade que impede, de sua parte, a execução fiel do contrato.

Esse tipo de racionalidade relativiza a assunção de que as partes se responsabilizam inteiramente por terem meios para o cumprimento de suas obrigações.

Na visão de Wilhelmsson, tal perspectiva parte do pressuposto de que a parte sempre conseguirá um emprego ou as plenas condições para cumprimento de suas obrigações. A ideia de que o devedor é absolutamente responsável por ter os meios para cumprir suas obrigações por vezes se transforma, na realidade do consumidor, na obrigação absoluta de manter seu emprego ou seu trabalho, ainda que fatores econômicos ou de saúde possam privá-lo momentaneamente de sua ocupação²¹³.

De fato, as condições sociais e fisiológicas em que inseridas as partes por vezes induzem uma diminuição de sua capacidade de cumprir obrigações contratuais, sem que essa responsabilidade possa ser a ela imputada.

²¹¹ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law**: a treatise on need-rational principles in Modern Law. Berlim: Springer (s.d.) (e-book), p. 166-167.

²¹² Ibidem, p. 167-168.

²¹³ Ibidem, p. 196-198.

Consequentemente, um modelo baseado na responsabilidade absoluta das partes pelo cumprimento de uma obrigação contratual poderia desaguar na privação dos recursos indispensáveis à existência digna de uma pessoa²¹⁴.

Como se verá com mais detalhes no item 4.3.3 deste trabalho, alguns autores têm defendido a mitigação dos efeitos do inadimplemento quando ele estiver fundado numa diminuição compulsória de renda, em doença ou desemprego involuntário.

Na Finlândia, a lei que regula os “hire-purchase agreements” – algo parecido com contratos de alienação fiduciária no Brasil - prevê a não-aplicação temporária das sanções decorrentes do inadimplemento, quando este tiver causa numa das situações acima, ou outra situação similar que, sem concorrência do consumidor, coloque-o em situação de necessidade²¹⁵.

Nesses casos, o credor não pode demandar a devolução do bem ou impor multas ao devedor. O lapso temporal desse benefício têm um parâmetro significativamente subjetivo: a suspensão dos encargos do inadimplemento não pode se tornar irrazoável aos interesses do credor, ponderando a extensão da mora e outras circunstâncias pertinentes.

Thomas Wilhelmsson reporta também a existência de projetos de lei finlandeses que limitam o pagamento de multas em caso de rescisão de contrato de consumo por inadimplemento do consumidor. Caso o inadimplemento seja consequência de doença, desemprego ou outra circunstância fora do controle do devedor, será ele responsabilizado apenas pelos chamados “custos especiais”, que são os custos incorridos pelo credor na celebração, performance e rescisão do contrato. Nos demais casos, aos “custos especiais” somam-se outros danos decorrentes da rescisão do contrato, como lucros cessantes²¹⁶.

Na visão de Wilhelmsson, a regulação contratual europeia ainda é bastante escassa com relação a medidas focadas na proteção de direitos fundamentais ligados à subsistência da pessoa humana. Muito embora o autor veja uma nuance

²¹⁴ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law**: a treatise on need-rational principles in Modern Law. Berlim: Springer (s.d.) (e-book), 196-198.

²¹⁵ Artigo 16(1)(2) do Consumer Protection Act finlandês, disponível em <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1978/en19780038.pdf>. Acessado em 13.11.2017.

²¹⁶ WILHELMSSON, Thomas, op. cit., p. 144-146.

desta racionalidade nas regras que lidam com o superendividamento de consumidores, o autor indica que nada significativo além destas regras foi implementado na regulação europeia neste sentido²¹⁷.

As racionalidades ora descritas fazem como parte de um quadro muito maior de variedades de raciocínio jurídico à disposição de um direito contratual contextualizado em um Estado de Bem-Estar Social²¹⁸. Esses diferentes tipos de raciocínio aplicam-se de uma forma geral a todos os contratos. Perspectivas mais ou menos “welfaristas” do direito contratual dosam a adoção de cada um dos referidos raciocínios de forma diferente, no entanto.

Tais variedades vão desde contraposições entre justiça comutativa e justiça distributiva – já brevemente expostas acima - até o contraste entre disciplinas contratuais voltadas à proteção dos interesses das partes e a proteção de valores metaindividuais, quando afetados por relações privadas²¹⁹.

Entendemos pertinente elucidar, ainda que de forma breve, o que representam as justificativas regulatórias acima mencionadas. Elas ajudarão a escolher padrões regulatórios para os chamados contratos existenciais e de lucro, tornando clara a finalidade e operacionalidade da dicotomia brasileira.

Willhelmsson ressalta que regras e direito contratual muitas vezes podem ser justificadas tanto sob o ponto de vista da justiça comutativa, como da justiça distributiva. Trata-se mais de uma perspectiva do que de uma classificação rígida entre concepções de justiça. Aqueles que usam o espectro da justiça distributiva enfatizam o papel do direito contratual na distribuição de bens em uma sociedade. O uso da justiça comutativa está comumente ligado à imposição de comportamentos éticos entre as partes²²⁰.

O autor também diferencia modelos regulatórios de acordo com o papel das regras jurídicas na estrutura do mercado.

²¹⁷ WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004, p. 730.

²¹⁸ Ibidem, p. 723.

²¹⁹ Ibidem, p. 723.

²²⁰ Ibidem, p. 717.

“Market-rational rules”, ou regras baseadas nos mecanismos de mercado, seriam regras de justiça procedimental. Abrangem medidas que tentam tornar o exercício da autonomia privada mais forte, equalizando diferenças de poder econômico por meio de procedimentos.

Por exemplo, baseiam-se na ideia de que, quanto maior a quantidade de informações à disposição do contratante, mais racional será sua escolha. Impõem, portanto, deveres pré-contratuais de informação.

“Market-rectifying rules”, por outro lado, estão focadas em corrigir os resultados sociais negativos de uma economia de mercado. São regras, portanto, centradas na justiça substantiva. São mandatórias e relacionadas ao conteúdo substantivo do contrato.

Quanto maior o poder econômico de uma das partes, menores são as chances de que regras baseadas nos mecanismos de mercado funcionem. No caso de empresas que detêm uma posição dominante no mercado, um número maior de informações não significa que consumidores vão deixar de comprar determinado produto ou serviço porque entendem que o contrato não é justo. Com efeito, quando a demanda por certo produto ou serviço é inelástica, medidas baseadas na justiça procedimental não são tão eficazes.

É preciso lidar com o fato de que camadas menos beneficiadas da população podem não conseguir manejar as informações disponibilizadas no mercado a seu favor, no momento da escolha da contratação.

Ademais, todas as regras puramente procedimentais têm a característica de não controlar a substância dos termos contratuais. Por mais que se ofereçam informações a um contratante, por exemplo, a contratação pode de todo modo acabar envolvendo violações a direitos fundamentais. As regras de justiça substantiva são mais aptas, em certos aspectos, a controlar a compatibilidade dos contratos com valores constitucionalmente eleitos.

A regulação contratual também pode se dividir entre o controle dos efeitos de um contrato entre as partes e o controle das externalidades da avença. Por externalidades tomamos as consequências que a execução de um contrato impõe a terceiros.

Como é cediço, impera na seara contratual a regra de que os contratos produzem efeitos jurídicos tão somente em relação aos contratantes. No campo das consequências fáticas, os contratos podem, todavia, produzir efeitos negativos a pessoas que não fazem parte da relação contratual.

É o caso de um avença que, em sua execução, passa a prejudicar o direito ao meio ambiente saudável ou, ainda, o direito à livre concorrência. Tendo isso em vista, é possível que a regulação contratual impeça ou compense a ocorrência das referidas externalidades.

3.6 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEU SENTIDO: CIRCULAÇÃO E REPARTIÇÃO DE RIQUEZAS

Passadas em revista teorias sobre regulação contratual que levam em conta as necessidades das partes e a finalidade concreta da execução, chega a hora de verificar, no aparato legal brasileiro, a existência de meios para a veiculação de raciocínio jurídicos semelhantes aos apreciados até aqui.

Partindo do tipo de raciocínio jurídico adotado nas teorias vistas nos itens anteriores, chega-se à hipótese, a ser ora investigada, de que função social do contrato é uma cláusula geral que pode auxiliar e prover balizas para a tutela dos contratos existenciais e de lucro.

Como cláusula geral que é, o artigo 421 do Código Civil é composto por termos cuja vagueza semântica rendeu numerosos estudos. Compreender o que é a função social do contrato é uma tarefa central para a doutrina que se dedica ao direito contratual, tendo em vista que a própria liberdade de contratar tem como razão de ser e finalidade uma determinada função social, nos termos do referido dispositivo.

Por certo que o termo função tem significados diferentes nas diversas áreas do conhecimento. Na matemática, a função é uma relação de correspondência entre duas variáveis. Nas ciências humanas, a expressão “função” remete o observador à finalidade de determinado objeto, suas propriedades, utilidades, seu

papel no mundo. A expressão “função social”, por sua vez, indica que o papel de determinado instituto reverbera nas engrenagens da sociedade, para além da utilidade que ele possa deter na vida privada de um indivíduo²²¹.

Segundo Giselda Hironaka, a função social seria um instrumento para refazer as matrizes filosóficas do direito²²². De fato, pensar na função social de institutos jurídicos remete o pesquisador para além dos conceitos descritos pelo próprio ordenamento jurídico, para questionar qual o papel do direito na sociedade; como os institutos jurídicos reverberam no meio social e são por ele moldados. É questão a que todos os operadores do direito devem se remeter constantemente, porque a verdadeira justificativa da existência do direito.

Não por acaso, aponta Rogério Zuel Gomes que a função social ganhou espaço nos debates jurídicos pela insuficiência da técnica de subsunção²²³. O direito precisava deixar de ser visto como um sistema autopoietico, porque nada mais é do que um subsistema que tem uma finalidade em um grande sistema social²²⁴. Nesse cenário, o recurso a normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados garante uma porta de oxigenação do direito às mudanças sociais e vem em socorro à perene incompletude do direito.

A função social ganhou destaque na doutrina, em primeiro lugar, quando atrelada à propriedade. Hoje é justificativa para um número importante de intervenções na propriedade privada, como as diversas modalidades de usucapião e desapropriação.

Dada a natural escassez de recursos, o tema da função social da propriedade é algo que remonta aos mais remotos pensadores. Como apontado por Giselda Hironaka²²⁵, Aristóteles²²⁶, a própria Bíblia²²⁷ trataram do tema.

²²¹ Nesse sentido: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 110-111.

²²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: **Estudos jurídicos**, vol. 19, nº 47, p. 95-112, setembro/dezembro 1986, p. 95.

²²³ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 77.

²²⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de, op. cit., p. 113.

²²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 96.

²²⁶ Vide: Aristóteles. **Política**. Livro II, Capítulo II. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=6486. Acessado em 30.11.2017.

²²⁷ A título exemplificativo: “Se emprestares dinheiro a alguém do meu povo, a um pobre que vive ao teu lado, não sejas um usurário, dele cobrando juros. Se tomares como penhor o manto do teu próximo, deverás devolvê-lo antes do pôr-do-sol. Pois é a única veste que tem para o seu corpo, e

Aristóteles ressaltou a importância do instituto da propriedade, como uma forma eficiente de manejar recursos. A divisão da terra em propriedades privadas evita conflitos sobre sua destinação e a repartição de seus frutos. Torna-a mais produtiva, já que o proprietário trata seu uso como interesse pessoal²²⁸.

Santo Tomás de Aquino usa os argumentos de Aristóteles para justificar a eficiência da divisão das coisas entre os homens, na forma de propriedade²²⁹. E justifica a propriedade como um direito natural, porque a Providência Divina teria direcionado as coisas exteriores para dar sustento ao homem²³⁰.

O homem não agiria mal, portanto, por ter algo como seu. Abusaria de seu direito de possuir as coisas, todavia, se o ato de transformar algo comum em sua propriedade particular importasse privar toda a comunidade de bem semelhante. Nesse caso, a propriedade passaria a contrariar sua finalidade, que é dar sustento aos homens²³¹. Eis aí o abuso do direito de propriedade na obra de Santo Tomás de Aquino.

Esse conflito entre proprietário e comunidade, entre propriedade e necessidade, perpetuou-se na história e se recrudescer com o fortalecimento do capitalismo. Em seu “O Capital”, de 1867, Karl Marx divisou que a propriedade dos meios de produção no capitalismo estava irreversivelmente dissociada daqueles que de fato os manejam, os trabalhadores²³².

coberta que ele tem para dormir. Se clamar por mim, eu o ouvirei, porque sou misericordioso” (**Bíblia Sagrada**. Êxodo 20, 20 – 26. Disponível em: <http://liturgiadiaria.cnbb.org.br/app/user/user/UserView.php?ano=2017&mes=10&dia=29>). Consultado em 30.10.2017).

²²⁸ Aristóteles, op. cit, loc. cit.

²²⁹ AQUINO, Santo Tomás de. **Whether it is lawful for a man to possess things as his own**. In: Summa Theologica. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.

²³⁰ AQUINO, Santo Tomás de. **Whether it is natural for man to possess external things**. In: Summa Theologica. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.

²³¹ AQUINO, Santo Tomás de. **Whether it is lawful for a man to possess things as his own**. In: Summa Theologica. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.

²³² MARX, Karl. **O capital**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo editorial, 2011, p. 1032.

Baseando-se na teoria de Marx, Renner descreve, em 1949, uma mudança de fato nas relações entre homem e propriedade, ocorrida à margem de qualquer mudança das normas que regulam a propriedade como instituto jurídico.

Segundo Renner, a propriedade seria tratada no direito com uma neutralidade inquietante. O direito positivo não distinguiria entre a posse de terras, a posse de um pedaço de pão ou de um cachorro. Tudo seria propriedade. E a propriedade seria um feixe de normas que se aplica indistintamente a determinadas situações fáticas semelhantes²³³.

A propriedade capitalista, todavia, teria há muito deixado de se confinar às relações entre proprietário e propriedade. Empregada na indústria e no comércio, teria se tornado fonte de poder. Poder de organização da divisão social do trabalho; poder de controle sobre terceiros.

Tal poder seria exercido por institutos anexos à propriedade, como o contrato e o direito das obrigações. Apesar de tamanha importância social, a sociedade manteria a ilusão de que tais institutos se refeririam apenas a relações privadas²³⁴.

Em verdade, propriedade e contrato seriam institutos que regulariam a divisão do trabalho e a repartição dos frutos deste trabalho na sociedade. Nesse sentido, aduz que todos devem ter acesso a uma parte, ainda que modesta, do produto do trabalho da comunidade; tal repartição é feita por meio de institutos jurídicos, como a propriedade, a seguridade social²³⁵. Para Renner, tal qual uma função matemática, a função social de um instituto jurídico seria igual à sua função econômica²³⁶. Seria papel do direito mudar a regulação da propriedade, em vista das transformações de sua função econômica e social.

Ainda em 1912, Léon Duguit enxergou em decisões sobre abuso de direito a transformação do direito subjetivo de propriedade em uma função social²³⁷. Segundo Duguit, a riqueza conferiria ao proprietário uma tarefa que só ele poderia cumprir: a de aumentar a riqueza geral, fazendo valer o seu capital. Tratar-se-ia de

²³³ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Translated by Agnes Schwarzchild. London: Routledge & Kegan Paul, 1949, p. 53.

²³⁴ *Ibidem*, p. 70-71 e 115.

²³⁵ *Ibidem*, p. 74.

²³⁶ *Ibidem*, p. 72.

²³⁷ DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho (publico y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada Y Ramos Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., p. 236.

dar uma nova justificativa para a proteção jurídica da propriedade, que estaria mais bem tutelada em razão de sua função social do que em vista de um mero direito subjetivo. Tal proposta resultaria, todavia, no desaparecimento da propriedade como um direito. A propriedade seria, doravante, apenas função social, ou fonte de deveres²³⁸.

Estes pensadores têm em comum uma certa visão sobre a finalidade da propriedade. Para Santo Tomás de Aquino, a propriedade serviria para o sustento dos homens²³⁹. Para Renner, a função social de todos os institutos seria a preservação do gênero humano²⁴⁰. A visão de Duguit está fundada na convicção de que todos os fenômenos sociais estão baseados na interdependência entre os homens, na solidariedade social. No pensamento destes autores, a propriedade é instrumentalizada para chegar ao bem-estar geral. Não é mais um fim em si mesmo. A regulação da propriedade, portanto, deveria ou estaria mudando, para fazer jus a sua função.

Esse ponto de vista comum indica uma tendência de funcionalização de direitos subjetivos, baseada no despertar da ideia de que a propriedade tem uma importância social muito grande para ser tratada exclusivamente como uma relação de direito privado.

As teorias de Marx, Renner e Duguit se contrapunham à desigualdade das relações sociais inerentes ao processo de fortalecimento do capitalismo. Exemplo utilizado pela doutrina que trata do histórico da função social está nas relações de trabalho sem regulamentação estatal, marcadas pelas péssimas condições de trabalho, exaustivas jornadas, emprego de mão-de-obra infantil, ausência de remuneração compatível²⁴¹.

²³⁸ DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho (publico y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada Y Ramos Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., p. 240-241.

²³⁹ AQUINO, Santo Tomás de. Whether it is natural for man to possess external things. In: *Summa Theologica*. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.

²⁴⁰ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Translated by Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1949, p.70-71.

²⁴¹ Nesse sentido, vide: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out/dez. 2005, p. 198.

Segundo Tomasevicius Filho, a reação mais radical a este fenômeno de concentração e abuso de poder entre privados foi o socialismo, que propunha a desapropriação dos meios de produção e a planificação da economia²⁴². Assim, a fonte de poder privado – os meios de produção – passaria ao povo, com o fito de eliminar desigualdades.

Na doutrina social da Igreja, uma visão conciliadora entre direito de propriedade e bem comum foi arquitetada, rejeitando os postulados do socialismo. Marco dessa corrente de pensamento foi a encíclica “Rerum Novarum”, entregue em 1891 pelo Papa Leão XIII. Tratando expressamente da condição dos operários, Leão XIII concebe deveres tanto aos donos do capital quanto aos trabalhadores, como resposta e solução à luta de classes²⁴³. Tais deveres envolveriam a estipulação de uma remuneração digna por parte dos empregadores, bem como a fiel execução do trabalho, por parte dos trabalhadores. O autor indica que as raízes do problema da miséria estariam no monopólio do trabalho e do crédito, na concorrência desenfreada e na falta de princípios das instituições jurídicas²⁴⁴.

Cita, outrossim, que a propriedade daqueles mais pobres se reveste de caráter mais sagrado, porque imprescindível a sua sobrevivência. Fica também implícita a atribuição de uma responsabilidade aos donos do capital, quando Papa Leão XIII afirma que Deus haveria de pedir contas do que o rico fez de suas propriedades²⁴⁵.

Como observa Tomasevicius Filho, a encíclica “Rerum Novarum” não menciona expressamente a existência de uma função social da propriedade.

²⁴² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out/dez. 2005, p. 198.

²⁴³ Cita o dever dos empregadores de tratar os empregados de acordo com sua dignidade, atribuindo-lhes trabalhos compatíveis com suas forças e conferindo-lhes remuneração digna. Incita os trabalhadores a entregar todo o trabalho contratado e a deixar de usar violência em suas reivindicações. Afirma que a propriedade merece respeito, por ser fruto do trabalho (PAPA Leão XIII. **Carta encíclica “Rerum Novarum”**. Vaticano: 1891, itens 9 e 13. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acessado em 30.11.2017.

²⁴⁴ Ibidem, item 2.

²⁴⁵ PAPA Leão XIII. **Carta encíclica “Rerum Novarum”**. Vaticano: 1891, itens 9 e 13. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acessado em 30.11.2017, item 13.

Todavia, usa a dignidade da pessoa humana como fundamento para a atribuição de limites e deveres ao exercício do direito de propriedade²⁴⁶.

Muitas das encíclicas lançadas após a “Rerum Novarum” retomaram expressamente o tema. Nelas, a propriedade é reafirmada diversas vezes como (i) direito natural do homem de ter o necessário ao seu sustento e (ii) medida de justiça, eis que fruto do trabalho humano²⁴⁷. Ao mesmo tempo em que reconhecem o direito de propriedade, as encíclicas expressamente pregam a imposição de deveres aos proprietários. Tais deveres teriam o intuito de condicionar o uso da propriedade à sua finalidade na doutrina cristã, que é o sustento digno de todos.

Em “Sollicitudo Rei Socialis”, João Paulo II afirma que sobre a propriedade pende uma hipoteca social, baseada na destinação universal dos bens. Este empenhamento se impõe em favor dos pobres, a quem não podem ser negados direitos fundamentais²⁴⁸.

Em “Populorum Progressio”, esse volver da propriedade à sua finalidade social é retomada quando Paulo VI afirma que a propriedade e o livre comércio se subordinam à finalidade dos bens, que é dar aos homens o necessário para viver. A propriedade e o livre comércio não devem estorvar, mas antes facilitar essa realização²⁴⁹. A propriedade privada sem obrigações sociais equivaleria a um liberalismo sem freios. E a economia deveria estar a serviço do homem, e não o contrário. O pleno respeito à dignidade da pessoa deveria ser a meta da economia, para além do lucro. O capital deveria ser um instrumento para chegar a essa meta

²⁴⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out/dez. 2005, p. 199.

²⁴⁷ Vide, exemplificativamente, as seguintes encíclicas: PAPA João XXIII. **Carta encíclica “Mater et Magistra”**. Vaticano: 1961, item II, 1. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html. Acessado em 30.11.2017; PAPA João Paulo II. **Carta encíclica “Laborem Exercens”**. Vaticano: 1981. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html. Acessado em 30.11.2017; PAPA João Paulo II. **Carta encíclica “Sollicitudo rei socialis”**. Vaticano: 1987. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html. Acessado em 30.11.2017.

²⁴⁸ PAPA João Paulo II. **Carta encíclica “Sollicitudo rei socialis”**, op. cit.

²⁴⁹ PAPA Paulo VI. **Carta encíclica “Populorum progressio”**. Vaticano, 1967, item 22. Disponível em http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acessado em 30.11.2017.

e todos deveriam estar imbuídos dela²⁵⁰. Ao Estado, todavia, não seria dado excluir a autonomia privada a fim de promover a dignidade da pessoa humana, porque isso importaria em si em prejuízo aos direitos fundamentais. No ponto, a Doutrina Social da Igreja volta a rejeitar expressamente a proposta do socialismo²⁵¹.

Nesse embate entre socialismo e capitalismo, o Estado de Bem-Estar Social surge como uma solução de compromisso entre direitos subjetivos, como a propriedade, e as metas de bem-estar da sociedade. O Estado de Bem-Estar Social continua a ser um Estado de Direito, o que significa dizer que, a custo de garantir o bem-estar, não se optou por suprimir ilimitadamente a esfera jurídica dos indivíduos. Continua havendo direitos e garantias fundamentais²⁵².

Há, todavia, uma mudança de funções. Se no socialismo o Estado é o grande e único garantidor do bem-estar, no Estado Social de Direito a responsabilidade pelo bem-estar não é apenas do Poder Público, mas também de cada um de seus membros. As funções econômicas e sociais se perfazem pela cooperação entre grupos sociais e pela concorrência coordenada pelo Estado²⁵³.

Impõe-se, portanto, um dever de solidariedade entre privados, para que se chegue ao sucesso desse modelo de Estado.

Daí se dizer que, se o Estado encoraja soluções de mercado para a aquisição do quanto necessário à sobrevivência das pessoas, é imprescindível que esse mercado seja regulado. Onde falta a solidariedade, penetra o direito social.

Essa regulação implica a imposição de limites e deveres aos contratantes. O contrato e a propriedade não são mais enxergados como meros conflitos entre interesses privados, mas como função econômica global. São funcionalizados para

²⁵⁰ PAPA Paulo VI. **Carta encíclica “Populorum progressio”**. Vaticano, 1967, Disponível em http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acessado em 30.11.2017, item 34.

²⁵¹ PAPA Paulo VI. **Carta encíclica “Populorum progressio”**. Vaticano, 1967. Disponível em http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acessado em 30.11.2017, item 33.

²⁵² DEL NERO, João Schutzer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, 1997, p. 79-97, volume 3, p. 82-83.

²⁵³ *Ibidem*, p. 83.

que seus efeitos não prejudiquem uma justa distribuição de riquezas e uma existência digna a todos. Não são mais fins em si mesmos²⁵⁴.

Assim é que, na Constituição de Weimar, de 1935, estipulou-se que “a propriedade obriga”. Ou seja, a propriedade deixa de ser um mero direito subjetivo, para constituir um complexo de direitos e deveres. Nas palavras de Calixto Salomão, a função social tem o mérito de enxertar deveres na estrutura do direito de propriedade²⁵⁵.

O mesmo raciocínio se estende aos contratos. Segundo Enzo Roppo, o contrato é um conceito jurídico que sintetiza e serve para tutelar uma operação econômica. Imprescindível, portanto, uma análise atenta da realidade econômico-social que lhe subjaz²⁵⁶. De fato, os contratos são meios pelos quais a propriedade e outros direitos patrimoniais circulam pela sociedade. Como salientado por Renner, os contratos e o direito das obrigações são meios de exercício de poder econômico, advindo da acumulação de propriedade em forma de capital²⁵⁷.

Para Calixto Salomão Filho, numa sociedade capitalista moderna, o eixo das relações econômicas e sociais é representado pela empresa e pelo contrato. Por isso, o contrato também tem função social, intimamente ligada à distribuição de riquezas na sociedade e, conseqüentemente, ao sustento do homem²⁵⁸. A medida das responsabilidades impostas pela função social do contrato é, todavia, objeto de dissenso na doutrina.

Por certo, a operação econômica que subjaz o contrato sofreu expressivas mudanças ao longo dos últimos dois séculos. A standardização dos contratos de trabalho e consumo, a acumulação de capital, a complexidade cada vez maior do mercado são fatores que certamente fulminaram a ideia de um contrato como fruto de plena liberdade de contratar.

²⁵⁴ DEL NERO, João Schutzer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, 1997, p. 79-97, volume 3, p. 83.

²⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 181.

²⁵⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7.

²⁵⁷ RENNEN, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Translated by Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949, p. 70-71 e 115.

²⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 179.

Nesse aspecto, a função social do contrato deve estar ligada à conformação do programa e da execução da avença aos fins últimos a que ela se destina, como um guia à superação das dificuldades impostas pelo ambiente econômico em que inseridos os contratos.

3.6.1 Função social do contrato na doutrina brasileira. Debate sobre sua eficácia interna e(ou) externa

Na doutrina brasileira, a função social do contrato foi objeto de intensos debates a partir de sua positivação do artigo 421 do Código Civil. Nos termos do referido dispositivo, “a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O artigo foi criticado em um seminário em 2002 por Junqueira de Azevedo, para quem sua redação dá a ideia de que os contratos não seriam mais celebrados em razão dos interesses pessoais dos contratantes. Transformaria a liberdade de contratar em um dever em favor de terceiros, desnaturando o sentido de tal liberdade²⁵⁹.

Tancredo Neves também teria proposto uma redação alternativa para o artigo, limitando seu alcance ao processo de interpretação do contrato. A emenda, portanto, excluiria a expressão “em razão da” do dispositivo. Segundo Tancredo Neves, “fora dos limites da função social do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar”. A emenda, todavia, foi rejeitada, porque não solucionava a questão da vagueza semântica da expressão “função social do contrato”²⁶⁰.

Essa preocupação com os efeitos da aplicação da função social do contrato é uma questão constante na doutrina brasileira. No centro de tais discussões está a extensão de deveres e limites impostos aos privados em suas contratações.

²⁵⁹ Vide o relato do seminário em: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out/dez. 2005, p. 204. No mesmo sentido, menciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy as tentativas de tirar a expressão “em razão de” do artigo 421 do Código Civil. Vide: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121. Vide também a este respeito: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: **Estudos Jurídicos**, vol. 19, nº 47, p. 95-112, set/dez 1986, p. 108-109.

²⁵⁹ Ibidem, p. 116.

²⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

Para uma parte da doutrina, a função social do contrato serviria tão somente para coibir e compensar os efeitos externos negativos de um contrato, ou suas externalidades. Não regularia as relações entre os contratantes, já qual tal tarefa teria sido legada a outros institutos, como a boa-fé, e geraria tentativas assimétricas de reequilíbrio contratual.

Para outro grupo, a função social do contrato teria âmbito de aplicação mais largo, compreendendo tanto as relações entre contratantes quanto os casos de eficácia externa do contrato.

A escolha de uma ou outra visão está intimamente ligada à extensão dos deveres impostos aos contratantes pela função social. Quanto maior o espectro da função social, naturalmente mais deveres são carreados às partes.

Entre os que defendem um espectro amplo de aplicação da função social do contrato está Cláudio Luiz Bueno de Godoy, para quem as noções de função social e função individual do contrato são indissociáveis²⁶¹.

Para o autor, a causa concreta de um contrato seria igual à sua função individual. Tal função individual, por sua vez, seria tutelada enquanto realizasse algum interesse geral da sociedade. A função social do contrato estaria ligada à promoção dos objetivos do Estado Social, à eficácia dos valores expressamente eleitos na Constituição²⁶².

Tratar-se-ia de um instituto que revela a solidariedade que deve permear todas as relações humanas, inclusive as contratuais. A seu ver, no âmbito dos contratos, a função social ou o solidarismo social teria duas faces: (i) preservar a igualdade substancial entre as pessoas; (ii) promover a justiça distributiva²⁶³.

Em sua faceta “inter partes”, a função social imporia solidariedade entre os contratantes e, portanto, deveres, com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana. Godoy vê na função social do contrato tanto uma fonte interpretativa quanto uma justificativa de tutela dos termos contratuais e de intervenção no programa contratual. Neste último caso, com destaque para os casos em que a

²⁶¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116.

²⁶² *Ibidem*, p. 116.

²⁶³ *Ibidem*, 129.

função social do contrato determina a manutenção de relações contratuais, mesmo quando presentes causas para sua resolução. Dá como exemplo o inadimplemento de consumidores quanto a contratos de prestação de serviços essenciais, como água e luz²⁶⁴.

No aspecto “ultra partes”, cita a tutela externa do crédito e a tutela de externalidades ligadas a direitos metaindividuais como manifestações da função social do contrato²⁶⁵.

Godoy defende que, apesar de a tutela externa do crédito ser tratada também sob o aspecto da boa-fé, revela uma manifestação da eficácia social dos contratos. Ou seja, mesmo que se maneje a questão pela boa-fé, isso implicará reconhecer uma relevância social ao contrato, e não apenas às partes contratantes²⁶⁶.

Tomasevicius Filho, por sua vez, classifica os vieses da função social em dois: função social em sentido amplo e função social em sentido estrito. Em sentido amplo, todo contrato deteria função social. Ela equivaleria à finalidade econômica a que desenhado o instituto jurídico. A função social do contrato em sentido amplo estipularia limites à liberdade de contratar, baseadas na finalidade abstrata desse tipo de negócio jurídico, que é a eficaz circulação de riquezas²⁶⁷.

A recusa de contratar e as cláusulas abusivas - como aquelas que estabelecem venda casada -, desobedeceriam esse limite imposto pela função social do contrato em sentido amplo, porque representariam distorções do modo pelo qual circulam riquezas²⁶⁸. A recusa de contratar é um entrave a tal circulação, enquanto as cláusulas abusivas impõem a circulação de bens com abuso de poder, em detrimento da liberdade de uma das partes. Seriam, portanto, uma representação do abuso do poder econômico na relação entre contratantes.

A função social em sentido estrito se aplicaria aos casos em que o contrato produzisse externalidades, ou perturbações à sociedade. Referidas externalidades

²⁶⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123-129.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 140-143.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 142.

²⁶⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, nº 168, p. 197-213, out/dez 2005, p. 205.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 206.

podem ser aceitas pelo ordenamento jurídico, desde que compensadas por outros benefícios à sociedade. Cita a imposição de requisitos e obrigações em prol da sociedade aos participantes de determinados atos de concentração, nos termos da então Lei nº 8.884/1994, substituída pela Lei nº 12.529/2011²⁶⁹.

Pondera que a utilização generalizada de uma racionalidade ínsita à função social do contrato em sentido estrito nos casos em que ela não existe pode implicar a imposição de uma responsabilidade social que cabe ao Estado, bem como enriquecimento sem causa²⁷⁰.

Gustavo Tepedino afirma que a função social do contrato é um princípio informado pelos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Com base em tais mandamentos constitucionais, impõe às partes perseguir, junto com os interesses contratuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos²⁷¹.

Da análise da Constituição, pode-se assumir que tais interesses sociais se referem aos fundamentos e objetivos da República, insculpidos nos artigos 1º e 3º da Constituição e minudenciados, no que toca a ordem econômica, no seu Título VII.

Assim, a função social do contrato teria o papel de viabilizar e controlar decisões judiciais que harmonizem os valores da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, do trabalho e os objetivos de construção de uma sociedade justa, livre e solidária, de garantia do desenvolvimento nacional, de promoção do bem de todos, sem preconceitos.

Para Junqueira de Azevedo, todo contrato, por menor que seja, tem uma dupla função, individual e social. A função individual do contrato estaria no instituto como símbolo da autodeterminação do contratante. A função social ficaria por conta

²⁶⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, nº 168, p. 197-213, out/dez 2005, p. 205-207.

²⁷⁰ Ibidem, p. 211-212.

²⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/. Acessado em 13.11.2017.

dos efeitos do contrato na sociedade, conferindo dinamismo à coletividade. A partir da função concreta de cada contrato, simbolizada pela causa contratual, seria possível solucionar questões de ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais, como os casos de perda ou alteração da base do negócio jurídico, dos contratos cujo objeto se torna anti-social, dos contratos cuja execução fere direitos humanos²⁷².

Antes de chegar a este posicionamento, Azevedo já havia divisado na função social do contrato um instrumento para a tutela externa do crédito, sob a assunção de que a importância social de um contrato impor-se-ia seu respeito não só pelos contratantes, mas por terceiros, que não poderiam concorrer dolosamente para o inadimplemento alheio²⁷³.

Seguindo na mesma vereda, Luis Gustavo Haddad também ligou a função social do contrato à causa, como função econômico-social do contrato. Tal ligação estaria inspirada na teoria de Betti, para quem a causa seria a razão prática típica de um negócio, um interesse socialmente verificável a que o negócio deveria corresponder²⁷⁴. Neste aspecto, a causa ou função social do contrato deveria preencher um requisito de sociabilidade para ser objeto de tutela. Tal qual Azevedo, Haddad liga a causa aos fenômenos de desaparecimento e mudança da base objetiva do negócio²⁷⁵.

Na tese de Haddad, a função social do contrato é conectada também a uma análise consequencialista dos efeitos da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas. No ponto, seu pensamento se aproxima de Calixto Salomão, a

²⁷² ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 305-306. Vide também: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. In: **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 832, p. 115-137, fev/2005, p. 133.

²⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual. Desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato. Responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: **RT**, ano 87, vol. 750, p. 113-120, abril/1998, p. 117-119.

²⁷⁴ Nesse sentido, vide BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 338-339.

²⁷⁵ HADDAD, Luis Gustavo. **Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110-111.

seguir exposto, na abordagem do problema das consequências sociais das decisões judiciais²⁷⁶.

No grupo daqueles que restringem a função social do contrato à tutela de direitos metaindividuais está Calixto Salomão Filho. Para o autor, assim como os efeitos que a propriedade tem sobre terceiros são reguladas pela função social, os efeitos que os contratos exalam sobre grupos sociais seriam objeto de regulação pela função social do contrato²⁷⁷.

Para dar concretude à função social do contrato, o autor aproxima a cláusula geral da teoria das garantias institucionais, desenvolvida na Alemanha. A teoria serviria à proteção de interesses institucionais - aqueles que agregam bem-estar à coletividade. Podem ser tutelados individualmente, mas têm uma dimensão coletiva qualitativamente diferente²⁷⁸.

O direito ao meio ambiente saudável seria um exemplo de interesse institucional, já que sua dimensão coletiva seria qualitativamente diferente da individual. O direito do consumidor, por outra via, não seria um interesse institucional porque, no caso, interesse individual e coletivo não teriam diferença ontológica. Para Salomão Filho, as diferenças na quantificação de indenizações na esfera do direito do consumidor e do direito ambiental justificariam tal afirmação²⁷⁹.

Cláusulas contratuais que ofendessem interesses institucionais careceriam de eficácia, apesar de sua validade entre as partes. O problema se resolveria, então, pelas regras contratuais sobre impossibilidade da prestação²⁸⁰.

Note-se que ao identificar a função social do contrato com interesses institucionais, Salomão Filho dissocia a função social dos interesses das partes contratantes. Para o autor, a tentativa de proteger interesses institucionais nas relações “inter partes” geraria tentativas assimétricas de reequilíbrio contratual²⁸¹.

²⁷⁶ HADDAD, Luís Gustavo. **Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

²⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 182.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 192.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 192-194.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 199.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 199.

Humberto Theodoro Junior também defende que a função social do contrato se aplique somente para regular os efeitos que os contratos podem deter sobre terceiros. Para o jurista, a identificação da função social com as faces interna e externa do contrato tornaria a cláusula geral excessivamente genérica²⁸². A tutela interna do contrato teria sido legada à boa-fé. Justifica a afirmação aduzindo que se o legislador tratou boa-fé e função social de forma separada, é porque divisava objetivos diferentes para cada instituto²⁸³.

Ainda assim, o campo de aplicação da função social do contrato na obra de Humberto Theodoro Junior é diferente da de Calixto Salomão. Para Humberto Theodoro Junior, a tutela do consumidor frente à propaganda enganosa seria um caso de aplicação da função social do contrato²⁸⁴. E justifica a tutela das relações de consumo sob o prisma de tal cláusula geral, para inserir os contratos de consumo na trilha de desenvolvimento econômico traçada constitucionalmente. Por isso, a função social expurgaria do mercado práticas inconvenientes, que poderiam “inviabilizar o desenvolvimento econômico harmonioso e profícuo, tornando-o instrumento de dominação e prepotência”²⁸⁵.

De se ver que Humberto Theodoro Junior afinal enxerga uma relevância social na tutela de determinados aspectos das relações entre contratantes, ou possíveis contratantes. Muito embora seja possível tratar os efeitos da propaganda enganosa sob o aspecto metaindividual, o conteúdo do direito coletivamente considerado não difere, em essência, do direito individual do consumidor contra a propaganda enganosa.

Seguindo a ideia dos autores acima, André Soares Hentz divisa na função social da propriedade um instrumento para proteção apenas de direitos metaindividuais. Cláusulas contratuais que ferissem tais direitos seriam tidas por ineficazes²⁸⁶.

²⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua função social**. 3ª edição Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38-39.

²⁸³ *Ibidem*, p. 48.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 74.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 83-84.

²⁸⁶ HENTZ, André Soares. **Ética nas relações sociais à luz do Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 84.

3.6.2 Posicionamento sobre o tema

A nós parece que restringir o alcance da função social do contrato aos efeitos que uma avença tem sobre terceiros é adotar uma visão apenas parcial do fenômeno contratual.

Calixto Salomão desenvolve essa visão restritiva partindo do fato de que o direito de propriedade importa deveres do proprietário para com a comunidade. Logo, a função social do contrato teria a ver com os impactos do contrato sobre terceiros também.

Ocorre que a propriedade é uma relação tida entre o indivíduo e um objeto, móvel ou imóvel. Quando tal relação é inserida no contexto social, nasce uma função social do proprietário para com aqueles que não detêm a propriedade.

O contrato é diferente do direito de propriedade, porque importa uma relação simultânea entre dois ou mais contratantes em torno de um objeto. Restringir a função social do contrato à proteção dos indivíduos não contratantes seria o mesmo que ignorar que o próprio contrato pressupõe o envolvimento de pessoas entre si, e não somente com um objeto. Seria ignorar, outrossim, as relações de poder inerentes às relações contratuais, que se tornam mais recorrentes numa economia de mercado.

Humberto Theodoro Junior, por sua vez, reduz a extensão da função social do contrato à proteção dos direitos metaindividuais, sob o argumento de que outros institutos, como a boa-fé e a cláusula “rebus sic stantibus”, cuidariam de forma adequada das relações contratuais.

Essa visão está calcada, todavia, numa redução do sentido da função social do contrato. Como visto no começo deste capítulo, na Doutrina Social da Igreja, a função social do contrato se liga à ideia de que o contrato e o livre comércio se subordinam à dignidade da pessoa humana. Essa ideia não partiu de um devaneio. Ela surgiu para apaziguar conflitos baseados nas necessidades dos contraentes e no abuso do poder econômico no seio das relações contratuais.

Sob a perspectiva sociológica, o fenômeno contratual está intimamente ligado à divisão do trabalho e à repartição de riquezas. Quando Renner afirma que a propriedade se desdobra em institutos anexos, como o contrato e o direito das obrigações, demonstra também que por meio de tais institutos a propriedade se torna uma fonte de controle de terceiros e de organização social.

Partindo desse ponto de vista, pensar na função social do contrato tão somente sob a perspectiva dos direitos metaindividuais seria ignorar a importância que o contrato tem na repartição de riquezas entre os próprios contratantes. Seria evitar justamente o problema que levou a extensão do conceito de função social à seara contratual.

Pressupondo que a identificação da função social condiciona o comportamento das partes no seio do contrato, por óbvio que se pode pensar na imposição de respectivos deveres laterais de conduta aos contratantes a partir da boa-fé. Isso, todavia, não diminui a importância da função social do contrato. É exatamente a noção de função social o que determina se certos comportamentos são abarcados ou não pela boa-fé.

É justamente considerando a função econômica e social de um negócio jurídico que se verifica se seu objeto é ilícito, se houve abuso das finalidades do negócio, se houve lesão ou simulação. Em todos esses casos, o fato de haver dispositivos legais que regulam a situação não diminui a expressão da função social do contrato na base da justificativa de tais dispositivos; antes lhes dá sentido.

Ademais, a função social do contrato é elemento importantíssimo no plano da eficácia dos contratos. A aplicação de seu conceito justifica as intervenções contratuais em que, malgrado não haja comportamento em ausência de boa-fé dos contratantes, fatos supervenientes atingem a base do negócio jurídico, desnaturando sua função. Ou ainda, tornam a execução do contrato até suas últimas consequências contrária ao núcleo de direitos fundamentais, como se verá a seguir.

No ponto, a função social do contrato impõe um dever de solidariedade entre as partes, baseado na assunção de que os direitos patrimoniais advindos de um contrato têm uma finalidade comum, que paradoxalmente impõe limites ao seu exercício.

Importante lembrar a observação de Salomão Filho, para quem é incongruente que um Estado detenha objetivos comuns com relação ao processo econômico, mas tutele direitos individuais como se fossem átomos. Os objetivos comuns do Estado têm sua realização condicionada à mediação entre interesses conflitantes²⁸⁷.

Essa finalidade comum há de ser levada em conta também quando da produção de externalidades por um contrato. Nesse caso, a finalidade econômica e social do contrato faz as externalidades da avença saltarem à vista e impõe soluções jurídicas que tratem delas.

Mais uma vez, o recurso à boa-fé é insuficiente para resolver a questão. Na relação “inter partes”, pode não haver qualquer comportamento contrário ao sentido da avença ou à sua regular consecução que imponha a aplicação da boa-fé contratual. Ainda assim, potenciais resultados danosos do contrato à sociedade implicam dizer que, no ponto, o contrato foge de sua função social e, portanto, não pode deter eficácia.

3.6.3 Causa, função social e a regulação da circulação de riquezas

Enquanto a causa final concreta identifica a função econômico-social de um determinado contrato, a função social retira esse dado do plano da existência do negócio jurídico para compará-lo a um padrão esperado de circulação de riquezas, ou de justiça contratual.

Tal valoração da causa à luz da função social do contrato é que determina sua invalidade relativa ou absoluta, em caso de lesão, estado de perigo, simulação, finalidade ilícita.

No plano da eficácia, a disfunção da causa é tratada como uma distorção da função social do contrato em sentido amplo ou estrito. A função social em sentido amplo, tal qual delineada por Tomasevicius Filho, determina a aplicação de

²⁸⁷ HENTZ, André Soares. **Ética nas relações sociais à luz do Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 183.

institutos como os da impossibilidade superveniente, da onerosidade excessiva, limitando faculdades ou impondo deveres laterais, para que seu exercício não implique o sacrifício desproporcional de direitos de alta relevância para o desenvolvimento da personalidade do parceiro contratual.

Como cláusula geral, a medida da função social do contrato deve ser retirada da ideia de ordem econômica fulcrada na Constituição de 1988.

Para extrair tal ideia da Constituição, é preciso primeiro situar tal ordem econômica em um Estado Democrático de Direito, que tem como princípios fundamentais, no que importa ao tema: (i) a dignidade da pessoa humana; (ii) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nos termos do artigo 1º, caput, III e IV, da Constituição Federal.

Tal Estado tem como objetivos (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais; (iv) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer gênero, conforme artigo 3º da Constituição Federal.

À luz de tais princípios e objetivos, a ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa e, nos termos exatos do artigo 170 da Constituição Federal, deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados princípios como os da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, entre outros.

Iluminados por tais disposições, cabe ao operador do direito precisar qual a função do contrato na realização de tais princípios e objetivos da ordem econômica social, ou sua função social. Certamente a função social do contrato não reside na deturpação das finalidades econômicas do contrato, porque isso fatalmente feriria a livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica.

Se a função econômica do contrato é, como vimos acima, a circulação de riquezas, a função social do contrato deve assegurar que tal circulação de riquezas contemple todos os objetivos e princípios acima elencados.

Assim, a execução de um contrato não pode retirar do devedor os meios para sua existência digna. Tampouco pode ofender o meio ambiente. Deve ser,

outrossim, expressão de liberdade. Por uma questão de solidariedade, a função social do contrato deve fazer surgir deveres laterais de conduta quando as riquezas que circulam por meio dos contratos atinam diretamente a direitos sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, nos termos do rol exemplificativo contido no artigo 6º da Constituição Federal.

A função social valora a causa de um contrato a partir da relevância que determinadas finalidades perseguidas pelo contrato têm para direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana. E, nesse ponto, impõe limites à liberdade dos contratantes, quando não lhes permite executar uma obrigação até suas últimas consequências.

A influência de tais ditames constitucionais nas avenças, por meio da cláusula geral da função social do contrato, tem o condão de limitar situações jurídicas subjetivas, e de impor ao titular do direito o dever de respeito a interesses institucionais que, à luz da Constituição, não se manifestam somente sob a forma de proteção contra externalidades, mas também de proteção da dignidade humana do contratante.

3.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MODELOS REGULATÓRIOS EXPOSTOS

As teorias abordadas nos itens 3.1. a 3.5 deste trabalho contêm a ideia comum de que o direito patrimonial não é um fim em si mesmo. Concebem um direito dos contratos funcionalizado, em que necessidades humanas essenciais veiculadas em contratações exercem um papel importante na definição de deveres e prerrogativas das partes.

Nota-se que tais teorias impescindem de uma valoração ética e multidisciplinar dos contratos. O debate sobre os modelos regulatórios no Brasil e na Europa, explorado nos itens acima, mostra a face política e ideológica por trás da adoção de esquemas mais ou menos “welfaristas” de direito contratual.

Todas as referidas teorias partem da ideia de que os seres humanos têm dignidade e, portanto, o direito a um mínimo existencial que lhes garanta o desenvolvimento da personalidade.

Importando tal ideia para o direito os contratos, o estatuto jurídico do patrimônio mínimo de Fachin, o paradigma da essencialidade de Negreiros, a “need-rationality” de Willhelmsson concebem uma regulação contratual preocupada com o respeito dos contratantes ao mínimo existencial. No ponto, ligam-se umbilicalmente aos contratos existenciais. Propõem a restrição de direitos subjetivos, a fim de garantir que as relações contratuais não aviltem esse patrimônio mínimo.

Nesse caso, a proteção estendida pela lei independe da ausência de culpa do contratante necessitado, como se vê no caso dos efeitos do inadimplemento em contratos de empréstimo consignado no Brasil.

Na regulação finlandesa sobre “hire-purchase agreements”, o abrandamento de penalidades contratuais decorrentes do inadimplemento depende da ausência de atitudes do devedor que tenham concorrido para a situação de necessidade que levou ao inadimplemento do contrato. Ou seja, a lei finlandesa se baseia na boa-fé do contratante necessitado, e não apenas nas suas necessidades.

As soluções brasileira e finlandesa não são excludentes, todavia. A proteção do patrimônio mínimo não implica “per se”, por exemplo, a não-aplicação de multas contratuais. A adoção de uma regulação como a finlandesa, nesse aspecto, poderia ser uma proteção adicional contra contingências sociais, mas dependente de lei que a institua.

Afinal, regulações como a finlandesa implicam impor responsabilidades ligadas ao conceito de função social em sentido estrito a consumidores e fornecedores, em diferentes níveis.

Às empresas seria imposta a responsabilidade de diluir riscos, em vista de seu poder econômico, exercido pela celebração de um grande número de contratos para fornecimento de bens e serviços.

A responsabilidade dos contratantes estaria em pagar um preço relativamente maior por produtos e serviços, sabendo que, no caso de desemprego involuntário, diminuição involuntária de renda, doença, contarão com mecanismos

que asseguram um abrandamento das sanções contratuais decorrentes do inadimplemento.

Como visto na exposição sobre função social do contrato, esse tipo de responsabilidade, ou de função social, não pode ser inferida de uma cláusula geral. Por tratar-se da imposição de um “serviço” em prol de outrem, para além da causa final da contratação, é preciso que tal obrigação seja imposta por lei expressa.

Para além da garantia do mínimo existencial, as teorias acima viabilizam a tutela de toda a dimensão dos direitos fundamentais ligados à satisfação de necessidades primárias para o desenvolvimento da personalidade.

A função social do contrato, por sua vez, mostrou-se uma cláusula geral adequada à tutela do mínimo existencial e de direitos fundamentais nas relações privadas.

A teoria sociológica que suporta a definição da função social do contrato mostra que, em um Estado que adota uma economia de mercado, o Bem-Estar social não se realiza apenas pela imposição de prestações negativas e positivas ao Estado. Os cidadãos também recebem a responsabilidade de promover e preservar o bem-estar social, como um corolário e um limite a sua livre iniciativa. A função social é uma resposta, portanto, aos debates políticos sobre a adoção de esquemas “welfaristas” de direito contratual.

No aspecto prático, a função social do contrato tem um espectro que supera a análise da retidão da conduta das partes e, por isso, é meio adequado à veiculação de decisões baseadas estritamente em imperativos de justiça distributiva, como no caso da proteção de necessidades básicas ou de direitos metaindividuais, independentemente da boa-fé dos contratantes na celebração e execução do contrato.

No próximo capítulo, o ferramental até aqui angariado será colocado em prática para analisar como os contratos existenciais e de lucro se comportam diferentemente em vista de vicissitudes nos planos da validade e eficácia de tais tipos contratuais.

4 OPERACIONALIZAÇÃO DA DICOTOMIA

Em seu principal texto sobre a dicotomia “existencial v. lucro”, Antônio Junqueira de Azevedo, defendeu a possibilidade de aplicação da onerosidade excessiva subjetiva aos contratos existenciais, ao passo que aos contratos de lucro caberia apenas a onerosidade excessiva objetiva²⁸⁸.

Na conclusão do referido texto, Azevedo esboçou como a função social do contrato incidiria de forma diferente entre contratos existenciais e de lucro. Nos contratos de lucro, a função social poderia afetar a eficácia de contratos que ofendessem direitos metaindividuais, como o meio ambiente e a livre concorrência. Nos contratos existenciais, a função social poderia tornar ineficazes cláusulas contratuais que ofendessem direitos fundamentais ligados à subsistência humana.

Uma discreta menção à menor possibilidade de revisão dos contratos de lucro também ocorreu na atualização da obra “Contratos”, de Orlando Gomes²⁸⁹. Em entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil, o autor defendeu uma aplicação mais rígida do “pacta sunt servanda” nos contratos ditos de lucro. Quanto aos contratos existenciais, voltou a sustentar que poderiam ser “desconsideradas” cláusulas contratuais que prejudicassem o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, enfim, direitos essenciais ao desenvolvimento da personalidade.

Com efeito, se todo contrato instrumentaliza uma operação econômica, os contratos interempresariais, por exemplo, instrumentalizam a atividade de dois entes produtivos que têm como objetivo final o lucro. Muito embora a atividade empresarial tenha objetivos intermediários, como a venda de bens ou a prestação de serviços, nenhuma atividade empresarial que não tenha potencial lucrativo conserva razão de ser. O papel lucrativo dos contratos empresariais ditaria, assim, sua dogmática. O mesmo poderia se dizer dos contratos de lucro firmados entre

²⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

²⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100-101.

não empresários, advertindo-se, todavia que a esses contratos não aplicam princípios específicos do direito comercial.

Neste capítulo, propõe-se estudar os efeitos da distinção “existencial v. lucro” por meio de uma análise tridimensional do negócio jurídico. Usar-se-ão os planos do negócio jurídico – existência, validade e eficácia – para tornar o estudo mais didático e analítico.

4.1 PLANO DA EXISTÊNCIA

No campo contratual, o plano da existência do negócio jurídico é próprio de discussões sobre o aperfeiçoamento da avença e sobre sua natureza. Analisa-se a existência de declaração negocial e sua entrada no mundo jurídico. Ademais, é no plano da existência que se identifica a causa do negócio jurídico e, portanto, sua arquitetura jurídica: as regras que lhe são cabíveis.

Discute-se se a causa poderia ser elevada a um elemento do negócio jurídico. Segundo Junqueira de Azevedo, seria uma contradição assumir que a causa poderia ser, ao mesmo tempo, finalidade e elemento constitutivo do negócio jurídico²⁹⁰.

Para Junqueira de Azevedo, os elementos do negócio jurídico podem ser divididos em duas ordens, a intrínseca e a extrínseca. Os elementos intrínsecos dizem respeito à própria declaração de vontade e seriam os seguintes: (i) forma da declaração negocial; (ii) objeto da avença, ou seu conteúdo; (iii) circunstâncias negociais, ou as condições sociais que fazem com que a declaração seja vista como juridicamente vinculante. Os elementos extrínsecos seriam as condições pressupostas do negócio jurídico: (i) agente; (ii) tempo em que a declaração foi realizada; (iii) lugar da declaração²⁹¹.

²⁹⁰ Vide: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986. Tese (titular), p. 121-136; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36, nota 54.

²⁹¹ Idem. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-36.

Independentemente da discussão sobre a inclusão da causa entre os elementos do negócio jurídico, é certo que todo contrato tem uma causa final. Ninguém firma um contrato pelo mero prazer de realizar um negócio jurídico. Quem contrata tem objetivos a serem cumpridos por meio da avença²⁹². É certo que nosso ordenamento jurídico excepcionalmente abstrai a causa para adicionar funcionalidade a determinados institutos, como no caso dos títulos de crédito sujeitos a circulação. Isso, todavia, não significa que a causa do contrato não existe; ela tão somente é abstraída para permitir a circulação de crédito no mercado. E volta a ser juridicamente relevante quando credor e devedor originários discutem a exibibilidade das obrigações insertas nos títulos de crédito.

Partindo da premissa de que todo contrato tem causa, é possível acessar o plano da existência do negócio jurídico para dele abstrair a finalidade que os agentes perseguem com a realização do contrato. Da análise de tais finalidades é que se extrai se o contrato se encaixa entre as categorias existencial ou de lucro, para então determinar sua disciplina específica.

Como se verá a seguir, é a partir da estrutura do negócio jurídico que se desenvolvem os demais planos dessa teoria. Os elementos do negócio passam por um crivo de validade; seus efeitos são modulados de acordo com fatores de eficácia, como a condição, o termo, o distrato e acontecimentos supervenientes que determinam sua revisão ou rescisão.

Cabe aqui apenas uma observação, a ser desenvolvida com maior profundidade quando abordarmos o plano da eficácia. É que, no referido plano, a função social do contrato pode afetar o programa contratual, não porque a causa do referido contrato não condiz com sua função social, mas porque sua execução passa a (i) afetar direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente saudável, ou (ii) ofender direitos individuais relativos à fruição de direitos fundamentais ligados à subsistência humana, de contratante ou de terceiros.

²⁹² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra editora, 1969, p. 334.

Nesses casos, a análise dos efeitos da função social do contrato sobre os contratos existenciais e de lucro deixa de estar necessariamente ligada à causa final, para se deter na proteção de tais direitos.

4.2 PLANO DA VALIDADE

Se o plano da existência é essencial para determinarmos a causa contratual, é no plano da validade que os problemas atinentes à causa dos contratos existenciais e de lucro passam a se manifestar, sob a ótica da função social do contrato.

O plano da validade opera sob um juízo de correção do comportamento das partes. Na seara dos contratos, a sanção para um contrato cujo conteúdo desvie-se do juízo de correção eleito pela lei é a sua nulidade, ou a sua anulabilidade.

Dadas as consequências drásticas decorrentes da nulidade ou anulabilidade de um pacto, a formulação das hipóteses desses fenômenos é questão de política legislativa. A criação de novas hipóteses de invalidade não estribadas em lei geraria grande instabilidade ao direito dos contratos, pelo que de todo indesejada.

A estrutura da cláusula geral da função social do contrato é inapta, portanto, à elaboração de novos casos de nulidade ou anulabilidade de contratos. Ainda assim, uma parte significativa das hipóteses desses fenômenos encontra razão de ser na função social dos contratos e searas de aplicabilidade maiores ou menores, a depender tratar-se de contrato existencial ou de lucro. É o que se verá a seguir.

4.2.1 Hipóteses de anulabilidade

Estado de perigo e lesão por premente necessidade são duas causas de anulabilidade do negócio jurídico, nos termos dos artigos 156 e 157 do Código Civil. Ambas têm como hipótese de incidência a contratação sob premente necessidade. É essa necessidade o que faz com que o contratante aceite prestação desproporcional, ou sob excessiva onerosidade.

A lesão é hipótese de anulabilidade do negócio jurídico positivada no artigo 157 do Código Civil. Sua hipótese de incidência reside na premente necessidade ou inexperiência de um dos contratantes, que por tais fatores contrata uma prestação desproporcional e desvatajosa.

Muito embora não haja dúvidas de que a lesão por necessidade seja aplicável aos contratos existenciais, o mesmo não se pode dizer de sua aplicabilidade aos contratos de lucro.

Paula Forgioni chama atenção para o fato de que anular um contrato interempresarial por inexperiência resulta em neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis do mercado. Isso porque, nos contratos interempresariais, a natureza da atividade do empresário presume um ônus de conhecimento do mercado em que atua, afastando a lesão por inexperiência²⁹³.

Tanto por isso, o artigo 220 do Código Comercial declarava inaplicável aos contratos interempresariais o instituto da lesão, salvo casos de erro, fraude ou simulação²⁹⁴. E o artigo 317 do Projeto de Código Comercial é expresso em tornar a lesão inaplicável aos contratos interempresariais, nos seguintes termos: “em razão do profissionalismo com que exerce a atividade empresarial, o empresário não pode alegar inexperiência para pleitear a anulação do contrato empresarial por lesão”²⁹⁵.

Ao nosso ver, a finalidade empresarial de um contrato também reduz drasticamente as possibilidades de aplicação da lesão por premente necessidade. Afinal, é difícil pensar em hipóteses em que uma contratação mais onerosa devido à premente necessidade de uma empresa não esteja incluída na álea normal de um negócio, a não ser em casos de coação sob temor de dano iminente à família do empresário ou a si próprio.

²⁹³ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 247-248.

²⁹⁴ Lei nº 556/1850, artigo 220. A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes, salvo provando-se erro, fraude ou simulação.

²⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Federal nº 1.572/2001. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acessado em 11.11.2017.

Sintomática desta preocupação é o exemplo prático de Forgioni:

... tomemos uma empresa em difícil situação econômica que, para captar determinado parceiro comercial, resolve conceder-lhe grandes vantagens. O contrato poderá ser descartado, alegando-se a lesão? Se assim for, cumpre-nos perguntar: qual agente econômico racional contratará com outro que passa por percalços financeiros?²⁹⁶

A mesma preocupação aplica-se ao instituto do estado de perigo.

Tal instituto determina a anulabilidade dos negócios firmados sob premente necessidade de salvar-se ou de salvar a pessoa de sua família, com a assunção de obrigação excessivamente onerosa. Referida necessidade deve ser conhecida de parte do outro contratante, presumindo-se verdadeira a privação das condições necessárias ao pleno exercício da liberdade de contratar.

Entre exemplos clássicos de estado de perigo, pode-se citar o caso da mãe que promete entregar toda sua fortuna àquele que salvar seu filho, ameaçado pelas ondas do mar; ou do doente que concorda com exorbitantes honorários médicos, porque em necessidade premente de se submeter a uma cirurgia²⁹⁷.

Ora, é do sentido da função social do contrato que a circulação de bens se dê em ambiente de liberdade negocial e que a avença reflita trocas proporcionais. A premente necessidade do contratante, bem como a excessiva onerosidade da prestação, ou sua desproporcionalidade, fazem presumir que o contrato sofreu uma distorção econômica devido a estas circunstâncias ímpares, de reflexos sociais patentes.

O estado de perigo revela sempre um contrato existencial por excelência. Com efeito, no contexto do estado de perigo, o contrato é firmado por uma das

²⁹⁶ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 249.

²⁹⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: **Revista do advogado**, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 68, (p?), dezembro/2002. Disponível em https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Teresa_Ancona_Lopez/EstadodePerigo.pdf. Acessado em 16.10.2017.

partes com o conhecido intuito de salvar-se ou de salvar a pessoa de sua família, o que faz presumir uma necessidade existencial.

O estado de perigo pode ocorrer tanto no âmbito empresarial como no âmbito dos contratos de consumo, existenciais ou civis. O que importa é que a causa final da contratação tenha sido o atendimento da necessidade de salvar-se, ou de salvar a pessoa de sua família.

Nos contratos interempresariais, cuidado deve ser tomado na subsunção do caso prático ao instituto. Isso porque, devido ao contexto institucional em que incluído o contrato interempresarial, presume-se que a “necessidade de salvar-se” não pode ser interpretada como a necessidade de salvar a atividade empresarial da ruína. Mais uma vez, a anulabilidade funcionaria como uma forma de indulgência aos erros de estratégia do empresário, o que afeta negativamente o mercado.

Aquele que se arvora em uma atividade mercantil é obrigado a calcular os riscos das operações que enceta, assumindo-se daí que eventual desproporção entre as prestações foi tida como vantajosa pelos contratantes.

Ao revés, o instituto é particularmente pertinente à tutela da validade de contratos existenciais. Note-se que a necessidade de salvar a si ou a pessoa de sua família é circunstância que priva a pessoa do exercício pleno de sua liberdade negocial, concedendo-lhe a rara oportunidade de requerer a anulação do contrato, já desamarrada da necessidade que condicionava seu comportamento.

No campo dos contratos de lucro, o Projeto de Código Comercial prevê, em seu artigo 316, que o contrato interempresarial deve cumprir sua função social. Em seguida, no artigo 317, o Código dispõe sobre a possibilidade de anulação de contratos interempresariais que prejudiquem ou tenham a potencialidade de prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo.

A disposição topológica dos dispositivos torna possível inferir que, na visão do projeto, a anulabilidade de contratos interempresariais que prejudiquem ou possam prejudicar interesses metaindividuais é uma consequência da aplicação da função social do contrato aos contratos interempresariais.

De fato, como visto no capítulo 3.6.1, acima, existe um consenso na doutrina brasileira quanto à ideia de que a produção de externalidade por um contrato representa uma quebra de sua função social.

A solução adotada pelo projeto, todavia, difere da divisada por Junqueira de Azevedo e Calixto Salomão, baseada na ineficácia, e não na anulabilidade do contrato que fira tais direitos metaindividuais²⁹⁸.

A anulabilidade de um contrato está, com efeito, comumente ligada a algum defeito na declaração negocial, e não nas externalidades que um contrato pode produzir. Por isso, a par da disposição do Projeto de Código Comercial, entende-se que o problema das externalidade deve ser resolvido por meio da restrição de eficácia das cláusulas contratuais que firam, na sua execução, direitos metaindividuais. Entre os contratantes, a questão seria resolvida pelas regras que regem a impossibilidade da prestação, tal qual pregado por Calixto Salomão.

De toda forma, o Projeto de Código Comercial ilustra muito bem o tratamento das externalidade contratuais, ao (i) permitir a apresentação de proposta ao juiz de alteração do clausulado contratual, a fim de reestabelecer ou reforçar o cumprimento da função social do contrato (ii) impor ao juiz a rejeição do pedido anulatório do contrato, quando a avença implicar benefício a algum interesse metaindividual que supere o prejuízo ao direito metaindividual infringido, numa espécie de “compensação” típica do tratamento de externalidades²⁹⁹.

4.2.2 Hipóteses de nulidade

No campo da nulidade, as disposições que versam sobre a (i) simulação, (ii) ilicitude do objeto e dos motivos determinantes de ambas as partes, (i) contratos que têm por objetivo fraudar lei imperativa são institutos que podem ser

²⁹⁸ A esse respeito, vide SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 182; ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 305-306

²⁹⁹ Vide §2º do artigo 17 do Projeto de Lei Federal nº 1.572/2001, da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acessado em 11.11.2017.

particularmente bem explicados sob o enfoque da causa e da função social do contrato.

Em verdade, as hipóteses acima enumeradas têm em comum o fato de desviarem a função econômico-social normal de um contrato, utilizando-o para (i) realizar trocas à margem de disposições ordem pública, conformadoras do mercado ou (ii) para dissimular a verdadeira operação econômica havida entre as partes, em fraude a terceiros e/ou ao Estado. Pela sua generalidade, tais hipóteses se aplicam indistintamente aos contratos existenciais e de lucro.

Na seara dos contratos existenciais, é exemplo clássico de nulidade por infração a disposições de ordem pública o caso do lançamento de anão. Tratava-se de contrato por meio do qual um anão se obrigava a ser lançado de um lado para o outro por meio de um canhão, para deleite dos espectadores de uma boate francesa. O contrato foi declarado nulo pelos tribunais franceses, que consideraram a obrigação a ser performada atentatória à dignidade humana do anão, contrariando inclusive a opinião do próprio contratado³⁰⁰.

Assim, são inválidos contratos que, desde seu nascedouro, implicam desrespeito à dignidade humana do contraente, privando-o das condições para livre desenvolvimento de sua personalidade, ou expondo-a a situações que aviltam o senso de respeito próprio.

Outra questão interessante do ponto de vista dos contratos existenciais encontra-se no regramento das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. Comportamentos como a venda casada e a exigência de vantagem manifestamente excessiva são tidos por abusivos e, portanto, nulos, porque configuram abuso do poder econômico do fornecedor, distorcendo a função econômica de troca livre e justa dos contratos.

Nesse sentido, ressalta Tomasevicius Filho que a venda casada é um exemplo de abuso da liberdade de contratar, com infração á função social do contrato, consiste em impor a circulação de um bem em detrimento da liberdade de

³⁰⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124.

contratar da outra parte. A prática é contrária à função social em sentido amplo, quer dizer, à eficiente circulação de bens no mercado³⁰¹.

São numerosos os casos de cláusulas abusivas que afetam a própria causa de contratos existenciais, ensejando sua nulidade. É o caso de cláusulas em contratos de plano de saúde que negam o custeio a tratamentos, muito embora a avença prometa cobertura para a doença correspondente³⁰². Ou ainda, de cláusulas que impõem prazos de carência extensos para tratamentos urgentes³⁰³. Ou que prevêm reajustes proibitivos, que desincentivam a manutenção de pessoas idosas em planos de saúde³⁰⁴.

Quanto aos contratos de lucro, na linha do que explicitado linhas acima, é possível que interesse existencial venha a influenciar uma cadeia que liga contratos interempresariais e contratos existenciais, mudando sua disciplina jurídica.

O exemplo, retirado da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, é de um acordo firmado em ação de despejo por falta de pagamento. Muito embora o locatário fosse um hospital e o imóvel locado fosse o lugar onde desenvolvidas as atividades hospitalares, as partes acordaram que, em caso de inadimplemento das parcelas do acordo, o locador teria direito a despejar imediatamente o hospital, sem prévio aviso ou prazo para despejo.

³⁰¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, nº 168, p. 197-214, out/dez 2015, p. 206.

³⁰² BRASIL. STJ. AgRg no Resp nº 1431932. 3ª Turma. Ministro relator SIDNEI BENETI. Julgamento em 27.05.2014. Publicação em 09.06.2014; BRASIL. STJ. AgRg no Resp nº 1457098/DF. 4ª Turma. Ministro relator LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgamento em 28.04.2015. Publicação em 05.05.2015; BRASIL. STJ. AgRg no AResp nº 7865/RO. 4ª Turma. Julgamento em 20.02.2014. Publicação em 05.03.2014; BRASIL. STJ. AgRg no AResp nº 655341/MG. 4ª Turma. Ministro relator RAUL ARAÚJO. Julgamento em 05.05.2015. Publicação em 05.05.2015; BRASIL. STJ. Resp nº 1320805/SP. 4ª Turma. Ministra relatora MARIA ISABEL GALLOTTI. Julgamento em 05.12.2013. Publicação em 17.10.2013; BRASIL. TJSP. Apelação nº 10095045-82.3015.8.26.0011. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator ALEXANDRE LAZZARINI. Julgado em 15.03.2016. Publicado em 16.03.2016; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0062812-58.2012.8.26.0002. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator ALEXANDRE LAZZARINI. Julgamento em 14.10.2014. Publicação em 15.10.2014; BRASIL. TJSP. Apelação nº 1000853-87.2014.8.26.0038. 10ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO GARBI. Julgamento em 25.08.2015. Publicação em 28.08.2015; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0017634-98.2008.8.26.0302. 10ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO GARBI. Julgamento em 11.06.2013. Publicação em 13.06.2013.

³⁰³ BRASIL. TJSP. Apelação nº 0130620-77.2012.8.26.0100. 3ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO DE SALLES. Julgamento em 13.08.2014. Publicação em 12.08.2014.

³⁰⁴ BRASIL. STJ. AgRg no Resp nº 1523036/RS. 3ª Turma. Ministro relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Julgamento em 02.06.2015. Publicação em 16.06.2015; BRASIL. TJSP. Apelação nº 0130620-77.2012.8.26.0100. 3ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO DE SALLES. Julgamento em 12.08.2014. Publicação em 13.08.2014.

O acordo foi realizado entre as partes em detrimento do prazo mínimo de despejo de 15 dias, disposto no artigo 63, § 1º, “b”, da Lei nº 8.245/1991 (“Lei de Locação”), para entidades hospitalares. Note-se que a própria Lei de Locação fixa prazos superiores para o despejo de hospitais, instituições de ensino e outras entidades de relevância social em determinadas hipóteses, demonstrando preocupação com as consequências que um despejo repentino pode acarretar para terceiros que dependem das atividades do locatário.

Descumprida uma das parcelas do acordo, o hospital foi despejado sem prévio aviso e sem prazo adicional para deixar o local, o que culminou com a necessidade de transferência de inúmeros pacientes às pressas, inclusive aqueles em situação crítica, em Unidades de Terapia Intensiva.

O caso foi levado ao Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de agravo de instrumento tão somente após a realização do despejo, tendo em vista que a decisão autorizatória do despejo havia sido publicada somente após sua execução por oficial de justiça. Tanto por isso, não havendo controvérsia quanto à inadimplência do hospital, o despejo não foi revertido³⁰⁵.

Não obstante, não houvesse o despejo sido consumado, seria o caso de se declarar nula a cláusula contratual que estabelece o despejo de entidade hospitalar sem conceder prazo para desocupação de um hospital, ainda que tal cláusula tenha contado com o consentimento do locatário.

No caso, a *ratio* da norma estende sua proteção não a favor do locatário inadimplente, mas sim dos pacientes que, necessitados de cuidados médicos em diversos graus, podem vir a sofrer graves danos pela execução de uma ordem de despejo imediata, sem prazo para desocupação organizada. A relevância existencial da destinação conferida ao imóvel locado exige do credor especial cautela na efetivação de seu direito à desocupação do imóvel, retirando-lhe o direito de contratar o direito de despejo imediato, ainda que o seu parceiro contratual seja um ente empresarial.

³⁰⁵ BRASIL. TJSP. Agravo de instrumento nº 0087723-77.2011.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator FRANCISCO THOMAZ. Julgado em 03.08.2011. Registrado em 08.08.2011.

Como bem salientado por Francisco Paulo de Crescenzo Marino, nos casos de coligação entre contratos existenciais e contratos de lucro, a existência de um interesse existencial muda o centro de gravidade da avença³⁰⁶. A função social que o contrato de lucro exerce no que toca tal interesse existencial faz surgir deveres laterais de conduta, em respeito a tal interesse existencial.

Caso um interesse existencial não estivesse presente na cadeia de contratos, não se veria ilegalidade em acordar a possibilidade de despejo imediato, a partir do inadimplemento de alguma parcela do acordo. Neste caso, o risco assumido pelo locatário devedor circunscrever-se-ia à interrupção abrupta de suas atividades empresariais, tratando-se de risco de dimensão eminentemente financeira.

4.3 PLANO DA EFICÁCIA

O plano da eficácia é o terreno por excelência de aplicação da função social do contrato. No campo da validade, a adstrição às hipóteses legais torna a aplicação do instituto mais limitada, ainda que importante para a compreensão e correta aplicação de várias de suas hipóteses³⁰⁷.

Quando nos referimos, neste capítulo, ao plano da eficácia, estamos circunscrevendo nossa análise às vicissitudes da execução de um contrato válido. Dizemos isso porque, em linhas gerais, o plano da eficácia abarca não só os efeitos jurídicos do inadimplemento e da alteração de determinadas circunstâncias no curso do contrato, mas também a ausência de eficácia de contratos devido a sua invalidade.

Tratando das particularidades de tratamento dos contratos existenciais e de lucro no campo da eficácia, entendemos importante distinguir dois grupos de casos: (i) vicissitudes contratuais ligadas ao inadimplemento do contrato; (ii) alteração de

³⁰⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-215.

³⁰⁷ Nesse sentido, vide: ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 305-306; HADDAD, Luís Gustavo. **Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 242.

circunstanciais relevantes para a execução da avença. Dadas as peculiaridades das situações, elas serão tratadas separadamente.

4.3.1 Alteração das circunstâncias

A alteração de circunstâncias no curso de um contrato é tratada por diversos institutos no direito civil. Da literalidade do Código Civil, extraem-se o caso fortuito e a força maior, a impossibilidade absoluta e a onerosidade excessiva.

Ampliando o espectro de soluções, deparamo-nos com institutos retirados do direito comparado e amplamente estudados pela doutrina brasileira, como a frustração do fim do contrato e a *impracticability*³⁰⁸.

Nesses casos, a alteração das circunstâncias em que celebrado o negócio é de tal monta que (i) impossibilita, ao menos temporariamente, o adimplemento ou (ii) inviabiliza a realização da finalidade para qual celebrado o contrato, ou (iii) desequilibra o cerne da economia do contrato, tornando-o passível de resolução.

A evolução de tais institutos passou por um intenso debate em vários países sobre quais as circunstâncias cuja alteração é capaz de influir no programa contratual.

Na Alemanha, uma das primeiras teorias sobre o tema partiu de Windscheid, para quem a manutenção de determinadas circunstâncias apenas não é declarada em um contrato como condição porque nenhuma das partes assume que ela possa mudar³⁰⁹.

A teoria é muito semelhante à tese da “implied term” utilizada pelos tribunais ingleses, segundo a qual não se pode obrigar uma parte a cumprir sua obrigação

³⁰⁸ Para um estudo aprofundado do tema, vide: COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

³⁰⁹ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 21.

quando os próprios contratantes deixaram claro que a obrigação não seria exigível se certas circunstâncias mudassem³¹⁰.

Ambas as teorias carregam em seu seio a contradição de considerar acordadas condições sobre as quais não houve declaração negocial expressa.

Em 1921, Oertmann elaborou, na Alemanha, a teoria da base subjetiva do negócio. Segundo sua tese, a base subjetiva do negócio seria uma representação da realidade sobre a qual as partes firmam um contrato. Tal representação poderia ser comum ou, ainda, concebida por uma das partes, mas conhecida e não rechaçada pela contraparte³¹¹.

Na França, a teoria da causa fazia ver as dificuldades na execução do contrato sob prisma parecido. Para Capitant, a causa seria o objetivo final das partes, extraído do conteúdo do contrato. A alteração de circunstâncias que prejudica a causa contratual é que seria relevante o suficiente para determinar uma intervenção em sua execução³¹².

Permanecia o problema, todavia, de se saber se, para compor a causa, um interesse deveria ser verdadeiramente comum, ou se o fato de um interesse ser conhecido e não refutado pela contraparte bastava para que ele fosse alçado à qualidade de causa.

Autores como Denis Mazeaud, M. Reigné, MMe. Rochfeld, M. Piette são partidários da tese que eleva os motivos individuais ao status de causa a partir de seu conhecimento pela contraparte. Ghestin, por sua vez, entende que só entram no espectro da causa os motivos individuais sobre os quais houve um acordo de vontades, seja ele tácito ou expresso³¹³.

Teorias semelhantes foram desenvolvidas na Alemanha. Ainda em 1911, Kauffmann defendeu que uma vez atingida a finalidade essencial do contrato por um evento não previsto, o caso seria de resolução do contrato. Para Kauffmann, a

³¹⁰ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 46-47.

³¹¹ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 7-16.

³¹² CAPITANT, Henri Lucien. **De la cause des obligations (contrats, engagements unilateraux, legs)**. 3ª edição. Paris: Dalloz, 1927, p. 23-24.

³¹³ GHESTIN, Jacques. **Cause de l'engagement et validité du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 115/116, 136-137.

finalidade essencial do contrato adviria de seu tipo e do próprio conteúdo da avença³¹⁴.

Locher, por sua vez, definiu a base dos contratos não como uma representação mental das partes, mas sim como as circunstâncias necessárias para alcançar a finalidade do negócio. A finalidade do negócio é comum e deve ser revelada no contrato e na conduta das partes em conformidade com o contrato³¹⁵.

Larenz teve o mérito de unir as teorias da base subjetiva e da base objetiva do negócio em uma teoria unitária. A base subjetiva do negócio serviria não mais para prever a manutenção de condições futuras, mas para resolver vícios de vontade. A base objetiva, por sua vez, revelaria as circunstâncias pressupostas para alcançar o fim do contrato, o que seria útil para solucionar problemas atinentes à destruição da relação de equivalência entre as prestações, bem como da impossibilidade de atingir o fim do contrato³¹⁶.

Da análise das teorias acima, nota-se que os prismas da causa e da alteração de circunstâncias são, em verdade, lados de uma mesma moeda. A aferição da importância de determinadas alterações de circunstâncias só é possível após delimitar quais objetivos devem ser imprescindivelmente alcançados na execução de um contrato. *Mutatis mutandis*, a causa é o fator que determina quais circunstâncias devem se manter intactas para que a execução do contrato contemple os objetivos das partes.

Assim, o problema inerente às teorias da causa e da base do negócio é, no fundo, o mesmo. Ambas tentam tornar cada vez mais objetiva a análise das alterações externas que influem no programa contratual, a fim de proceder a uma repartição de riscos equânime.

Aqueles que lidam com a causa devem passar pela agrura de definir quais objetivos das partes são relevantes a ponto de influir na noção de adimplemento, impossibilidade, onerosidade excessiva. Deve-se responder se é necessário que

³¹⁴ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 29-30.

³¹⁵ Ibidem, p. 30-32.

³¹⁶ Ibidem, p. 37-39.

se trate de um motivo comum, ou se o interesse conhecido de uma das partes também merece proteção sob o signo da causa.

Os que optam por partir da alteração das circunstâncias devem determinar até que ponto alterações fáticas que afetam a execução do contrato por uma das partes têm importância suficiente para determinar a revisão ou resolução de uma avença.

4.3.2 O problema, transportado para os contratos existenciais e de lucro. O mito da finalidade comum

Quando transportamos o problema da alteração das circunstâncias para a dicotomia “existencial v. lucro”, percebemos que a busca por uma equânime repartição de riscos na execução do contrato tem traços diferentes em cada uma das categorias contratuais.

É bem verdade que nenhuma teoria bem sucedida delimitou os casos de revisão dos contratos às hipóteses em que apenas os objetivos estritamente comuns das partes fossem atingidos por alterações de circunstâncias.

Com efeito, a adstrição das hipóteses de revisão e resolução dos contratos ao fim comum das partes seria uma escolha rígida, que se limitaria à frustração do fim do contrato de sociedades mercantis, *joint ventures*, em que há um objetivo comum bastante bem delimitado pelas partes. Seria de pouco uso prático, outrossim, porque uma vez constatado que o objetivo comum das partes não seria atingido pelo contrato, as possibilidades de um distrato amigável seriam enormes.

Na maioria dos contratos, a definição de que uma avença é uma conciliação de interesses egoísticos opostos se aplica com severidade. Quando uma alteração de circunstâncias atinge a consecução do objetivo de uma das partes, o mais comum é que a contraparte continue a exigir a execução inalterada do contrato, ainda que o objetivo prejudicado seja de seu pleno conhecimento e a razão de ser do contrato para seu parceiro contratual.

Um exemplo, retirado da doutrina brasileira, ilustra bem a situação. Em seu “A frustração do fim do contrato”, Rodrigo Barreto Cogo cita em diversas passagens

o caso fictício de uma pessoa que contrata a compra e instalação de equipamentos para aquecimento de água por energia solar, porque quer economizar energia elétrica em sua casa. Como o equipamento é importado, seria entregue e instalado em 30 dias. Dez dias após a compra, começa a construção de um prédio vizinho à casa do comprador, sendo certo que tal prédio impedirá a incidência de luz solar no único local da casa em que os coletores solares poderiam ser instalados³¹⁷.

Nestas circunstâncias, a prestação de ambas as partes continua possível, mas o fim a que se destina o bem comprado resta totalmente frustrado: o aquecimento da água.

A questão que se põe é se a destinação dada ao aquecedor solar realmente pode ser considerada como um fim comum entre as partes. Esse questionamento se torna ainda mais relevante quando são analisados os efeitos do instituto da frustração do fim do contrato. Se a destinação dos aquecedores solares fosse realmente um objetivo comum das partes, a solução normal para o caso seria resilir o contrato e repartir os custos incorridos entre as partes, igualmente.

Todavia, tal situação não se afigura justa, porque o vendedor não assumiu o risco de que um prédio fosse construído no terreno ao lado da casa do comprador, impedindo que o produto vendido tivesse utilidade. Tal fato tem relação exclusivamente com o interesse do comprador na prestação convencionada. Tanto por isso, a repartição dos custos do contrato entre credor e devedor revelaria um caso de enriquecimento sem causa por parte do comprador.

Desse fato se extrai que o fundamento da rescisão do contrato não está na constatação de que a destinação dos aquecedores solares era uma finalidade comum entre as partes. Essa finalidade comum é, na maioria das vezes, uma ilusão. O verdadeiro fundamento da rescisão do contrato reside numa exigência de solidarismo entre os contratantes.

Justamente porque a sociedade partilha uma noção de dever de cooperação entre as pessoas é que se entende razoável impor a uma delas a rescisão do

³¹⁷ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 170.

contrato nos casos em que a finalidade visada por seu parceiro contratual já não pode mais ser alcançada.

Não por outro motivo, nessas circunstâncias, a própria doutrina prega ser consequência da rescisão o ressarcimento de todos os custos incorridos pelo vendedor até o momento em que chega a seu conhecimento a frustração do fim do contrato.

Resta responder, então, porque a doutrina envida tantos esforços em elaborar um conceito de causa final que alce interesses individuais ao patamar de “interesses comuns”.

Somos da opinião de que tais esforços giram em torno do controle do natural oportunismo das partes. É possível e até muito comum que uma parte se arrependa de ter firmado um contrato, porque chega a ela uma proposta mais vantajosa, ou uma oportunidade de aplicar melhor seus bens, direitos.

Os contratos, todavia, são instrumentos desenhados para tornar seguras e estáveis as trocas de bens entre as pessoas. Por isso, sua força obrigatória merece sempre especial tratamento.

A necessidade persistente em várias teorias de que o interesse afetado por circunstâncias supervenientes seja comum, ou ao menos conhecido da contraparte, gera uma presunção de legitimidade da resolução ou rescisão do contrato. Superar tal presunção exige da contraparte um esforço probatório. Torna-se preciso provar que o interesse prejudicado não é de fato tão importante a ponto de afetar a eficácia do contrato.

O mesmo raciocínio pode ser estendido à hipótese de onerosidade excessiva. O instituto não pode ser uma via de escape de todo e qualquer contrato que se mostre, já na sua execução, desvantajoso para uma das partes. É necessário provar que a alteração superveniente de circunstâncias tenha mudado a natureza da prestação, de modo que ela não mais se assemelhe com a prestação que as partes concebiam como justa, tanto porque acordada.

Sob esse prisma, é possível considerar que todo caso de onerosidade excessiva objetiva envolve um prejuízo à causa final. É da essência da onerosidade excessiva que a prestação de uma das partes se torne exageradamente custosa, desnaturando a finalidade que o contratante pretendia alcançar, sem que a origem

de tal desnaturação esteja entre os riscos assumidos pela parte. Nesse caso sim, é possível afirmar que ambas as partes devem ter pactuado uma particular relação de reciprocidade entre as prestações, quebrada pela superveniência da onerosidade excessiva.

Daí porque se reputa muito adequada aos casos de onerosidade excessiva objetiva a definição de Jacques Ghestin de causa, como “contrapartida convencionada”. A definição, todavia, seria de pouco uso nos casos de frustração do contrato, haja vista que a noção de reciprocidade, simbolizada pelo vocábulo “contrapartida”, é insuficiente para explicar o fenômeno, claramente radicado na destinação do objeto do contrato para uma das partes e na solidariedade para com a impossibilidade de alcançar tal objetivo.

A função social é cláusula geral apta a ser veículo dessa noção de solidarismo nas relações contratuais, como visto no capítulo acima. A noção de função social abarca o sentido da repartição de riquezas por meio de um contrato.

Tais considerações se aplicam tanto aos contratos de lucro quanto aos contratos existenciais. Todavia, dadas as finalidades distintas que permeiam tais contratos, o resultado da aplicação da função social em cada um desses extremos contratuais é diferente.

Não se trata de dizer que a função social dos contratos tem mais aplicabilidade nos contratos existenciais do que nos contratos de lucro. Muito pelo contrário, a noção de solidariedade entre partes é imprescindível à consecução de qualquer contrato. Com efeito, nenhum contrato detém maior ou menor função social. Tampouco qualquer contrato é palco onde se possa ser mais ou menos ético. É só que a natureza de cada transação exige diferentes respostas dos contratantes.

É o que se verá a seguir quanto aos diferentes institutos que atuam no plano da eficácia dos contratos.

4.3.3 Onerosidade excessiva nos contratos existenciais e de lucro

No direito brasileiro, a onerosidade excessiva é aferida de maneira objetiva. Isso significa que a essência do instituto, positivado no artigo 478 do Código Civil, reside numa alteração superveniente no sinalagma, ou relação de proporcionalidade entre as prestações³¹⁸.

A mera dificuldade do devedor em cumprir sua obrigação não enseja a onerosidade excessiva, nos termos do artigo 478 do Código Civil. É preciso que o valor da própria prestação aumente desproporcionalmente em relação ao seu correspondente. Além disso, (i) tal aumento não pode ter sido gerado por um fato situado no campo da álea normal do devedor, ou seja, deve ser imprevisível e extraordinário; (ii) correspondentemente, deve haver um enriquecimento sem causa do credor.

Essa disciplina da onerosidade excessiva é bastante adequada aos contratos em que se visa ao lucro bilateral. A função econômico-social desse tipo de contrato está naturalmente ligada à assunção de riscos pelas partes, proporcionalmente compensada pela potencialidade de lucro. Empresários conhecem ou devem conhecer o mercado em que atuam. Logo, a assunção de riscos deve ser honrada durante todo o programa contratual.

Intervir na execução de um contrato sem observância dos critérios acima significaria alterar a “contrapartida convencionada” que simboliza os objetivos acordados entre as partes. Seria o mesmo que anular os riscos que integram a estrutura destes objetivos, o que, como já visto, interfere negativamente no mercado.

³¹⁸ FERRAZ, Patrícia de Sá Moreira de Figueiredo. **A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos: a concorrência na aplicação da regra dos artigos 317 a 478 do Código Civil vigente**. Dissertação de mestrado. Orientador: professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em www.teses.usp.br/.../Patricia_Sa_Moreira_de_Figueiredo_Ferraz_integral_Dissertacao.pdf. Acessado em 13.11.2017. Acessado em 13.11.2017, p. 68-69; CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no Direito Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-19112010-082708. Acesso em: 18.04.2017, p. 99-100.

Tanto por isso, nos contratos empresariais, a jurisprudência têm aplicado o instituto da onerosidade excessiva sem qualquer abrandamento de seus requisitos. Veja-se, a título de exemplo:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.

3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do Código Civil: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

4. Recurso especial conhecido e provido.

É preciso deixar claro que o caso dos autos se refere a contratos empresariais e não a contratos de consumo, nos quais se tem defendido, atualmente, um maior dirigismo contratual, com

a consequente relativização dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

Nos contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares.

O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. Por isso, os estudiosos e operadores do Direito Empresarial têm defendido a necessidade de um novo Código Comercial, cujo projeto já está em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 1.572/2001 da Câmara dos Deputados).

Vale ressaltar que o caso dos autos ainda traz algumas peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, prevista no art. 478 do CC/2002, *in verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

No caso *sub judice*, deve-se reconhecer que: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são

profissionais que atuam nessa área e sabem que tais flutuações são possíveis³¹⁹.

No ponto, vale destacar a redação do artigo 272 do Projeto de Código Comercial³²⁰. Segundo o dispositivo, “as obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, em razão da superveniência de fatos imprevisíveis, quando demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa”. Mais uma vez, reforça-se a estabilidade da repartição de riscos em contratos interempresariais, como garantia de previsibilidade e segurança jurídica, necessário ao azeitamento das relações comerciais.

Passando aos contratos existenciais, seria possível dizer que raciocínio próprio do artigo 478 do Código Civil se aplicaria sem ressalvas a tal categoria? Como visto nos capítulos acima, Junqueira de Azevedo defendia a possibilidade de se aplicar a onerosidade excessiva de maneira subjetiva aos contratos existenciais.

Nesse caso, a onerosidade excessiva estaria pautada não mais na proporcionalidade das prestações, mas sim em quão difícil se torna, para uma das partes, arcar com suas obrigações. Quer dizer, a alteração das circunstâncias não operaria sobre o sinalagma, mas sim sobre a capacidade que uma das partes detém de cumprir com sua obrigação.

Um exemplo disso seria o de um empréstimo cujo valor da parcela se torna gradativamente desproporcional à própria renda do devedor, até comprometer sua subsistência, por circunstâncias supervenientes - como o desemprego, o congelamento de salários, o superendividamento.

Teoria próxima foi defendida por Udo Reifner, a partir do que o autor chama de uma “interpretação social” do Código Civil alemão. Para Reifner, não incorreria

³¹⁹ BRASIL. STJ. Recurso especial nº 936.741 – GO. Quarta turma. Relator Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA. Julgado em 09.03.2011. Publicado em 08.03.2012.

³²⁰ Projeto de Lei Federal nº 1.572/2001, da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acessado em 11.11.2017.

em culpa o devedor que inadimpe uma prestação por ter sofrido uma diminuição de sua renda por circunstâncias alheias à sua vontade³²¹.

A ausência de culpa do devedor afastaria sua mora, bem como a incidência dos juros e multa correspondentes, nos termos do artigo 285 do Código Civil alemão. Por outro lado, em caso de responsabilidade do devedor pela diminuição de sua renda, por culpa ou dolo, os encargos moratórios incidiriam normalmente. O mesmo ocorreria nos casos em que o evento que provocou a diminuição de renda do devedor fosse previsível ao tempo da celebração do contrato³²².

Segundo tal teoria, ainda que o devedor não seja considerado culpado pela diminuição de sua renda, cabe a ele envidar todos os esforços para evitar danos ao credor. Isso significa oferecer, tanto quanto possível, pagamento parcial de sua prestação, ou o uso de seus bens para pagamento da dívida³²³.

A depender das circunstâncias que levaram à diminuição de renda – como a incapacidade para o trabalho –, seria possível aplicar as regras atinentes à impossibilidade da prestação, o que importaria a rescisão do contrato. Caso não haja culpa ou dolo do devedor pela alteração de sua renda, seria devido ao credor apenas a indenização por eventual enriquecimento sem causa do devedor em vista da execução do contrato³²⁴.

Tal raciocínio parte da perspectiva de que considerar uma pessoa física incondicionalmente responsável por sua habilidade de cumprir com suas obrigações é o mesmo que assumir a existência de um ambiente econômico de perene pleno emprego. É impor-lhe inteiramente a responsabilidade por ter sempre trabalho, enquanto as pessoas têm, em verdade, um direito ao emprego. A imputação cega desse tipo de responsabilidade seria um raciocínio adequado a contratos retirados da “esfera do capital”, como as avenças interempresariais³²⁵.

³²¹ REIFNER, Udo, *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung*. Darmstadt 1979 apud WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlin: Springer (s.d.), e-book, p. 195-197.

³²² Ibidem, loc. cit.

³²³ Ibidem, p. 197-199.

³²⁴ Ibidem, p. 197-199.

³²⁵ Ibidem, p. 195-197.

Essa teoria seria aplicável não só nos casos de desemprego, mas também em casos de doença, acidentes, diminuição compulsória da carga horária de trabalho³²⁶.

Dieter Medicus, por sua vez, defende a possibilidade de usar a teoria da base do negócio jurídico para adaptar o contrato à diminuição de renda do devedor. Para isso, parte do pressuposto de que seria uma assunção comum entre as partes que contratam um empréstimo bancário para uso pessoal que os redimentos do devedor não sofreriam uma diminuição no curso do contrato. Com efeito, é muito comum que instituições financeiras ofereçam crédito de acordo com a renda de seus clientes. A mudança de tais circunstâncias autorizaria, portanto, a revisão da avença³²⁷.

Assim, em caso de diminuição de renda inimputável ao devedor, seria possível assumir que o cumprimento inalterado do contrato é impraticável, ensejando a sua revisão, baseada na teoria da base objetiva do negócio³²⁸.

Na França, o artigo 1244-I do Code autoriza a concessão de um período de carência para pagamento do débito ou, ainda, o pagamento da dívida em prestações diluídas em até dois anos, considerando a situação do devedor e as necessidades do crédito. No período de carência, os juros poderiam correr a uma taxa reduzida, nunca menor do que a taxa legal³²⁹.

Além disso, poder-se-ia determinar que os pagamentos realizados pelo devedor fossem imputados primeiro ao débito principal. Tais benefícios, todavia,

³²⁶ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlim: Springer (s.d.), e-book, p. 195-197

³²⁷ MEDICUS, Dieter. Geld muss man haben. Apud WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlim: Springer (s.d.), e-book, p. 198-199.

³²⁸ Ibidem, p. 198-199.

³²⁹ FRANÇA. Code Civil, section 1244-I: "Nevertheless, account being taken of the situation of the debtor and considering the needs of the creditor, a judge may defer or spread out the payment of sums due over a time limit of no more than two years. By a special and properly grounded judgment, the judge may rule that the sums corresponding to the deferred payments shall carry interest at a reduced rate no less than the statutory rate or that the payments shall be imputed first to the principal. Furthermore, the judge may subordinate these measures to the performance by the debtor of acts apt to facilitate or guarantee the payment of the debt. The provisions of this Article shall not apply to debts of alimony". Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>. Acessado em 13.11.2017.

poderiam ser subordinados à realização, pelo credor, dos atos possíveis que facilitassem e garantissem o pagamento do débito³³⁰.

No Reino Unido, o British Consumer Credit Act possibilita que o juiz, considerando os meios do devedor e as necessidades do credor, estabeleça o pagamento parcelado de uma obrigação inadimplida.

Na Finlândia, por sua vez, a legislação referente aos “hire-purchase agreements” prevê a mitigação de sanções aplicáveis por inadimplemento, quando este tiver causa em doença, desemprego, ou outra situação similar que coloque o consumidor em necessidade, sem que ele tenha concorrido para tal alteração de circunstâncias³³¹.

Nestes casos, o credor fica desautorizado a requerer a devolução do bem comprado, ou executar outras sanções por inadimplemento. O limite desta benesse é medido por um parâmetro bastante subjetivo: considerando a extensão da mora e outras circunstâncias relevantes, a suspensão da multa e de outras sanções por inadimplemento não pode se tornar desarrazoada aos interesses do credor³³².

Thomas Wilhelmsson reporta também a existência de projetos de lei finlandeses que limitam o pagamento de multas em caso de rescisão de contrato de consumo por inadimplemento do consumidor. Caso o inadimplemento seja consequência de doença, desemprego ou outra circunstância fora do controle do devedor, será ele responsabilizado apenas pelos chamados “custos especiais”, que são os custos incorridos pelo credor na celebração, performance e rescisão do contrato. Nos demais casos, aos “custos especiais” somam-se outros danos decorrentes da rescisão do contrato, como lucros cessantes³³³.

Na jurisprudência, cita um interessante caso de rescisão antecipada de um contrato de locação em vista de necessidade existencial do locador. O contrato havia sido firmado pelo prazo de cinco anos. O locador era um senhor de então 96 anos. Após algum tempo, o locador requereu o imóvel de volta, antes mesmo da

³³⁰ Vide FRANÇA. Code Civil, section 1244-I. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>. Acessado em 13.11.2017.

³³¹ Artigo 16(1)(2) do Consumer Protection Act finlandês, disponível em <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1978/en19780038.pdf>. Acessado em 13.11.2017.

³³² Ibidem.

³³³ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlim: Springer, 1992, p. 144-146.

expiração do prazo da locação. A razão para a rescisão antecipada do contrato era, todavia, eloquente. O locador estava acometido por uma doença grave e seu médico recomendava que o locador se mudasse do lugar em que vivia, um apartamento pequeno e compartilhado inclusive com seus netos, ainda crianças.

Tendo em vista a necessidade urgente e existencial do locador, a Corte de Apelações de Helsinki houve por bem determinar a rescisão antecipada do contrato de locação. Tal alteração de circunstâncias operou no caso como espécie de “força maior social”, expressão utilizada por Wilhelmsson para identificar casos em que necessidades existenciais impedem o hígido implemento de uma prestação contratual³³⁴.

Note-se que, na maioria desses casos, seria artificial situar a *ratio* de uma intervenção judicial no plano de uma distorção da “contrapartida convencional”, ou nos objetivos comuns das partes. É fácil enxergar uma comunhão de objetivos quando se fala em proporcionalidade entre prestações, como na onerosidade excessiva objetiva. Essa comunhão de objetivos, todavia, inexistente no caso da onerosidade excessiva subjetiva.

Dai ser possível afirmar que a razão para obrigar uma parte a suportar uma revisão contratual nessas circunstâncias não reside em uma quebra de proporcionalidade, tampouco na normal repartição de riscos do contrato. Ela se aproximaria, indubitavelmente, da noção de solidarismo que justifica a resolução ou resilição pela frustração do fim do contrato de uma das partes.

A concreção desse solidarismo nos contratos é algo a ser delimitado por meio de um exercício de ponderação entre princípios. A função social do contrato exerce um importante papel nesta seara, porque veicula o resultado que a sociedade espera de uma ponderação de interesses na seara contratual.

Tome-se o exemplo do contrato de empréstimo entre instituição financeira e pessoa física, para uso pessoal, cujas parcelas se tornam gradativamente desproporcionais à renda do devedor, a ponto de afetar seu mínimo existencial.

³³⁴ WILHELMSSON, Thomas. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlim: Springer, 1992, p. 150-151.

Neste caso, a execução inalterada do contrato resultaria na privação do devedor de seu mínimo existencial. Uma alteração no programa contratual interferiria no objetivo de lucro da instituição financeira, mas poderia ter o condão de preservar o mínimo existencial do credor. Considerando que ambos os interesses são tutelados pelo ordenamento jurídico, devemos buscar uma solução que maximize o alcance de tais interesses.

No exercício dessa ponderação, a função social do contrato funciona como uma baliza material, que ilumina a ponderação entre os interesses acima descritos. Ora, o contrato tem por função regular trocas de bens entre as partes. É normal que, como resultado de tais transações, algumas pessoas detenham mais propriedades do que as outras. Todavia, a todos deve ser assegurado o mínimo necessário à sua sobrevivência. Assim, perde sua função social o contrato cuja execução priva uma das partes de seu mínimo existencial.

Não estando o contrato eivado de nulidade, resta retirar eficácia às cláusulas contratuais cuja execução, no caso concreto, ofendem o direito ao mínimo existencial e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Tratando-se tal intervenção judicial do fruto de uma ponderação entre interesses existenciais e não-existenciais, é necessário conferir-lhe balizas que maximizem a realização dos interesses conflitantes no caso concreto, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a intervenção no programa contratual deve proteger o direito ao mínimo existencial, mas ao mesmo tempo deve ser a que menores reflexos negativos implique ao interesse do credor.

No caso do empréstimo realizado entre instituição financeira e pessoa física – sem intento de lucro para esta última – uma intervenção judicial ótima poderia consistir no parcelamento da dívida, de modo que a execução do contrato deixe de privar o devedor de seu mínimo existencial. Em compensação a tal alteração, um montante maior de juros seria, ao final, pago à credora, devido ao maior protraimento das parcelas no tempo.

Caso semelhante foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2015. Tratava-se de um contrato de empréstimo, com autorização de desconto de parcelas em conta de livre movimentação da devedora. Durante a execução do

contrato, a devedora tornou-se mãe e foi a juízo requerer que os descontos perfomados em sua conta corrente deixassem de atingir valores referentes a seu salário, já que tal fato havia passado a deixar-lhe sob premente necessidade.

Em primeiro grau de jurisdição, uma intervenção contratual havia sido estabelecida em sentença para proibir a instituição financeira de proceder a descontos sobre as parcelas salariais da conta corrente da devedora. Em segundo grau de jurisdição, o Tribunal Paulista reconheceu a validade da avença, mas identificou a existência de uma onerosidade excessiva, dado o vulto das necessidades da autora.

Todavia, reformou a sentença para permitir o desconto de até 30% das parcelas salariais depositadas na conta corrente da autora, em interpretação analógica do artigo 2º, parágrafo 2º da Lei nº 10.820/2003, em sua redação então vigente, aplicável aos empréstimos consignados.

Na *ratio* da decisão estava o escopo de preservar o mínimo existencial de direito da devedora, a par da legalidade genética da cláusula que permitia o desconto de valores de sua conta de livre movimentação.

Tanto por isso, foi reformada a sentença também no ponto que condenava a ré ao pagamento de danos morais à autora pela suposta ilegalidade da retenção salarial:

**CONTRATOS BANCÁRIOS ABERTURA DE CRÉDITO EM
CONTA CORRENTE DE LIVRE
MOVIMENTAÇÃO AUTORIZAÇÃO PARA LANÇAMENTO DE
DÉBITOS NO SALDO EM CONTA CLÁUSULA CONTRATUAL
NÃO MACULADA POR ILEGALIDADE GENÉTICA**

**ONEROSIDADE EXCESSIVA, NO ENTANTO, IDENTIFICADA
EM CONCRETO NA DINÂMICA DA RELAÇÃO CONTRATUAL,
PRESENTE A REFLEXA RETENÇÃO SALARIAL
CARACTERIZADA.**

É lícita a cláusula contratual que, em contrato de abertura de crédito em conta corrente estabelece a possibilidade de lançamentos de débitos diretamente no saldo da conta corrente

de livre movimentação. Sem prejuízo, identificada em concreto a reflexa retenção salarial ou de verbas trabalhistas, a onerosidade excessiva daí decorrente autoriza a intervenção judicial integrativa da vontade das partes, para fins de imposição de limite na retenção assim operada, observado o parâmetro de trinta por cento dos vencimentos líquidos, em ordem a preservar-se o mínimo existencial em consonância com a diretriz constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de procedência da ação de obrigação de fazer cuja reforma parcial se impõe. Incontroversa inobservância do limite referido. Intervenção judicial integrativa da vontade das partes legitimada, ao menos em parte, disso não decorrendo a prática de ato ilícito por parte da instituição financeira credora que, até então, agiu sob o pálio de cláusula contratual a princípio plenamente válida. Dano moral não identificado na espécie.

(...)

A previsão normativa assim estabelecida corrobora, abstratamente considerada a questão, a legalidade da cláusula contratual em que escorada a conduta da instituição financeira ré, geneticamente válida. O que se identifica, na espécie, é a onerosidade superveniente, concretizada na dinâmica da relação contratual, a legitimar a intervenção judicial integrativa da vontade das partes, em ordem a buscar o restabelecimento da base objetiva do contrato, rompida pela integral indisponibilidade de verbas salariais³³⁵.

No ponto, a função social do contrato incidiu sobre a relação contratual para limitar o direito subjetivo de cobrança, a fim de preservar direito ao mínimo existencial da devedora.

Raciocínios semelhantes poderiam ser utilizados para aplicar aos contratos existenciais institutos como a impossibilidade subjetiva e a impraticabilidade de

³³⁵ BRASIL. TJSP. Apelação nº 9259015-79.2008.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator AIRTON PINHEIRO DE CASTRO. Julgamento em 28.04.2015. Publicação em 01.05.2015 (grifos nossos).

obrigações contratuais, quando a performance de tais prestações significar um prejuízo ao mínimo existencial ou, ainda um prejuízo desarrazoado a direitos fundamentais da pessoa humana. A razoabilidade do sacrifício de tais direitos deve ser aferida a partir da ponderação entre as relações interesse/sacrifício das partes, tal qual explicitado no item 2.5.2 deste trabalho.

4.3.4 A rescisão nos contratos existenciais e de lucro

Importantes diferenças também podem ser notadas quanto à rescisão de um contrato nas avenças existenciais e de lucro.

A rescisão é a extinção de uma avença pela vontade de uma das partes ou de ambos os contratantes. A rescisão bilateral equivale ao distrato. A rescisão unilateral consiste na declaração de um dos contratantes³³⁶. A rescisão ocorre, nos termos do artigo 473 do Código Civil, nos casos em que a lei a autoriza ou não a proíbe e impede de notificação à parte contrária.

A rescisão unilateral, como um direito potestativo, tem lugar em determinadas ocasiões. Pode ser possível porque o contrato foi firmado por prazo indeterminado. Nesse caso, presume-se a possibilidade de qualquer das partes rescindir o contrato, porque não se espera que elas permaneçam vinculadas indefinidamente. Por vezes, a rescisão se justifica porque a finalidade do contrato depende da manutenção de um elemento fiduciário, como no mandato. Ou ainda, porque as próprias partes se reservaram o direito de rescindir o contrato³³⁷.

O parágrafo único do artigo 473 do Código Civil impõe que a denúncia não opere imediatamente nos casos em que a uma das partes houver feito investimentos consideráveis para sua execução. Nestes casos, os efeitos da denúncia só entrarão em vigor depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

³³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 223.

³³⁷ *Ibidem*, loc. cit.

A *ratio* desse protraimento dos efeitos do contrato está na tutela das legítimas expectativas da parte afetada pela denúncia do contrato. Para que não se lhe cause prejuízo, a legislação impõe a amortização dos referidos investimentos e, só então, a efetiva extinção do contrato.

Nota-se, todavia, que o Código Civil tem uma visão bastante patrimonialista quanto ao impacto da rescisão unilateral de um contrato. Com efeito, quando a finalidade que a parte quer atingir com o contrato é existencial, a regulação contratual calcada tão somente na amortização de investimentos é inaplicável e ineficiente.

É o caso, por exemplo, da rescisão unilateral de planos de saúde pela operadora. O rompimento de um contrato que visa a garantir assistência médica e hospitalar é evento que tem potencialidade danosa enorme, porque pode acabar por privar o seu beneficiário de tratamentos essenciais à sua sobrevivência.

Tanto por isso, nas modalidades individual e familiar, o artigo 13 da Lei dos Planos de Saúde prevê a impossibilidade de rescisão unilateral imotivada da avença por parte da operadora. As hipóteses de rescisão estão adstritas aos casos de fraude e inadimplência por mais de sessenta dias, sendo necessário, ainda assim, aviso prévio da rescisão no quinquagésimo dia de mora. A rescisão é incabível em qualquer hipótese enquanto o titular estiver internado.

De se ver que a regulação dos planos de saúde restringiu significativamente a liberdade da operadora quanto à rescisão do contrato com ou sem justa causa. A regulação tem em mente a finalidade existencial de tais contratos, pelo que pretende minimizar os riscos de danos existenciais pelo término da avença.

Tal regulação deixa de se apoiar tão somente em uma ideia comutativa de justiça, porque prevê a extensão do contrato por um determinado tempo, ainda que haja inadimplemento por parte do titular. Seu viés distributivo é ressaltado pela proibição de rescisão em caso de internação do titular.

Ocorre, todavia, que essa normativa específica foi assinalada pelo legislador apenas aos contratos de natureza individual ou familiar. Para os contratos empresariais ou por adesão, restou a regulamentação tão somente por meio de atos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Não por outro motivo, nesta seara é que está o maior número de problemas relacionados a resilição. A Resolução Normativa ANS nº 195/2009, é o ato normativo que rege tais contratos. Segundo o artigo 17 da referida resolução, os planos de saúde empresariais e por adesão podem ser resilidos imotivadamente após o período inicial de 12 meses, com aviso prévio de 60 (sessenta) dias.

Ficam de fora da regulamentação, por exemplo, casos em que os beneficiários do plano de saúde resilido estão em meio a tratamentos críticos, internados, por exemplo. Em muitos casos, são essas as situações em que o Judiciário têm intervindo.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a empresa que fornecia aos seus empregados um plano de saúde empresarial demitiu todos os seus funcionários e cancelou o plano de saúde empresarial. Apenas um idoso empregado não havia sido demitido, porque em gozo de auxílio doença, devido a uma doença cardíaca.

Temendo a interrupção de seu tratamento médico, o usuário requereu sua manutenção no plano de saúde empresarial até o final de seu tratamento. Todavia, não preenchia os requisitos do artigo 30 da Lei dos Planos de Saúde para manutenção do plano de saúde, já que não era co-contribuinte do plano.

Ainda assim, o Tribunal carioca houve por bem manter o plano de saúde empresarial por tempo indeterminado, assumindo o usuário o custo integral de seu pagamento. Fundamentou sua decisão no fato de que o artigo 30 da Lei nº 9.656/1991 deveria ser interpretado da forma mais benéfica ao consumidor, nos termos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Em outro julgado, agora decidido pelo Tribunal Paulista³³⁸, um usuário beneficiado pelo referido artigo 30 da Lei dos Planos de Saúde viu o período complementar do plano empresarial acabar enquanto em tratamento de um câncer de próstata. Por isso, requereu judicialmente a extensão do referido contrato por mais três anos – tempo que provavelmente julgava necessário para realizar seu

³³⁸ BRASIL. TJSP. Apelação Cível nº 0110211-17.2011.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator FERREIRA DA CRUZ. Data do julgamento: 12/09/2012. Data de registro: 17/09/2012.

tratamento. Foi concedida tutela antecipada para manter o contrato vigente. A ação foi julgada procedente.

Em sede de apelação, o Tribunal Paulista reconheceu ser impossível estender o contrato por mais três anos, à luz da Lei dos Planos de Saúde. Segundo o relator, desprezar tais balizas legais seria permitir a perpetuação do contrato, o que desequilibraria a relação de consumo, a pretexto de equalizá-la.

Ponderando, todavia, que se tratava de um contrato existencial, em que a função social do contrato alçaria em espectro diferente, o Tribunal Paulista houve por bem manter os efeitos da tutela antecipada até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão, apenas para possibilitar ao beneficiário ingressar em outro plano de saúde, superando a respectiva carência, para continuidade de seu tratamento contra o câncer³³⁹.

Referida extensão do contrato não está prevista legalmente e foi concedida apenas para que o doente não interrompesse seu tratamento médico. Do ponto de vista processual, é bastante curioso também que uma liminar continue vigendo, mesmo depois de contrariada pelo julgamento da causa em segundo grau de

³³⁹ Vale conferir alguns trechos significativos do julgado: “Ao rigor desse raciocínio, visto que compatível com o tempo de permanência no plano do ex-empregado demitido sem justa causa, não se identifica desvantagem exagerada e/ou obrigação iníqua a partir do parâmetro definido pelo legislador infraconstitucional. (...) Seria fácil, em razão disso, mas muito fácil mesmo, julgar o pedido improcedente; entretanto, não se pode perder de vista que o contrato “sub examine” tem natureza existencial (ou não empresarial), classificação que hoje assume papel relevante, inclusive para adequado manejo da disciplina normativa contratual, tomado o bem da vida subjacente ao ajuste, qual seja, o atendimento à saúde do consumidor. (...) não se está a afirmar, aqui, a possibilidade de ampliação subjetiva do prazo limite de 24 meses previsto no art. 30, § 1º, da Lei nº 9.656/98, pois se assim fosse baliza alguma haveria para a proporcional manutenção do plano/seguro saúde em benefício do trabalhador demitido, que não faz jus à disciplina típica do obreiro aposentado. (...) *in casu*, considerando que o diagnóstico da patologia sobreveio no curso da prorrogação de cobertura e o V. Acórdão que em antecipação de tutela impôs à seguradora o dever de suportar todas as despesas decorrentes do tratamento de câncer de próstata que acometeu o Autor (fls. 112/116)17, circunstâncias que alumiam a boa-fé de Laércio, **razoável se mostra modular os efeitos do resultado no intuito de preservar o que já se ultimou ao longo do tempo. Adota-se uma variação da teoria do fato consumado, forte na preservação da dignidade da pessoa humana e na solidariedade constitucionalmente esperada, para chancelar o tratamento que se dispensou com base em decisão judicial preclusa; no entanto, agora com os olhos no futuro, sem prejuízo de ao autor ser possível aderir a outro ajuste, individual ou familiar, com a dispensa de novos prazos de carência.** A amplitude de cobertura, por óbvio, depende da espécie obrigacional eleita. Tal opção, se interesse houver, deve ser exercida no prazo de 30 dias após o trânsito em julgado, numa aplicação analógica da Resolução nº 19/1999 do CONSU (arts. 1º e 2º). (BRASIL. TJSP. Apelação Cível nº 0110211-17.2011.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator FERREIRA DA CRUZ. Data do julgamento: 12/09/2012. Data de registro: 17/09/2012, grifo nosso).

jurisdição. No fundo da consciência, contudo, o caso nos parece muito mais palatável com esse desate.

Em ambos os casos, a essencialidade do objeto contratado foi peça chave para que os tribunais dispensassem tutela protetiva aos usuários de planos de saúde. É nota comum entre eles que os beneficiários não detinham, por expressa disposição legal, direito à continuidade do plano de saúde.

Ainda assim, na situação delicada em que os contratantes se encontravam, a resilição unilateral do contrato geraria dano gravíssimo ao usuário. A interrupção abrupta do tratamento poderia significar a diminuição visível de suas chances de recuperação.

Assim, os tribunais interviram nos contratos de maneira a assegurar aos usuários de planos de saúde a continuidade de tratamentos críticos. Acima de uma justiça procedimental, baseou-se o tribunal numa racionalidade tendente a preservar necessidades básicas dos jurisdicionados, em atenção à função que tais contratos tinham na vida dessas pessoas.

A diferença entre os julgados reside, principalmente, na medida da intervenção judicial. Se o Tribunal Paulista se limitou a estender a vigência contratual por período suficiente à contratação de novo plano de saúde e superação de sua carência, o Tribunal Carioca distendeu a vigência do contrato até que terminasse o tratamento do autor.

Não estando as partes obrigadas a permanecer indefinidamente vinculadas ao contrato, a solução que melhor se coaduna ao caso é, ao invés de impor indefinidamente a manutenção de um contrato, proporcionar uma resilição que não prive o jurisdicionado do quanto necessário à manutenção de sua saúde.

Tutela qualitativamente diferente deve ser despendida aos contratos de natureza interempresarial. Neles, a natureza lucrativa dos contratos torna a regulação contratual menos intervencionista. A uma porque uma intervenção aguda nos contratos interempresariais anula ônus a serem arcados pela parte que comete erros de estratégia; a duas porque eventual abuso de direito tem dimensão exclusivamente pecuniária, podendo ser compensada financeiramente.

Assim é que, nos contratos de concessão mercantil, já se decidiu que, uma vez interrompida a relação contratual já há algum tempo, descabe a reativação do contrato. Eventual abuso na rescisão unilateral do contrato resolver-se-ia eficazmente em perdas e danos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO COMERCIAL. LEI Nº 6.729/79. RESCISÃO DE CONTRATO. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO.

É princípio básico do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor a sua continuidade quando uma das partes já manifestou a sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente caracterizado o abuso da rescisão, por isso responderá quem o tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano indenizatório.

Ausência do *fumus boni juris*, pressuposto indispensável para concessão de liminar.

Recurso conhecido e provido.

(...)

Não há dúvida que, sendo o contrato por prazo indeterminado, como é o caso dos autos, a Lei nº 6.729/79 permite a sua rescisão unilateral e imotivada, em face de sua explícita disposição acima mencionada. Ademais, não se pode olvidar do princípio básico do direito contratual de relações continuativas, segundo o qual nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor a sua continuidade quando uma das partes já manifestou a sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente, caracterizado o abuso da rescisão, quando for o caso, responderá quem o tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano indenizatório³⁴⁰.

³⁴⁰ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 534.105/MT. QUARTA TURMA. Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Julgado em 16/09/2003, DJ 19/12/2003, p. 487.

Note-se que a natureza essencialmente patrimonial do conflito torna a necessidade de intervenção judicial menos aguda nos contratos interempresariais. Afinal, a rescisão ilegal do contrato pode ser compensada por lucros cessantes, perdas e danos.

No caso de contratos que têm por objeto bens e serviços essenciais à subsistência humana, como planos de saúde, a ausência de uma intervenção judicial preliminar pode resultar em grave e irreversível prejuízo ao contratante necessitado.

Assim, mesmo considerando, nos casos acima, que os beneficiários não tinham direito à extensão do plano médico, impôs-se às operadoras o dever de manter os referidos benefícios. As mensalidades do plano, em contrapartida, deveriam ser pagas pelo beneficiário. Assim, converteu-se um perigo de dano existencial em uma obrigação pecuniária, tornando provável, assim, também a manutenção do mútuo gerido pela operadora de plano de saúde.

É inegável, todavia, que as decisões ora retratadas impuseram às operadoras de plano de saúde uma obrigação que está além da relação sacrifício/interesse por elas assumida; uma espécie de “responsabilidade social”, própria da função social do contrato em sentido estrito, atinente à produção de externalidades.

A justificativa da imposição de tal responsabilidade pode estar fundada na assunção de que, pela quantidade de contratos celebrados pelas operadoras e pelo correspondente lucro por elas auferido, é justo que tais operadoras lidem com as intercorrências existenciais de alguns de seus contratos. Eventuais custos inerentes à solução dessas intercorrências poderiam ser distribuídos entre todos os contratos firmados pelas operadoras, tornando-se um custo demasiado pequeno diante da monta do negócio.

Ainda que essa perspectiva seja reconfortante, não se pode deixar de mencionar que a imposição desse tipo de responsabilidade às operadoras de plano de saúde implica uma redistribuição de riscos não só à seguradora, mas aos demais usuários do plano, sem que tenha havido uma deliberação democrática a

respeito do tema, por meio da aprovação de uma lei expressa nesse sentido, por exemplo.

4.3.5 As consequências do inadimplemento

Nas hipóteses de inadimplemento contratual, também percebe-se diferenças no tratamento dos contratos existenciais e de lucro.

Com efeito, malgrado incontroversa a culpa contratual da parte inadimplente, não raro a própria legislação modera os efeitos do seu inadimplemento, a fim de proteger danos graves a interesses de cunho existencial.

É o caso, por exemplo, do inadimplemento em sede de contratos educacionais. Nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.870/1999, o aluno inadimplente não pode ser impedido de frequentar as aulas, realizar provas ou receber documentos escolares, como diplomas e certificados para transferência.

Tais restrições não impedem a cobrança das mensalidades escolares por outros meios, administrativos e judiciais. Ao mesmo tempo, a regulação do tema impede que o aluno perca a parte do ano ou semestre letivo cursado, e que não poderá ser aproveitada caso não se lhe conceda a oportunidade de terminar a etapa escolar correspondente.

Referida lei impõe, assim, uma redistribuição de riscos entre alunos e escola. Garante-se ao aluno, mesmo inadimplente, o direito de cursar o período escolar até seu fim. Em contrapartida, a escola embute no preço das mensalidades o risco de ter que arcar com os custos de um aluno inadimplente no lapso de um período letivo.

Um raciocínio atento às necessidades existenciais que se busca satisfazer com o contrato também é aplicável, por exemplo, aos contratos de fornecimento de água e luz. Com efeito, tais serviços são essenciais para a manutenção das condições básicas de sobrevivência das pessoas. Tanto por isso, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor enuncia que, por sua essencialidade, tais serviços devem ser contínuos.

Debate-se na doutrina e na jurisprudência, portanto, se o inadimplemento em sede de contratos de água e luz pode ensejar, afinal, corte no fornecimento.

O artigo 6º, parágrafo 3º, II, da Lei nº 9.987/1995, bem como o artigo 40, inciso V, da Lei 11.445/2007, estabelecem a possibilidade de corte de energia elétrica e água por inadimplência, mediante prévio aviso.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, tem entendimento pacificado no sentido de que o corte de luz só é admissível quanto ao atraso de pagamento de conta relativa ao último mês de consumo. Quando o débito se torna pretérito, resta à concessionária os demais meios de cobrança da conta. Assim, restringe-se no tempo eventual corte de energia elétrica, evitando que o usuário fique indefinidamente sem serviços mínimos à sua existência digna³⁴¹.

Trata-se de mais um caso de “ressecuritização” dos custos de proteção de direitos existenciais nas relações privadas.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy propõe algumas balizas para solucionar a questão, como (i) a fixação de prazos razoáveis para quitação; (ii) o fornecimento de quotas mínimas para atendimento básico do consumidor³⁴².

Mais uma vez, a presença de interesses relativos à subsistência humana demanda uma atuação judiciária que se descole minimamente de princípios exclusivamente de justiça comutativa, para garantir proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim, partindo de uma necessária ponderação entre o interesse existencial ameaçado pelo corte de fornecimento de serviços básicos e os interesses da concessionária de serviços públicos, deve-se encontrar um ponto de maximização de direitos fundamentais.

³⁴¹ BRASIL. STJ, AgRg no Ag 1320867/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 19/06/2017. BRASIL. STJ, REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017. BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 180.362/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016.

³⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social dos contratos: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177.

Assim, reputa-se recomendável adotar tutela que proteja a dignidade da pessoa humana do contratante, intervindo da maneira mais branda possível no desenvolvimento do contrato.

Na esteira das soluções apontadas acima, entendemos se coadunar com esse entedimento a limitação temporal da possibilidade de corte de energia elétrica e água, bem como o fornecimento de quotas mínimas que garantam a subsistência minimamente digna do devedor.

Note-se que, no caso de contratos de lucro ou interempresariais, essa “ressecuritização” de custos afeta a repartição de riscos assumidos por meio do contrato e indulgencia o empresário potencialmente negligente na condução da atividade empresarial, não sendo tal racionalidade adequada à lógica da categoria, em especial, tampouco aos contratos de lucro em geral.

CONCLUSÃO

Pudemos concluir que:

1. A razão de ser da dicotomia “existencial v. lucro” reside na necessidade de balizas diferentes de intervenção judicial nos contratos, de acordo com a finalidade da avença, se existencial ou de lucro.
2. Contratos de lucro são aqueles cuja causa aponta ao escopo bilateral de lucro. Podem ser firmados entre empresários, entre empresário e pessoa física, ou entre duas pessoas naturais, desde que as referidas pessoas naturais tenham intento de lucro.
3. Na seara dos contratos de lucro, a intervenção judicial deve ser mais parcimoniosa. É salutar, até necessário, que agentes econômicos ineficientes sejam expulsos do mercado. Faz parte do jogo concorrencial que os agentes econômicos paguem o preço por terem adotado estratégias equivocadas. A neutralização de erros inviabiliza a competição inerente a uma economia de mercado; torna-a desinteressante do ponto de vista da inovação e do empreendedorismo.
4. Os contratos exercem um papel indispensável na atividade empresarial. Contratos instrumentalizam as relações interempresariais, tornando-as estáveis. Afastam o oportunismo dos agentes econômicos e tornam viáveis trocas de insumos e serviços inerentes à atividade empresarial. É natural que a estratégia dos agentes econômicos até o lucro esteja estruturada em contratos. Uma intervenção aguda nesse ambiente institucional tem justamente o efeito de neutralizar erros estratégicos, retirando o prêmio – maior lucro – daqueles empresários que adotaram estratégias mais eficientes.
5. Os contratos existenciais, por sua vez, são aqueles em que ao menos uma das partes é pessoa física e busca satisfazer, diretamente por meio do contrato, direitos fundamentais ligados à subsistência humana. Tais

necessidades estão intimamente ligadas a direitos fundamentais sociais, como educação, saúde, moradia, alimentação, entre outros.

6. Nesse ambiente, a competição inerente ao ambiente empresarial não tem sentido. Isso porque as pessoas naturais têm um valor intrínseco, uma dignidade, ou, nas palavras de Azevedo, “não são descartáveis”³⁴³.
7. Em uma economia de mercado, como a brasileira, vários dos bens e serviços essenciais ao desenvolvimento de tais pessoas são adquiridos por meio de relações contratuais. A imprescindibilidade de determinadas contratações para a subsistência de seres que têm um valor intrínseco é o que justificaria uma dogmática diferente para tais contratações, incluindo uma intervenção judicial mais aguda nos contratos ditos existenciais.
8. Para além dos contratos existenciais, seria possível identificar traços existenciais em contratos firmados por pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos, desde que tais contratos instrumentalizem ou afetem tais interesses existenciais de terceiros.
9. Contratos firmados por pequenas empresas não podem ser alçados ao patamar de contratos existenciais, porque isso importaria retirar-lhes indevidamente da lógica comercial. Ainda assim, é possível que se encontrem traços existenciais em tais contratos, na medida em que sua execução possa afetar direitos fundamentais imprescindíveis à subsistência humana.
10. Os contratos existenciais e de lucro são diferenciados, na obra de Antônio Junqueira e Azevedo, pela análise conjunta do objeto da contratação e de sua finalidade para um ou ambos contratantes. Na teoria do negócio jurídico, a finalidade da contratação é estudada não pela análise fragmentada dos elementos “objeto” e “contratante”, mas sob o signo da causa final. O conceito de causa final instrumentaliza a discussão sobre até que ponto o interesse que uma das partes tem no contrato é de tamanha relevância a ponto de afetar sua regulação.

³⁴³ ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, abril-junho/2008, p. 304/305.

11. Uma das justificativas para a intervenção na regulação de contratos existenciais com base no interesse visado pelo contratante está na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tendo em vista que os contratos existenciais instrumentalizam a satisfação de necessidades primeiras ou de alta relevância para o desenvolvimento da personalidade, caberia ao Estado regular os referidos contratos de maneira a respeitar e promover os direitos fundamentais ligados à satisfação das referidas necessidades.
12. Os direitos fundamentais influenciam as relações privadas de maneira mediata quando (i) tornam nulas leis aplicáveis às relações privadas e ofensivas a tais direitos; (ii) são utilizados como parâmetros de interpretação de regras e aplicação de cláusulas gerais. Referida influência se dá de maneira imediata quando as disposições constitucionais são utilizadas sem mediação na resolução de conflitos entre privados.
13. Se houver regra legal ou cláusula geral aplicável ao conflito privado que envolva direitos fundamentais, considera-se obrigatória a utilização dos referidos dispositivos na resolução da disputa, adotando então o método da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso pode significar, na prática, a declaração da inconstitucionalidade de um dispositivo legal, sua interpretação conforme a Constituição. Apenas na ausência de dispositivo legal cabível, a utilização da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é permitida.
14. Enquanto a legislação traduz os direitos fundamentais à linguagem bilateral das relações particulares, a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas impescinde de uma adaptação do sentido de tais direitos às relações de direito privado³⁴⁴. A relação de direito privado merece

³⁴⁴ No mesmo sentido: COLLINS, Hugh. On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. **LSE, Law, Society and Economy Working Papers 7/2012**. London School of Economics and Political Science, p. 25/26. Disponível em www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 528. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina (s.d.), p. 1288; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 259.

tratamento diferente porque ambas as partes em conflito detêm direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre com as relações de direito público, em que apenas o cidadão exerce direitos fundamentais.

15. Pela via direta ou indireta, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá por meio de um sopesamento. No campo contratual, sugere-se que tal sopesamento seja realizado a partir da análise conjunta das relações de interesse/sacrifício que subjazem o contrato, utilizando-se critérios de adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Na comparação entre tais relações interesse/sacrifício é que sobressairá um conflito entre direitos fundamentais e, mais abstratamente, entre a obrigatoriedade dos contratos e um direito fundamental.
16. Caso a análise dessa relação aponte uma restrição insuportável a um direito fundamental, de fato a autonomia privada poderá eventualmente ceder parte de seu espaço para acomodar outro direito fundamental. Nesse caso, ocorre uma intervenção judicial no contrato.
17. O uso da proporcionalidade como guia de argumentação é instrumento que controla tão somente o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Ao final do teste de proporcionalidade, nenhuma das máximas do princípio da proporcionalidade consegue controlar a valoração material dos direitos fundamentais em jogo nas relações contratuais. É o operador quem dita qual a medida da importância de cada um dos direitos fundamentais em jogo para dizer, afinal, que um direito é importante o suficiente a ponto de justificar um certo sacrifício de outro direito fundamental.
18. Os conceitos de contrato existencial e de lucro representam uma tomada de posição valorativa sobre como a regulação contratual deveria se comportar em cada uma destas categorias, como uma diretriz para a formulação de precedências “prima facie” a serem aplicadas às relações contratuais.
19. A doutrina reconhece que o contrato é um dos principais meios de distribuição de riquezas em uma sociedade capitalista e liberal. Ao mesmo tempo, reconhece-se a importância que tal distribuição de riqueza tem para

a fruição de direitos fundamentais, para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

20. Por isso, a doutrina nacional e estrangeira oferece modelos regulatórios que procuram moldar a disciplina jurídica do contrato a fim de proteger a fruição de tais direitos fundamentais, muitas vezes ligados à concretização de direitos sociais, no caso dos contratos existenciais.
21. Modelos regulatórios que priorizam a proteção absoluta do mínimo existencial, concebido como as condições básicas para a sobrevivência da pessoa humana e sua inserção econômico-social, não levam em conta a ausência de culpa do contratante necessitado para lhe conferir proteção. É o que se vê nos casos de regulação dos efeitos dos contratos de empréstimo em caso de superendividamento no Brasil.
22. Na Finlândia, há legislação que proporciona maiores benesses ao contratante necessitado mas, para isso, exige que o contratante necessitado não tenha concorrido para a configuração da situação de necessidade tutelada. É o caso da possibilidade de alteração do programa de cumprimento das obrigações de um contratante, quando se encontra em situação de desemprego, baixa-renda, doença, por razões que independem de seus esforços.
23. Tais modelos regulatórios não são excludentes. Ao contrário, vê-se vantagem em que sejam combinados para que o conceito de contrato existencial sirva a uma tutela mais abrangente de necessidades sociais.
24. A função social do contrato ressalta a importância global dos arranjos contratuais no atingimento dos objetivos de um Estado Social de Direito. Remete o instituto jurídico do contrato à sua função econômico-social, à operação econômica a ele subjacente, inserindo-o numa ordem de valores pluralista. Propõe uma conciliação entre a fruição de direitos subjetivos, como a propriedade, e as metas de bem-estar da sociedade.
25. Impõe-se, portanto, um dever de solidariedade entre privados, na seara contratual, para que se chegue ao sucesso deste modelo de Estado.

26. Como cláusula geral, a medida dos deveres impostos pela função social do contrato deve ser retirada da ideia de ordem econômica fulcrada na Constituição, especialmente em seus artigos 1º, 3º, 6º e 170 da Constituição Federal.
27. Iluminados por tais disposições, chega-se à conclusão de que a função social do contrato não reside na deturpação das finalidades econômicas do contrato, porque isso fatalmente feriria a livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica.
28. Se a função econômica do contrato é, como vimos acima, a circulação de riquezas, a função social do contrato deve assegurar que tal circulação de riquezas contemple todos os objetivos e princípios acima elencados.
29. Assim, a execução de um contrato não pode retirar do devedor os meios para sua existência digna. Tampouco pode ofender o meio ambiente, a livre iniciativa. Por uma questão de solidariedade, a função social do contrato deve fazer surgir deveres laterais de conduta quando as riquezas que circulam por meio dos contratos atinam diretamente a direitos sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, nos termos do rol exemplificativo contido no artigo 6º da Constituição Federal.
30. A função social também valora a causa de um contrato a partir da relevância que determinadas finalidades perseguidas pelo contrato têm para direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana. E, nesse ponto, impõe limites à liberdade dos contratantes, quando não lhes permite executar uma obrigação até suas últimas consequências, ou lhes impõe deveres laterais de conduta.
31. A influência de tais ditames constitucionais nas avenças, por meio da cláusula geral da função social do contrato, tem o condão de limitar situações jurídicas subjetivas, e de impor ao titular do direito o dever de respeito a interesses de relevância ímpar, como a preservação da dignidade humana do contratante.

32. Enquanto a causa final concreta identifica a função econômico-social de um determinado contrato, a função social retira esse dado do plano da existência do negócio jurídico para compará-lo a um padrão esperado de circulação de riquezas, ou de justiça contratual.
33. No plano da eficácia, a disfunção da causa é tratada como uma distorção da função social do contrato em sentido amplo ou estrito. A função social em sentido amplo, tal qual delineada por Tomasevicius Filho, determina a aplicação das consequências da impossibilidade superveniente, da onerosidade excessiva, determina a limitação de faculdades, para que seu exercício não implique o sacrifício desproporcional de direitos de alta relevância para o desenvolvimento da personalidade do parceiro contratual. Impõe deveres laterais, no mesmo sentido.
34. A função social em sentido estrito se aplica aos casos em que o contrato produz externalidades, ou violações a direitos metaindividuais. Quando não houver lei que regule a compensação de tais externalidades, as cláusulas contratuais que as produzem devem ser consideradas ineficazes. As consequências de uma tal ineficácia devem ser tratadas, entre os contratantes, de acordo com as regras de impossibilidade da prestação.
35. Partindo da premissa de que todo contrato tem causa, é possível acessar o plano da existência do negócio jurídico para dele abstrair a finalidade que os agentes perseguem com a realização do contrato. Da análise de tais finalidades é que se extrai se o contrato se encaixa entre as categorias existencial ou de lucro, para então determinar a sua disciplina específica.
36. Observa-se, todavia, que no plano da eficácia, a função social do contrato pode afetar o programa contratual, não porque a causa do referido contrato não condiz com sua função social, mas porque sua execução passa a (i) afetar direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente saudável, ou (ii) ofender direitos individuais de relevantíssima importância ao desenvolvimento da personalidade de um contratantes.
37. No plano da validade, dadas as consequências drásticas decorrentes da nulidade ou anulabilidade de um pacto, a formulação das hipóteses desses

fenômenos é questão de política legislativa. Dai porque a cláusula geral da função social do contrato é inapta à elaboração de novos casos de nulidade ou anulabilidade de contratos.

38. Ainda assim, uma parte significativa das hipóteses desses fenômenos encontra razão de ser na função social dos contratos e searas de aplicabilidade maiores ou menores, a depender tratar-se de contrato existencial ou de lucro.
39. A título de exemplo, a finalidade empresarial de uma avença torna-a incompatível com o instituto da lesão por inexperiência ou premente necessidade. Ser condescendente com a falta de experiência na seara empresarial seria o mesmo que neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis do mercado. Também é difícil pensar hipóteses em que uma contratação mais onerosa devido à premente necessidade de uma empresa não esteja incluída na álea normal de um negócio.
40. No plano da eficácia, a onerosidade excessiva se aplica de maneira diferente nos contratos existenciais e de lucro. Nos contratos de lucro, a onerosidade excessiva deve se aplicar para conservar a causa sinalagmática, ou a contrapartida convencionada entre as partes, em atenção à repartição de riscos entabulada na avença.
41. Nos contratos existenciais, a onerosidade excessiva pode se fundar não só na conservação da causa sinalagmática, mas também na alteração de circunstâncias que mude a capacidade que uma das partes detém de cumprir com sua obrigação sem prejuízo de seu mínimo existencial.
42. Um exemplo disso seria o de um empréstimo cujo valor da parcela se torna gradativamente desproporcional à própria renda do devedor, até comprometer sua subsistência, por circunstâncias supervenientes - como o desemprego, o congelamento de salários, o superendividamento.
43. Tratando-se tal intervenção judicial do fruto de uma ponderação entre interesses existenciais e não-existenciais, é necessário conferir-lhe balizas que maximizem a realização dos interesses conflitantes no caso concreto, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico.

44. Assim, a intervenção no programa contratual deve proteger a fruição do direitos fundamental ligado à subsistência huaman, mas ao mesmo tempo deve ser a que menores reflexos negativos implique ao interesse do credor. Uma intervenção judicial ótima poderia consistir no parcelamento da dívida, no caso da desproporcionalidade superveniente do emprétimo, de modo que a execução do contrato deixe de privar o devedor de seu mínimo existencial. Em compensação a tal alteração, um montante maior de juros seria, ao final, pago à credora, devido ao maior protraimento das parcelas no tempo.
45. Raciocínio semelhante poderia ser utilizado para aplicar aos contratos existenciais institutos como a impossibilidade subjetiva e a impraticabilidade de obrigações contratuais, quando a performance de tais prestações significar um prejuízo ao mínimo existencial ou, ainda um prejuízo desarrazoado a direitos fundamentais da pessoa humana. A razoabilidade do sacrifício de tais direitos deve ser aferida a partir da ponderação entre as relações interesse/sacrifício das partes, tal qual explicitado no item 2.5.2 deste trabalho.
46. Nos contratos de lucro, a natureza exclusivamente patrimonial do conflito torna a necessidade de intervenção judicial menos aguda. A rescisão ilegal do contrato, por exemplo, pode ser compensada por uma indenização.
47. Nos contratos existenciais, a potencialidade de dano irreversível a bens como a saúde torna a intervenção judicial potencialmente mais aguda. Em alguns casos práticos, verificou-se, implicitamente, a imposição de uma responsabilidade social a grandes empresas, como planos de saúde, para além da relação sacrifício/interesse comportada pelo contrato.
48. Esse tipo de raciocínio judicial implica uma espécie de “ressecuritização” de riscos, transferindo aos demais consumidores os custos da responsabilidade social imposta em tais casos práticos. Embora essa ressecuritização seja desejável em muitos pontos, não é adequado que ela seja imposta sem uma deliberação democrática a esse respeito na esfera legislativa.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 45, p. 91-110, jan-mar 2011.
- ALEMANHA. **Basic Law for the Federal Republic of Germany**. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0021. Acessado em 12.07.2017.
- _____. **BVerfGE 7, 198, 15.01.1958**. Tradução de Tony Weir. Copyright: Professor Basil Markesinis. Disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>. Acessado em 28.07.2017.
- _____. **German Civil Code BGB**. Acessível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1141. Acessado em 12.07.2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: 2014.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Causa e consideration. **Revista Ajuris**, nº 35, ano XVIII. Porto Alegre: Ajuris, p. 276-284, nov. 1991.
- AQUINO, Santo Tomás de. Whether it is lawful for a man to possess things as his own. In: **Summa Theologica**. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.
- _____. Whether it is natural for man to possess external things. In: **Summa Theologica**. Disponível em <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.pdf>. Acessado em 30.11.2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Metaphysics**. W.D. Ross (trad.). 1994. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Aristotle/metaphysics.5.v.html>. Acessado em 18.05.2016.

_____. **Política**. Livro II, Capítulo II. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_acti on=&co obra=6486. Acessado em 30.11.2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**. 1986.

_____. Princípios do novo direito contratual. Desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato. Responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: **RT**, ano 87, vol. 750, p. 113-120, abril/1998.

_____. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. In: **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 832, p. 115-137, fev. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58/2007, p. 129-173, jan/março de 2007. Acessado pela versão eletrônica disponível em www.rtonline.com.br. Último acesso em 10.07.2017.

BAZYLER, Michael J. Contemporary Legal Lessons from the Holocaust. In: **Jewish Political Studies Review**, vol. 19, nº 1/2, p. 15-23, primavera de 2007.

- BENACCHIO, Marcelo. Inadimplemento das Obrigações. Renan Lotufo e Giovanni Nanni (org.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 542-570.
- BERALDO, Leonardo de Faria. **Função Social do Contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BESSONE, Darcy. **Do contrato (teoria geral)**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Fernando de Noronha (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1970.
- BÍBLIA SAGRADA. Disponível em:
<http://liturgiadiaria.cnbb.org.br/app/user/user/UserView.php?ano=2017&mes=10&dia=29>.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A teoria Aristotélica da Justiça. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, p. 53-73, ano 92 (1997).
- BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 6, p. 69-94, out-dez/2015.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Federal nº 1.572/2001. Disponível em
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acessado em 11.11.2017.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas da população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2016**. Disponível em

[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas de Populacao/Estimativas 2016/estimativa dou 2016 20160913.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf). Acesso em 23.04.2017.

_____. STF. Recurso extraordinário nº 161243. Tribunal Pleno. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Julgado em 07/10/1999, DJ 17-12-1999 PP-00004 EMENT VOL-01976-02 PP-00415.

_____. STF. Recurso extraordinário nº 158215/RS. SEGUNDA TURMA, Ministro Relator MARCO AURÉLIO. Julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757.

_____. STF. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. 2ª Turma. Ministra Relatora ELLEN GRACIE NORTHFLEET. Ministro Relator para o acórdão GILMAR FERREIRA MENDES. Julgamento em 11.10.2005.

_____. STF. Recurso Extraordinário nº 683751. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgado em 24/06/2015, publicado em 01/07/2015.

_____. STJ. Recurso Especial nº 534.105/MT. QUARTA TURMA. Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Julgado em 16/09/2003, DJ 19/12/2003, p. 487.

_____. STJ. Recurso especial nº 936.741 – GO. Quarta turma. Relator Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA. Julgado em 09.03.2011. Publicado em 08.03.2012.

_____. STJ. Resp nº 1320805/SP. 4ª Turma. Ministra relatora MARIA ISABEL GALLOTTI. Julgamento em 05.12.2013. Publicação em 17.10.2013.

_____. STJ. AgRg no AResp nº 7865/RO. 4ª Turma. Julgamento em 20.02.2014. Publicação em 05.03.2014.

_____. STJ. AgRg no Resp nº 1431932. 3ª Turma. Ministro relator SIDNEI BENETI. Julgamento em 27.05.2014. Publicação em 09.06.2014.

_____. STJ. AgRg no Resp nº 1457098/DF. 4ª Turma. Ministro relator LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgamento em 28.04.2015. Publicação em 05.05.2015.

_____. STJ. AgRg no AResp nº 655341/MG. 4ª Turma. Ministro relator RAUL ARAÚJO. Julgamento em 05.05.2015. Publicação em 05.05.2015.

_____. STJ. AgRg no Resp nº 1523036/RS. 3ª Turma. Ministro relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Julgamento em 02.06.2015. Publicação em 16.06.2015.

- _____. STJ. AgRg no AREsp 180.362/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016
- _____. STJ. REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017.
- _____. STJ. AgRg no Ag 1320867/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 19/06/2017.
- _____. TJDF. Apelação nº 20130111709368APC (Acórdão n.834965). 5ª TURMA CÍVEL. Desembargador Relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS. Desembargador Revisor SEBASTIÃO COELHO. Data de Julgamento: 26/11/2014. Publicado no DJE: 02/12/2014, pág.: 348 (grifo nosso).
- _____. TJSP. Agravo de instrumento nº 0087723-77.2011.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator FRANCISCO THOMAZ. Julgado em 03.08.2011. Registrado em 08.08.2011.
- _____. TJSP. Apelação Cível nº 0110211-17.2011.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator FERREIRA DA CRUZ. Data do julgamento: 12/09/2012. Data de registro: 17/09/2012.
- _____. TJSP. Apelação nº 0017634-98.2008.8.26.0302. 10ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO GARBI. Julgamento em 11.06.2013. Publicação em 13.06.2013.
- _____. TJSP. Apelação nº 0062812-58.2012.8.26.0002. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator ALEXANDRE LAZZARINI. Julgamento em 14.10.2014. Publicação em 15.10.2014.
- _____. TJSP. Apelação nº 0130620-77.2012.8.26.0100. 3ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO DE SALLES. Julgamento em 13.08.2014. Publicação em 12.08.2014.
- _____. TJSP. Apelação nº 9259015-79.2008.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator Airton Pinheiro de Castro. Julgamento em 28.04.2015. Publicação em 01.05.2015.

_____. TJSP. Agravo de instrumento nº 0000109-92.2015. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator LUIZ ANTONIO COSTA. Data de julgamento: 23/06/2015.

_____. TJSP. Apelação nº 1000853-87.2014.8.26.0038. 10ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator CARLOS ALBERTO GARBI. Julgamento em 25.08.2015. Publicação em 28.08.2015.

_____. TJSP. Apelação nº 10095045-82.3015.8.26.0011. 9ª Câmara de Direito Privado. Desembargador relator ALEXANDRE LAZZARINI. Julgado em 15.03.2016. Publicado em 16.03.2016.

_____. TJSP. Apelação nº 1007422-78.2015.8.26.0100. Desembargador Relator RÔMOLO RUSSO. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13/02/2017. Data de registro: 13/02/2017.

_____. TJSP. Apelação nº 1119173-07.2014.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator RÔMULO RUSSO. Data de julgamento: 14/02/2017. Data de registro: 14/02/2017.

_____. TJSP. Apelação nº 1017943-40.2015.8.26.0405. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES. Data do julgamento: 24/03/2017. Data de registro: 28/03/2017.

BROWSWORD, Roger; HOWELLS, Geraint; WILHELMSSON, Thomas. **Welfarism in Contract Law**. Aldershot: Dartmouth Publishing Book, 1994.

BUERES, Alberto J. **Objeto del negocio jurídico**. 2ª edição. Buenos Aires: Hammulabi, 1998.

CALASSO, Francesco. **Medio evo del diritto**. Milão: Giuffrè, 1954.

_____. **Il Negozio giuridico: lezioni di storia del diritto italiano**. 2ª edição. Milão: Giuffrè, 1967.

CAMPBELL, David. Reflexivity and welfarism in the modern law of contract. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, p. 477-498, n. 3 (2000).

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1959.

- CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (trad.). Edição de julho/2003. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- CAPITANT, Henri Lucien. **De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)**. 3ª edição. Paris: Dalloz, 1927.
- CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no Direito Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-19112010-082708. Acesso em: 18.04.2017;
- CASTRO, Torquato. **Da Causa no Contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985.
- CHEREDNYCHENCO, Olha. Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity? In: **Utrecht Law Review**, vol. 3, issue 2, p. 1-25, (December) 2007. Disponível em <http://www.utrechtlawreview.org/>.
- _____ ; REICH, Norbert. The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges (October 12, 2015). **European Review of Private Law**, Vol. 23, No. 5, p. 797-827, 2015. University of Groningen Faculty of Law Research Paper 2016-03. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2719739>. Acesso em 27.01.2017.
- COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- COLLINS, Hugh. Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization. **LSE, Society and Economy Working Papers 6/2007**, p. 1-21. London School of Economics and Political Science, Law Department. Disponível em

<http://eprints.lse.ac.uk/24628/1/WPS06-2007Collins.pdf>. Acessado em 08.05.2017.

COLLINS, Hugh. On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. **LSE, Law, Society and Economy Working Papers 7/2012**. London School of Economics and Political Science, p. 1-44. Disponível em www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Acessado em 08.05.2017.

COMISSÃO Europeia propõe um direito europeu comum facultativo dos contratos de compra e venda para fomentar o comércio e aumentar as escolhas dos consumidores. Bruxelas, 11.10.2011. In: **European Commission Press Release Database**. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1175_pt.htm. Acessado em 18.04.2016.

D'ADDIO, Mario. La crisi dello Stato Liberale e l'avvento dello Stato Fascista. In: **II Politico**, vol. 65, nº 4 (191), p. 501-561, out/dez de 1999. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/43101905>. Acessado em 18.07.2017.

DEIAB, Felipe Rocha. O alargamento do conceito de impossibilidade no direito das obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato. In: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 05, nº 01, p. 137-177, ISSN 1516-0351.

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los Limites de los derechos fundamentales e nas relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DEL NERO, João Schutzer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, p. 79-97, volume 3, 1997.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho (publico y privado)**. Adolfo G. Posada Y Ramos Jaén (trad.). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. In: **Critical Inquiry**, vol. 9, nº 1, The Politics of Interpretation (September 1982), p. 179–200, University of Chicago Press. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1343279>. Acessado em 02.07.2017.

_____. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

_____. **Taking Rights Seriously**. Londres: Bloomsbury, 2013 Originalmente publicado em 1978.

ENTREVISTA: Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 9, vol. 34, p. 91-110, abril-junho/2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAUVARQUE-CÓSSON, Benedicte. The French Contract Law Reform in a European Context. In: **ELTE Law Journal**, 2014/1, p. 59-71. Acessível em <http://eltelawjournal.hu/french-contract-law-reform-european-context/>. Acessado em 31.05.2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dollabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, nº 189, p. 105-131, jan/mar 2008.

FERRAZ, Patricia Sá Moreira de Figueiredo. **A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos**: a concorrência na aplicação da regra dos artigos 317 e 478 do Código Civil vigente. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-16052016-163448. Acesso em: 17.04.2017.

FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. RT: São Paulo, vol. 79, p. 265-308, jul/2011. Disponível em: <http://revistadosribunais.com.br>. Acessado em 01.10.2014.

FINLÂNDIA. Consumer Protection Act. Disponível em <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1978/en19780038.df>. Acessado em 13.11.2017.

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA. **Code Civil**. Versão consolidada em 1º de julho de 2016. Acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acessado em 12.07.2016.

_____. **Ordonnance 2016-131**. Acessível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>. Acessado em 12.07.2016.

_____. **Projet de Loi nº 3928**. Acessível em <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3928.asp>. Acessado em 12.07.2016.

FULLER, Lon. L. Positivism and Fidelity to Law: a reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, vol. 71, nº 4, p. 630-672, fevereiro/1958.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Pratis Albentosa (trad.). Madrid: Tirant lo Blanch.

_____. **Il Negozio Giuridico**. Milão: Giuffrè, 1988.

GHESTIN, Jacques. **Cause de l'engagement et validité du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. A.M. Hespanha e I. M. Macaísta Malheiros (trad.). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva: 2004.

GOGLIANO, Daisy. A Função Social do Contrato (causa ou motivo). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 99, p. 153-198, ano 2004. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67622>. Acessado em 06.06.2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, revista, atualizada e aumentada. Antônio Junqueira de Azevedo; Francisco Paulo de Crescenzo Marino (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- GORLA, Gino. **Il Contratto: I – Lineamenti Generali**. Milão: Giuffrè, 1954.
- GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 96, p. 423-433, 2001.
- HADDAD, Luís Gustavo. **Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.
- HENTZ, André Soares. **Ética nas relações sociais à luz do Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: **Estudos jurídicos**, vol. 19, nº 47, p. 95-112, setembro/dezembro 1986.
- KENNEDY, Duncan. The paradox of American critical legalism. In: **European Law Journal**, vol. 3, nº 4, p. 359-377, dezembro de 1997.
- _____. Distributive and Paternalist motives in Contract and Tort Law, with special reference to Compulsory terms and unequal bargaining power. In: **Maryland Law Review**, vo. 41, issue 4, article 4, p. 563-658. Disponível em <https://dash.harvard.edu/handle/1/13548423>. Acessado em 11.11.2017.
- KOSLOWSKI P. Commutative Justice. In: **Principles of Ethical Economy. Issues in Business Ethics**, vol 17, p. 184-210. Dordrecht: Springer, 2001.
- LARENZ, Karl. **Base del negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos**. Carlos Fernández Rodríguez (trad). Granada: Editorial Comares, 2002.
- _____. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Carlos Fernandez Rodriguez (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LEWAN, Kenneth M. The significance of constitutional rights for Private Law: theory and practice in West Germany. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 17, nº 3, p. 571-601 (jul/1968).

- LOBO, Paulo Luis Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 36, nº 141, p. 99-109, jan/mar. 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. In: **Revista do advogado**, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 68, (p?), dezembro/2002. Disponível em https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Teresa_Ancona_Lopez/EstadodePerigo.pdf. Acessado em 16.10.2017.
- MAK, Chantal. **Fundamental Rights in European Contract Law**. Academisch Proefschrift, 2007.
- MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Teoria da Causa em Perspectiva Comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. In: **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 45, p. 213-224, março de 1989.
- MARX, Karl. **O capital**. Rubens Enderle (trad.). São Paulo: Boitempo editorial, 2011.
- MATTEI, Ugo; NICOLA, Fernanda. A Social Dimension in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda. In: **New England Law Review**, p. 1-66, Fall, 2006.
- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, vol. 1, p. 21-32, 1991. Publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos Existenciais e de Lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes de direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos de Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292/307.

NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. In: NANNI, Giovanni Ettore Nanni (org.). **Direito civil e arbitragem**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 133-180.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAPA JOÃO XXIII. **Carta encíclica “Mater et Magistra”**. Vaticano: 1961, item II, 1. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html. Acessado em 30.11.2017.

PAPA JOÃO PAULO II. **Carta encíclica “Laborem Exercens”**. Vaticano: 1981. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html. Acessado em 30.11.2017.

_____. **Carta encíclica “Sollicitudo rei socialis”**. Vaticano: 1987. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html. Acessado em 30.11.2017.

PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica “Rerum Novarum”**. Vaticano: 1891, itens 9 e 13. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acessado em 30.11.2017.

PAPA PAULO VI. **Carta encíclica “Populorum progressio”**. Vaticano, 1967, item 22. Disponível em http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acessado em 30.11.2017

- PECOVITS, Nathan Albert. The Social Honour Courts of Nazi Germany. In: **Political Science Quarterly**, vol. 53, nº 3, p. 350/371, (setembro de 1938).
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com Encargo e Causa Contratual**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery (atualizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. In: **Filosofia do Direito**. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974.
- REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Agnes Schwarzchild (trad.). London: Routledge & Kegan Paul, 1949.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2006.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes (trad.). Coimbra: Almedina, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- SANTOS, Murilo Rezende dos. Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 67/2016, p. 105-127, jul-set/2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

- _____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 61/2007, p. 90-125. Jan/Mar – 2007. Disponível em www.revistadostribunais.com.br.
- _____. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista CEJUR/TJSC: prestação jurisdicional**, vol. 1, nº 1, p. 29-44, dez/2013.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. Teoria da Causa no Direito Privado. In: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57-69.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nas relações paracontratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, versão em “e-book”.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A MANIFESTO. In: **European Law Journal**, volume 10, nº 6, p. 653-674, November 2004. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004.
- SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SYKES, Alan O. The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World. **Journal of Legal Studies**, v. 19, Issue 1 (January 1990), p. 43-94. Acessado em *Heinonline.org* em 20.11.2015.

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

_____. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações. In: TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito: pareceres**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 41-71. Consultado em versão eletrônica em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015e24d884357448fbfc&docguid=l3de4d6d06dae11e1bee400008517971a&hitguid=l3de4d6d06dae11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=91&context=389&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>.

_____. **Notas sobre a função social dos contratos**. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/. Acessado em 13.11.2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua função social**. 3ª edição Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato. Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, p. 197-213, out/dez. 2005.

_____. Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 940/2014, p. 49, fev/2014.

- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 177, p. 29-49, jun/set 1989.
- TREITEL, G.H. **The Law of Contract**. Sexta edição. Londres: Stevens & Sons, 1983.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. A. M. Botelho (trad.). 2ª edição. Lisboa: Função Calouste Gulbekian, s.d. (data da obra original: 1967)
- WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law. In: **European Law Journal**, vol. 10, nº 6, p. 712-723, November 2004.
- _____. **Critical studies in private law, a treatise on need-rational principles in modern law**. Berlim: Springer, 1992.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008.