GABRIELLA FREGNI

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO PRECEITO NORTEADOR NA INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Tese de Doutorado

Orientador – Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

GABRIELLA FREGNI

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO PRECEITO NORTEADOR NA INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

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

Fregni, Gabriella
O direito ao desenvolvimento como preceito norteador na interpretação dos negócios jurídicos ; Gabriella Fregni ; orientador Sebastião Botto de Barros Tojal -- São Paulo, 2019.
178
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Direito ao desenvolvimento. 2. Globalização. 3. Direitos Fundamentais. 4. Relações contratuais. 5. Função Social do Contrato. I. Tojal, Sebastião Botto de Barros, orient. II. Título.

GABRIELLA FREGNI

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO PRECEITO NORTEADOR NA INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal (Orientador).
Instituição: Universidade de São Paulo (USP) - Faculdade de Direito
Assinatura_____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha filha Alice, cujo sorriso ilumina todos os dias da minha vida. Que seus olhos nunca deixem de brilhar. Que continue sempre bagunçando meus livros.

AGRADECIMENTOS

O trabalho de redação de uma tese é um trabalho árduo e intenso. Na reta final do curso de pós-graduação tive a feliz notícia de que minha filha estava a caminho. Toda a dedicação exigida de uma mãe após o nascimento de uma filha dificultou ainda mais esse momento. Por isso, tenho muito a agradecer a todos os que estiveram ao meu lado, acreditando, de verdade, que eu seria capaz.

Assim, expresso minha gratidão a todos os envolvidos nesse processo.

Aos meus pais, que estão sempre ao meu lado, especialmente no cuidado e amor diário com a minha filha. Eles nunca me deixaram desistir dos sonhos e são as pessoas mais incríveis que conheço.

Aos meus irmãos, que cuidam de todos nós.

Ao Professor Sebastião Botto de Barros Tojal, meu orientador, a quem expresso minha enorme devoção por tudo que me ensinou, tanto na vivência prática quanto acadêmica do Direito. Obrigada pela amizade e pela orientação constantes, especialmente na elaboração do presente trabalho.

Ao Professor Pedro de Abreu Bohomoletz Dallari, cuja visão de mundo, do Direito e da Ética sempre me acompanharão. Agradeço todos os seus ensinamentos durante a minha vida profissional e acadêmica.

Aos Professores Marco Fábio Morsello e Gustavo Justino de Oliveira, que integraram a Banca de Qualificação e trouxeram valiosas contribuições para a redação e finalização deste estudo.

Aos Professores Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Elza Antônia Pereira Cunha Boiteaux, cujas aulas de pós-graduação certamente transformaram minha forma de entender o Direito.

Às minhas sócias Renata, Maria Clara e Isabela, com a valiosa presença no escritório, o que permitiu minha ausência tantas vezes para a redação deste trabalho e pelas incontáveis horas de conversa, sempre inspiradoras e incentivadoras.

Às minhas queridas colaboradoras, Alessandra, por me auxiliar diariamente e contribuir com muita dedicação com o trabalho de pesquisa durante a elaboração desta tese, e Bete, que cuida da minha filha com tanto amor, durante os dias da semana.

À Eveline, que me auxiliou no trabalho de revisão.

A coruja de Minerva levanta voo ao cair do crepúsculo.
Georg Wilhelm Friedrich Hegel

RESUMO

FREGNI, G. **O direito ao desenvolvimento como preceito norteador na interpretação dos negócios jurídicos**, 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2019.

O direito ao desenvolvimento foi consagrado pela Constituição Federal como objetivo da República e da ordem econômica, em conformidade com o preâmbulo e artigos 3º, II e III, 170 e 219, todos da Constituição Federal.

Trata-se de um conceito amplo que visa assegurar o crescimento e o progresso econômico, a estabilização dos ideais de dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana, além do incremento do bem-estar social e da justa distribuição das riquezas. Pressupõe, ainda, a cooperação internacional, o fortalecimento da paz e o respeito aos direitos humanos.

Na busca do ideal de desenvolvimento, devem ser considerados os conceitos de governança, que estabelece para a administração pública metas de eficiência e controle de resultados. Além disso, a administração passa a privilegiar o acordo, a colaboração e a coordenação dos interesses sociais. É estabelecida uma divisão de responsabilidades entre governo e sociedade, através de uma ação concertada entre público e privado.

Por outro lado, no direito obrigacional, o movimento de "descodificação" e de "constitucionalização do direito privado" transformou a visão de autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, que tradicionalmente definiram os negócios jurídicos. Então, as noções de função social do contrato e boa-fé objetiva passaram a regulamentar os negócios jurídicos, de maneira que, por meio das cláusulas gerais, incumbe ao aplicador do direito integrar e interpretar os negócios jurídicos sob a ótica dos direitos fundamentais.

O presente estudo visa, com fundamento na concepção atual de constitucionalização do direito privado e, tendo em vista a aproximação dos regimes de direito público e privado, a estabelecer parâmetros para que o direito ao desenvolvimento seja reconhecido como preceito norteador na interpretação dos negócios jurídicos.

Deste modo, os contratos devem comprometer-se com o direito ao desenvolvimento e com os ideais de solidariedade, de democracia e de equidade.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Solidariedade. Bem-estar social. Novo direito administrativo. Autonomia privada. Boa-fé objetiva. Função social do contrato. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

FREGNI, G. **The right to the development as a guiding principle in the legal business interpretation,** 2019. Thesis (Doctorate) – Universidade de São Paulo, Law College, 2019.

The right to development was conceptualized by the Federal Constitution as a goal for the Republic and for Economy, in accordance with the preamble and articles 3, items II and III, 170 and 219, all part of the Federal Constitution.

Such broad concept aims at ensuring there is economic growth and at making sure that economic progress is permeated by the ideals of dignity, liberty and equality of human beings. The right to development also focuses on increasing social welfare and distributing wealth in a fair manner. The concept also assumes there is international cooperation, respect to human rights and enhancement of worldwide peace.

In the pursuit of optimal and ideal development, the concepts of governance that control public administration results should be taken into consideration, leading administrators to guide agreements towards what is more socially convenient.

So, shared responsibility between government and society is established through an orchestrated action between public and private.

On the other hand, when it comes to obligational law, the tendency to "decoding" and to "constitutionalisation of the private law" have transformed the perception of authonomy of will and *pacta sunt servanda,* which has traditionally defined the contracts.

As a consequence, the concepts of the contract´s social role and objective good Faith have become a way of regulating legal businesses. Through general clauses the one who is applying the law becomes responsible for interpreting and integrating legal businesses through the perspective of the fundamental rights.

The contracts must commit themselves to the right to development, as well as to the solidarity, democracy and equity ideals.

Keywords: development, solidarity, social welfare, new administrative law, private autonomy, objective good faith, contract social function, fundamental rights.

RIASSUNTO

FREGNI, G. **Il diritto allo sviluppo come principio guida nell´interpretazione dei negozi giuridici**, 2019. Tesi (Dottorato di ricerca) – Università di San Paolo, Facoltà di Giurisprudenza, 2019.

Il diritto allo sviluppo è assurto nella Costituzione Federale come scopo della Repubblica e del sistema economico, in conformità al preambolo e agli articoli 3º, commi II e III, 170 e 219, tutti della Costituzione Federale. Si tratta di un concetto ampio che mira ad assicurare la crescita ed il progresso economico, la stabilizzazione degli ideali di dignità, libertà e uguaglianza della persona umana, oltre alla crescita del benessere sociale e della giusta distribuzione delle ricchezze. Presuppone, inoltre, la cooperazione internazionale, il consolidamento della pace ed il rispetto dei diritti umani. Nella ricerca dell´ideale di sviluppo si devono considerare i concetti di *governance*, che fissa per la Pubblica Amministrazione mete di efficienza e verifica dei risultati. Inoltre la Pubblica Amministrazione tende a dar preferenza all´accordo, alla collaborazione e al coordinamento degli interessi sociali. Si costituisce una partizione di responsabilità tra governo e società, attraverso un´azione svolta di concerto tra pubblico e privato.

Sotto altro aspetto, nel diritto delle obbligazioni, il movimento di "decodificazione" e "costituzionalizzazione del diritto privato" ha trasformato i concetti dell´autonomia della volontà e del *pacta sunt servanda*, che tradizionalmente definivano i negozi giuridici. Cosicché le nozioni di funzione sociale del contratto e buona fede oggettiva sono passate a regolare i negozi giuridici, in modo che, attraverso le clausole generali, spetta all´operatore del diritto integrare e interpretare i negozi giuridici sotto l´ottica dei diritti fondamentali.

Questo studio si basa sulla concezione attuale della costituzionalizzazione del diritto privato e tiene conto dell´approssimazione dei sistemi del diritto pubblico con il privato - specialmente nella sfera del diritto delle obbligazioni e della nuova concezione del diritto amministrativo -; mira, quindi, a fissare parametri afffinché il diritto allo sviluppo sia riconosciuto come precetto guida nell´interpretazione dei negozi giuridici.

In tal modo i contratti devono osservare anche il diritto allo sviluppo, e così pure le idee di solidarietà, democrazia ed equità.

Parole-chiave: Sviluppo. Solidarietà, Benessere sociale. Nuovo diritto amministrativo. Autonomia privata. Buona fede oggettiva. Funzione sociale del contrato. Diritti fondamentali.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA DEFINIÇÃO..... 27

2.1 Desenvolvimento como direito e sua eficácia concreta 27

2.2 As relações entre direito e desenvolvimento..... 33

2.3 O desenvolvimento social - a importância do desenvolvimento para o bem-estar social..... 39

2.4 Desenvolvimento e solidariedade..... 42

2.5 Desenvolvimento sustentável..... 46

2.6 O desenvolvimento no Brasil após o período de redemocratização..... 54

3 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO MOTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS – GOVERNANÇA, GLOBALIZAÇÃO E MERCADO..... 61

3.1 Desenvolvimento político e governança..... 61

3.2 A criação de um novo direito administrativo – critérios e parâmetros..... 75

3.3 Globalização e os desafios na constituição de um direito global..... 78

3.4 As relações entre mercado, direito e soberania 83

3.5 Um exemplo concreto – a visão do direito comunitário e as novas formas de se entender as relações do indivíduo com o Poder Público..... 85

4 O FIM DA DISTINÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO 93

4.1 A constitucionalização do direito privado..... 93

4.2 Os modelos de interpretação das normas de direito civil – os sistemas de direito privado e as inovações trazidas pelo código civil alemão – BGB 95

4.3 Descodificação do direito civil..... 99

4.4 Unidade funcional do vínculo contratual – “obrigação como processo”..... 104

5 NEGÓCIO JURÍDICO E AUTONOMIA SOCIAL..... 109

5.1 Da cláusula geral da boa-fé objetiva..... 109

5.2 O novo papel do juiz..... 113

5.3 Funções das cláusulas gerais..... 117
5.4 O princípio da função social do contrato..... 121
5.5 O valor social do contrato, em interpretação conforme a Constituição – o conceito de autonomia social 127

6 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO PRECEITO NORTEADOR DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS..... 129
6.1 A utilização do direito ao desenvolvimento como instrumento de hermenêutica dos negócios jurídicos..... 129
6.2 Contratos existenciais e de lucro – nova dicotomia..... 133
6.3 Formas de integração do negócio jurídico e a infiltração dos direitos fundamentais..... 135
6.4 A aproximação das normas formas contratuais – a constitucionalização das relações negociais e a contratualização do direito administrativo 138
6.5 Parâmetros e critérios para se buscar a efetividade do direito ao desenvolvimento nas relações negociais..... 140

CONCLUSÃO..... 149

REFERÊNCIAS 157

1 INTRODUÇÃO

O direito ao desenvolvimento é, de acordo com a Constituição Federal de 1988, um princípio norteador do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, um direito subjetivo que tem o indivíduo como seu destinatário final. Trata-se do reconhecimento de que todo o ser humano tem o direito a uma existência plena, com um nível econômico, social e cultural cada vez melhor e voltado ao progresso.[1]

O presente trabalho visa aprofundar a análise a respeito da interação entre o direito ao desenvolvimento e as relações privadas, especialmente as relações negociais. Busca-se, pois, dar efetividade ao direito ao desenvolvimento na interpretação das condições negociais, com fundamento em uma visão funcional dos negócios jurídicos.

O desenvolvimento tem como finalidade assegurar a liberdade e a igualdade da pessoa humana[2]. Trata-se de um processo econômico, social, cultural e político, direcionado ao incremento do bem-estar da população e da justa distribuição dos benefícios. Pressupõe, ainda, a cooperação internacional, o fortalecimento da paz e o respeito aos direitos humanos.

É possível definir este direito como o direito humano à fruição equitativa e livre do resultado do progresso econômico, cultural social e político.[3]

De acordo com Amartya Sen, o desenvolvimento acaba por viabilizar outros direitos, pois "oportunidades sociais de educação e saúde complementam as oportunidades individuais de participação econômica e política e estimulam nossas iniciativas no sentido de superar privações."[4]

Ademais, o progresso econômico, social e cultural auxilia na formação da cidadania. Ao se promover o desenvolvimento equilibrado da sociedade, fica assegurada a igualdade e a simetria nas relações interpessoais.

---

[1] CARRILO SALCEDO, Juan Antonio. El derecho al desarrollo como derecho humano. **Revista Espanola de Derecho Internacional**, v. 25, Santiago de Compostela, 1972, p. 119-125.
[2] PEREZ LUNO, Antonio Enrique **Los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 47.
[3] FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o direito ao desenvolvimento. *In*: (org.) PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 189.
[4] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

O direito ao desenvolvimento estimula e viabiliza a implementação de outros direitos, estabelecendo-se uma ordem para eles sejam plenamente implementados, em diversas áreas. Trata-se, pois, de um princípio que permite concretizar a conquista de outros direitos fundamentais.

É este um direito coletivo e ao mesmo tempo individual, mas que tem o Estado como principal responsável por sua implementação. Impõe-se o entrelaçamento do dever estatal de prover o desenvolvimento econômico com o direito dos indivíduos ao desenvolvimento social e humano.[5]

Através do desenvolvimento visa-se assegurar aos povos (coletivamente) e aos indivíduos meios para buscar uma vida boa e com qualidade, envolvendo a realização de necessidades materiais e não materiais. Configura-se, portanto, uma condição, ou uma ponte para promover outros direitos humanos.[6]

Assim, é possível vislumbrar o direito ao desenvolvimento como um meio para se realizar e concretizar os demais direitos.

Não se pretende nesse estudo definir exaustivamente o direito ao desenvolvimento com vistas a apresentar todos os desdobramentos dele decorrentes, tampouco esgotar as teorias a respeito. Ou seja, não se busca especificamente a definição conceitual do desenvolvimento.

Trata-se, isto sim, de apresentá-lo como instrumento a ser utilizado no plano individual para a hermenêutica dos negócios jurídicos, ou seja, como parâmetro constitucional que deverá informar as soluções jurídicas negociais.

A sociedade humana se organizou a partir de uma pluralidade de atores com interesses múltiplos e muitas vezes conflituosos, a exemplo dos interesses de instituições financeiras e companhias de seguros, indústria e meio ambiente, saúde e seguradoras etc. Cabe ao direito compor os interesses em conflito, acolher demandas sociais e políticas e normatizar questões nascidas nessa nova realidade. Tudo visando buscar equilíbrio e igualdade, incluindo a participação dos diversos atores sociais e econômicos.

---

[5] OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. 322 p. Tese (Doutorado/Direito Internacional). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 190.

[6] "O direito ao desenvolvimento deve ser considerado um *direito fator*, pois tem a capacidade de estimular a realização de outros direitos humanos" (OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. 322 p. Tese (Doutorado/Direito Internacional). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 189.

Além disso, o direito ao desenvolvimento tem como fundamento a busca por condições e recursos necessários ao bem-estar material que envolve o mínimo existencial, como alimentação, água, habitação, saúde, assistência social, educação, segurança e a liberdade para escolher o tipo de vida desejada.

Por essa razão, a governança adequada do Estado e da sociedade apresenta-se como um fator relevante na construção do desenvolvimento, na medida em que exige uma burocracia organizada e eficiente, gera qualidade na gestão pública, permite a adequada interação entre os diversos níveis sociais e traz valores éticos e responsabilidade na condução dos assuntos de Estado.

Então, é que se vislumbra o estabelecimento de um direito administrativo, por meio do qual a governança estatal seja um instrumento de efetividade da ação pública, da contratualização e do diálogo social. Nessa nova perspectiva de governança, o Estado mediador (lógica do consenso) se contrapõe ao antigo Estado impositor (lógica da autoridade).[7]

Com efeito, nasceu a demanda por um direito administrativo menos mandatório e imperativo e mais integrado aos anseios sociais, buscando consenso, adesão e conciliação. Na contemporaneidade exige-se balanceamento entre liberdade-autoridade, deixando o direito administrativo de ser o direito do Estado e assumindo a condição de direito da sociedade.

Busca-se construir um direito administrativo voltado a uma realidade globalizada, que envolve conceitos como o direito à boa administração, o devido processo legal administrativo, a motivação e a transparência.[8]

---

[7] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 23-42.
[8] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 385-413.

Para tanto, o direito constituído pela União Europeia (direito comunitário)[9] trará parâmetros à construção desse novo direito administrativo e será, no presente trabalho, utilizado como estudo de caso para a análise da evolução do direito administrativo que, diversamente do direito administrativo tradicional, passa a ser baseado em noções de cooperação, responsabilidade e harmonização de interesses vários, visando o crescimento econômico e o progresso.

No contexto da União Europeia, muito embora cada um dos Estados tenha transferido parcela do poder de regulamentar a circulação de bens e as políticas econômicas para a região[10], no interior dos países membros as regras constitucionais atinentes aos direitos fundamentais prevaleceram, em sintonia com as diretrizes do sistema europeu de direitos humanos, passando a ser harmonizadas com as próprias regras econômicas.

Na construção de um direito administrativo comum à União Europeia, não se pode admitir uma divisão rígida entre sociedade e administração, tampouco uma legislação composta por normas exclusivamente mandatórias. As deliberações da administração pública, neste cenário, devem se basear em negociação, consulta e mediação.

---

[9] No centro da União Europeia (UE) estão os 28 Estados Membros que pertencem à União e os seus cidadãos. O que resulta do facto de, não obstante serem todos estados soberanos e independentes, são países congregados que faz sentido trabalhar em conjunto. Congregar soberania significa, na prática, que os Estados Membros delegam alguns dos seus poderes de decisão nas instituições comuns que criaram, de modo a assegurar que as decisões sobre assuntos do interesse comum possam ser tomadas democraticamente a nível europeu. A tomada de decisões da União Europeia envolve várias instituições: o Parlamento Europeu, eleito e representado pelos cidadãos, o Conselho Europeu, constituído pelos chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros da EU, a Comissão Europeia, representando os interesses da União em seu conjunto. Em princípio, é a Comissão Europeia que propõe nova legislação, e são o Parlamento e o Conselho que a adotam. Seguidamente, os Estados-Membros e as instituições da UE põem na em prática. A terceira secção da presente publicação contém mais informações sobre o modo como a União toma decisões e como as implementa. A UE criou uma moeda única, o euro, atualmente uma das principais moedas mundiais, que torna o mercado único mais eficiente. Também criou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que protege certos direitos políticos, sociais e económicos dos cidadãos e residentes da UE. Está igualmente na vanguarda da proteção do ambiente e da luta contra as alterações climáticas. (Disponível em: http://publications.europa.eu/webpub/com/eu-what-it-is/pt/ Acesso em 22 abr. 2019).

[10] "Todavia, a constituição econômica não pode ser isolada do contexto do inteiro ordenamento constitucional: este é, de toda sorte, o resultado de uma interpretação sistemática, orientada ao respeito às hierarquias e aos valores, expressa pela visão do mundo que se deduz da própria Carta. Está em jogo o valor máximo do sistema constitucional: a soberania. A autolimitação da soberania – realizada nos termos do art. 11 Const. – não pode ser total; ela pressupõe a manutenção de uma consistente e geral soberania do Estado, de maneira que a quota de soberania renunciada em favor do mercado único, primeiro e da União Europeia depois, ora transferida, realisticamente aos países membros mais fortes não pode comprometer a originária soberania do Estado membro" (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 537).

Daí a importância de se analisar, para os fins deste estudo, o modelo estabelecido pela União Europeia na constituição de um direito administrativo único e integrado, ferramenta relevante na promoção do direito ao desenvolvimento. Tudo visando compreender as formas de aproximação do direito público e privado.

Por outro lado, no direito privado, observou-se o movimento de abertura e de "descodificação", o qual, na realidade obrigacional, trouxe funcionalidade aos negócios jurídicos, impondo uma interpretação coerente com os valores e os princípios constitucionais.

A partir da visão de que o direito privado, além de realizar os interesses individuais, deve perseguir o bem comum, o equilíbrio e a justiça das relações jurídicas sob sua tutela (artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil, artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto Lei n. 4.657/1942) – não mais prosperou o conceito de total liberdade dos negócios. Nesse contexto, o contrato conquistou um valor social, constitucionalizado, deixando de lado o caráter absoluto da autonomia da vontade para atingir a autonomia social. Assim, o direito civil tornou-se também um meio para implementar direitos constitucionais, com vistas à socialidade e à solidariedade.

O ideal de solidariedade traz uma nova maneira de se conceber a relação do indivíduo com a sociedade e do indivíduo com o Estado. Trata-se de um valor dirigido ao gênero humano e aos povos, e não ao indivíduo.[11]

As ações políticas e o direito passaram a mediar os valores coletivos. Conforme ensina José Fernando de Castro Faria[12], "o princípio da solidariedade propõe redefinir o papel do Estado, que passa a ter uma missão social".

Assim, direito, solidariedade e democracia devem caminhar juntos. A complexidade das relações estabeleceu uma interdependência social, decorrente da necessidade da coexistência humana e da consciência racional dos interesses comuns. O indivíduo tem ao mesmo tempo consciência de sua individualidade e da sua dependência da coletividade. Esta interdependência é necessária para a autodeterminação e o desenvolvimento da pessoa humana.

---

[11]"Estar-se-ia diante de enunciados jurídicos que têm como primeiro titular o próprio gênero humano, num momento crucial em termos de sua afirmação como valor supremo [...] As relações internacionais estão no centro da proclamação desses direitos, constituindo-se como objetivo a construção de uma ordem jurídica baseada na solidariedade e na fraternidade entre os Estados" (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 100).

[12] FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 220.

Neste contexto, o contrato deixa de ser um mero ato de querer e assume uma função dentro de um ideal de justiça distributiva.

O artigo 219 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que "o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País", sofreu uma série de críticas doutrinárias[13], especialmente por estar situado no Título "Da Ordem Social" da Carta Constitucional.

Este dispositivo, porém, apresenta o norte interpretativo que se pretende desenvolver neste estudo, ou seja, o de buscar a concretização do direito constitucional ao desenvolvimento cultural e socioeconômico do país, que deverá se refletir no bem-estar, na dignidade e na autonomia dos indivíduos. Ou ainda, estabelecer vetores para a hermenêutica das relações negociais para que estas se aperfeiçoem, integrando-se a tais valores constitucionais de organização da economia "em favor da democracia".[14]

Com efeito, a configuração dos direitos econômicos na Constituição Federal de 1988 apresenta, em resumo, as seguintes características: i. há um rol de valores e diretrizes a serem perseguidos; ii. há programas voltados à coletividade a serem seguidos pelo legislador ordinário; e iii. há regras específicas voltadas a evitar abusos na condução de políticas econômicas e sociais.

Desse modo, a despeito da liberdade, que deve permear as relações econômicas, há interesses a serem assegurados, como a defesa do meio ambiente, a justiça social, a livre concorrência e a função social da propriedade e do contrato.

Sob esta ótica, observa-se que o desenvolvimento foi elevado a objetivo da República, inclusive incluído no preâmbulo do texto constitucional[15]. Além disso, trata-se de preceito destinado à atividade econômica e um direito fundamental a ser perseguido em todas as esferas do ordenamento jurídico.

Então, o que se busca, conforme demonstrado, é concretizar o direito ao desenvolvimento na interpretação dos negócios jurídicos, considerando que o contrato é uma das formas mais importantes de se efetivar a atividade econômica.

---

[13] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 821.

[14] FERREIRA FILHO, Manoel. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 347.

[15]"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

Deste modo, e diante da necessidade de se harmonizar com coerência os objetivos constitucionais aos interesses individuais, é certo que as relações obrigacionais deverão voltar-se ao desenvolvimento, como meio de se conciliar mercado e socialidade, progresso e respeito aos direitos humanos, desenvolvimento e Estado Democrático de Direito.

Na ordem contemporânea, dá-se, assim, a superação da visão clássica de que o direito privado possui como essência apenas realizar o interesse individual e regulamentar relações de natureza meramente privadas. O interesse público e os objetivos constitucionais, de acordo com o que se sustenta neste estudo, são também a finalidade do direito privado e de todos os seus institutos.

Conforme ensina Rosa Maria de Andrade Nery[16], as noções de mercado e livre iniciativa devem ser traduzidas tendo em vista seus fins sociais e as necessidades de proteção e de autorrealização dos seres humanos.

Assim, o resultado da pesquisa que aqui se apresenta foi sistematizada conforme a estrutura a seguir.

O capítulo 2, logo após a Introdução, foi dedicado a conceituar o direito ao desenvolvimento, considerando os vários aspectos envolvendo sua construção, como o desenvolvimento humano, social e econômico.

Em conformidade ao pensamento de Michael Trebilcock[17], é possível compreender o desenvolvimento a partir do ideal de uma "vida boa", ou seja, é o bem-estar na sociedade contemporânea, tendo como centro o ser humano. Para tanto, deve-se considerar os diversos aspectos que o viabilizam, como por exemplo: i. a força das leis (*rule of law*), que assegura transparência e igualdade; ii. o incremento da diversidade cultural, a qual diz respeito ao bem-estar e ao comportamento humano; iii. a democracia; iv. a força das instituições, que traz a qualidade das políticas públicas; e iv. o progresso econômico e tecnológico.

O desenvolvimento nacional, preceito tido como direito fundamental e princípio norteador do ordenamento jurídico, possui duas vertentes: a coletiva, que impõe ao Estado e à coletividade, por meio de políticas públicas, o dever de assegurar a

---

[16] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008, p. 67.
[17] TREBILCOCK, Michael J.; MOTA PRADO, Mariana. **Advanced introduction to law and development**. New York: Edward Elgar Publishing, 2014.

participação equitativa de todos na fruição das riquezas nacionais[18], oferecendo condições de inclusão na vida econômica em pé de igualdade; e a individual, que propõe a solidariedade constitucional nas relações humanas e privadas, visando atingir os ideais de igualdade e de justiça. É esse o conceito constitucional que assegura ao ser humano a liberdade real para interagir com o mundo de forma digna.[19]

Nasce o entendimento de que o desenvolvimento supera o crescimento econômico e impõe a busca por um ideal de progresso, igualdade social, democracia e dignidade humana.

Ainda, há que se associar o conceito de desenvolvimento a garantias de direitos, sem olvidar a importância das liberdades democráticas. A concepção mais completa de desenvolvimento impõe preocupações relacionadas às liberdades e aos direitos humanos.

Serão apresentadas as relações entre direito e desenvolvimento, que buscam relacionar direito e crescimento econômico, impondo basicamente infraestrutura institucional.[20]

Há um movimento que defende a aproximação entre direito e economia com a finalidade de induzir e influenciar as instituições no processo de desenvolvimento. Nesta concepção, a finalidade da lei seria assegurar o regular funcionamento das instituições, além de promover os direitos humanos e o acesso a um Poder Judiciário imparcial e eficiente.

Sob essa perspectiva, o Estado seria um instrumento de organização e de transformação da sociedade e das instituições jurídicas, por meio de políticas públicas eficientes.

No capítulo 3, aprofundando a análise sobre as questões relacionadas ao desenvolvimento, serão trazidos conceitos como governança, influência do Poder Judiciário na agenda política e no estabelecimento de políticas públicas.

---

[18] Artigo 2º, § 3º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986: "Os Estados têm o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes."

[19] "A ideia básica de que a expansão da liberdade humana é tanto o principal fim como o principal meio do desenvolvimento. O objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas" (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52).

[20] TREBILCOCK, Michael J.; MOTA PRADO, Mariana. **Advanced introduction to law and development**. New York: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 3-16.

Já se sabe que a boa governança é fundamental ao desenvolvimento. Trata-se de estabelecer governos eficazes e eficientes, além de instituições sólidas e responsáveis. A qualidade institucional, além disso, garante estabilidade política, adequação das políticas públicas, confiabilidade e qualidade legislativa.[21]

A governança se realiza por meio de burocracia séria, qualidade da gestão pública, aprimoramento da relação do Estado com a sociedade por meio de canais de participação social, garantia de direitos, incentivo à negociação e cooperação, imposição de regras e de responsabilidade aos administradores e da dinamização da legislação aplicável.

Dentro de uma concepção de "judicialização da política", o Poder Judiciário tem a função de, em determinados momentos, equilibrar situações extremas e impor a realização de políticas públicas que devem servir ao atendimento de direitos fundamentais, sem que isso configure "ativismo judicial".[22]

Ainda nesse aspecto, sustenta-se[23] a necessidade de se construir um novo direito administrativo, com vistas a viabilizar valores constitucionais, proteger direitos individuais e integrar os vários agentes participantes do processo econômico no estabelecimento de políticas públicas.

Trata-se de um direito administrativo menos imperativo e mais deliberativo, que visa conciliar interesses do Estado e da sociedade e incorporar ideais de globalização e de inovação.

O capítulo em questão ainda traça um panorama do direito administrativo criado pelo direito comunitário, como uma forma de apresentar o modelo de um novo direito administrativo e de soluções que respeitem o conceito de globalização e criação de um direito regional ou global.

Não se trata de apresentar um estudo de direito comparado, mas da utilizar o direito comunitário como expressão concreta de um novo modo de se entender o direito administrativo e as relações entre Estado e sociedade, considerando o ideal de um "novo consensualismo".

---

[21] TREBILCOCK, Michael J.; MOTA PRADO, Mariana. **Advanced introduction to law and development**. New York: Edward Elgar Publishing, 2014.

[22] GAURI, Varum. The judicialization of development policy. *In*: HELLER, P.; RAO, V. (Eds), **Deliberation and development**: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies. Washington, DC: World Bank Group, 2015, p. 223-228.

[23] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 429-460.

Com isso, poderá servir como modelo para buscar critérios, aproximar e ampliar a integração entre o direito público e o privado, com vistas a amparar o ideal de utilização do direito ao desenvolvimento como meio para interpretar os negócios jurídicos.

Com efeito, a União Europeia[24] foi criada para regular questões de natureza econômica, visando essencialmente proteger o mercado. Mas cada Estado membro mantém sua soberania e sua própria Constituição.

O direito comunitário, essencialmente descentralizado, não vislumbra uma divisão precisa entre sociedade e administração. As deliberações da administração pública passam a se dar mediante negociação, consulta e mediação. O desafio do direito administrativo moderno e nascido no contexto da União Europeia é compor forças sociais e políticas, mediando conflitos e incorporando novas demandas.

O capítulo 4, por outro lado, demonstrará a evolução das relações entre o direito público e o direito privado, sob uma ótica hoje crescente de que não mais se pode vislumbrar a absoluta distinção entre tais áreas do direito, dentro de uma concepção que se passou a denominar "constitucionalização do direito privado".

Nas palavras de Paulo Lôbo, "a constitucionalização do direito não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social, [....]"[25]. Isto porque as cartas constitucionais deixaram de ter eficácia limitada às relações entre a administração pública e seus administrados e passaram a surtir efeitos em todo o ordenamento jurídico, especialmente nas relações horizontais (entre particulares).

Também serão estudadas as transformações do direito obrigacional. Como se verá, o Código Civil deixou de ser um documento rígido, hermético e independente da Constituição, destinado a reger o direito de propriedade e passou a reconhecer a necessidade de integrar seus institutos às normas constitucionais. Isto se deu por meio das chamadas cláusulas gerais, como os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

---

[24] O Tratado de Roma, datado de 25 de março de 1957, criou a "Comunidade Econômica Europeia", popularmente conhecida como "Mercado Comum". O Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia, datado de 1º de novembro de 1992, alterou a denominação para "Comunidade Europeia" e instituiu também a "União Europeia". Foi estabelecido um espaço de união e integração econômica na Europa e criada moeda única, o Euro. O Tratado de Lisboa, datado de13 de dezembro de 2007, passou estabelecer, por sua vez, unicamente a "União Europeia", não mais cabendo a utilização do termo "Comunidade Europeia".

[25] LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: (coord.) TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

Tradicionalmente os Códigos possuem a função de assegurar completude, coerência e previsibilidade ao sistema[26]. Tudo com parâmetro no Código Civil francês de 1804, que nasceu como epicentro do sistema legal, fechado e autossuficiente.

De modo totalmente inovador e contrariando a tradição criada pelo Código Civil Francês, o BGB (Código Civil Alemão) trouxe abertura e flexibilidade ao sistema privado, especialmente após a reforma legislativa de 2001/2002.

A partir de então, o direito privado passou a reger-se também por cláusulas gerais, regras principiológicas e valores constitucionais.

Surgiu, assim, o movimento de descodificação do direito civil, o qual, no âmbito do direito obrigacional, se concretizou com o conceito de base objetiva do negócio jurídico.

Outro aspecto subjetivo do negócio jurídico, estabelecido em razão de um ato de vontade das partes, deve se harmonizar com o aspecto objetivo da relação obrigacional formada, que considera especialmente o interesse concreto perseguido, a análise da funcionalidade do pacto, o escopo do negócio jurídico e o sinalagma contratual.

O capítulo 5 aborda a evolução do direito obrigacional ao abandonar o antigo conceito de autonomia da vontade, com ênfase no *pacta sunt servanda*, e avançar para a autonomia privada, que trata o negócio jurídico objetiva e funcionalmente, até chegar à autonomia social, que vislumbra o valor social do negócio jurídico.

Sob esta ótica, as relações negociais devem ser justas, úteis e legítimas, além de contar com rigorosa aplicação do princípio da boa-fé objetiva – esta última impõe um padrão de comportamento leal e coerente. A confiança é elemento essencial na formação e no desenvolvimento do contrato. Para Judith Martins-Costa, confiança é o cimento da convivência social.[27]

O juiz passa a ser relevante na integração do negócio jurídico a partir das cláusulas gerais, sempre tendo como diretriz o risco normal, o sinalagma e o necessário equilíbrio econômico do contrato.

---

[26] ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – the civilian experience reconsidered on the eve of a common european sales law. *In*: **European Review of Contract Law** (ERCL), v. 8, n. 4, 2012; Max Planck Private Law Research Paper n.12-30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2166765. Acesso em: 13 maio 2019, p. 375.

[27] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 25, Rio de Janeiro, 2004, p. 230-281.

Na integração do negócio jurídico, sugere-se aplicar as regras de ponderação, de otimização e de proporcionalidade, conforme exposto por Robert Alexy[28], visando assegurar uma adequada interpretação.

O vínculo obrigacional, por outro lado, não se exaure com o mero cumprimento da obrigação. O contrato possui diversas fases entre a pré-contratual (tratativas e acordos preliminares) e a pós-contratual (deveres anexos de assistência e de proteção).[29] O credor possui deveres; há, ainda, deveres anexos do devedor, que se integram à prestação principal. O descumprimento aos deveres de ambas as partes acarreta como consequência o inadimplemento, ainda que parcial.

O princípio da boa-fé objetiva também impõe aos contratantes um padrão de lisura, lealdade, colaboração, atendimento às justas expectativas, apresentação de informações esclarecedoras, dever de aconselhamento e vedação ao abuso de direito (função corretiva da boa-fé). Ainda, não se admite à parte: i. agir em contradição com comportamento anterior (*venire contra factum proprium*); ii. utilizar a seu favor violação contratual praticada (*tu quoque*).

A inércia prolongada ou a prática de atos reiterados (mesmo não previstos contratualmente) gera direitos em razão da justa expectativa criada (*supressio* e *surrectio*).

Ademais, entre os deveres anexos aos da boa-fé está o dever de mitigar os danos, consubstanciado na busca por promover eficiência econômica, reduzindo desperdícios, buscando otimizar recursos econômicos e adotando medidas razoáveis nesse sentido. O dever de mitigar os danos decorre ainda do dever de cooperação e do princípio da boa-fé objetiva.

Como se verá, as cláusulas gerais criam normas de alcance geral, asseguram dinamicidade ao incorporar novos valores e permitem a interdependência das áreas do direito, retirando o direito civil de seu tradicional isolamento.[30]

Neste capítulo, será também analisada a função social do contrato. É que o direito de propriedade passou a ser permeado pelo ideal de propriedade-função, integrando-se a valores sociais e de solidariedade.

---

[28] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-117.
[29] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatschy, 1976.
[30] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n.35, Brasília, 1998.

Deve-se recordar, para tanto, o artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Segundo seu texto, a liberdade de iniciativa econômica e o trabalho humano devem ser exercidos em consonância com os ditames da justiça social, da garantia de uma existência digna e da função social da propriedade. A igualdade e a liberdade nas relações negociais deixam então de ser formais e absolutas.

Finalmente, no capítulo 6, será apresentado o resultado da investigação a respeito das formas de se dar eficácia jurídica ao direito ao desenvolvimento na interpretação dos negócios jurídicos, traçando-se os critérios para dimensionar tal interação e os meios pelos quais devem ser realizados.

É certo que o direito privado atual evoluiu e passou a ter funções mais associadas ao direito público, o que de certo modo limitou a liberdade das relações privadas.

As funções do direito privado e do direito público que estiveram, até então, associadas às esferas interna e externa dos indivíduos, na visão contemporânea, se comunicam, estabelecendo uma finalidade social também aos interesses privados.[31]

A este propósito, ao harmonizar o direito ao desenvolvimento com os interesses privados, a jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos, tendo em vista o disposto no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos[32], já se manifestou no sentido de que, na ponderação de direitos, o bem-estar econômico da comunidade deve ser preservado face ao bem-estar individual da população.

No julgamento Powell e Rayner *v.* Reino Unido[33], os autores apresentaram demandas em face do Estado em razão da construção do aeroporto de *Heathrow* pelos incômodos ocasionados aos moradores. A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu contrariamente ao pedido dos autores da ação. Entendeu que o aeroporto é fundamental ao desenvolvimento econômico do Reino Unido, mas que, no entanto, é necessária a

---

[31] MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; LIXINSKI, Lucas. Desenvolvimento e consumo – bases para uma análise da proteção do consumidor como direito humano. *In*: (org.) PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 220.

[32] "Art. 8° da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos). 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros."

[33] Corte Europeia de Direitos Humanos, Case of Hatton and others *vs*. The United Kingdom, jul. 2003 (Grand Chamber) § 43 apud KOURY, Ana Beatriz; SOUSA, Daniel Leão. O direito ambiental sob a perspectiva da proteção internacional à pessoa humana. **RDE da Universidade de Brasília**, n. 8, Brasília, 2009, p. 306-345.

harmonização do progresso do país com o bem-estar da população por meio de medidas restritivas e fiscalizatórias ao aeroporto sem se inviabilizar seu funcionamento.

Deste modo devem ser harmonizados com coerência os objetivos constitucionais e os interesses individuais.

Há que se diferenciar, ainda, os contratos existenciais, celebrados entre partes não empresárias e os contratos de lucros, celebrados entre empresários, ou tendo uma das partes empresária.[34]

O direito ao desenvolvimento, consagrado pela Constituição Federal como um dos objetivos da República (artigo 3º, II) impõe às partes contratantes a responsabilidade pelo crescimento econômico e sustentável, pela justiça social e ambiental e pela busca de uma vida adequada em ambiente de qualidade.

Ambas as partes possuem obrigações fundamentais: i. buscar o equilíbrio econômico e a função social do contrato; ii. mitigar eventuais prejuízos, congênitos e supervenientes; iii. colaborar entre si e informar riscos e danos potenciais.

Abre-se, então, a necessidade de que o direito ao desenvolvimento, orientador do progresso econômico, cultural e social seja utilizado como parâmetro para análise e integração das relações negociais, considerando especialmente que o direito ao desenvolvimento assegura simultaneamente liberdade, igualdade e democracia.[35]

Além disso, será realizado um paralelo entre o movimento observado no direito civil de constitucionalização das relações privadas e obrigacionais e o movimento de contratualização do direito administrativo, que prevê que as relações entre administradores e administrados deverá privilegiar o consenso e a harmonização da diversidade de interesses sociais.

Por outro lado, a doutrina já admite que o direito privado não goza da completude pretendida no passado. Deve, portanto, amparar-se e receber influências do direito público, em especial, dos valores constitucionais. Os regimes de direito público e privado não mais existem de forma independente, na medida em que se estabeleceu uma integração e interdependência cada vez maior entre eles.

---

[34] MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. *In*: (coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292-307.

[35] SEN, Amartya. **Identity and violence** – the illusion of destiny. New York: Norton, 2006.

Em 30 de abril de 2019 foi editada a Medida Provisória 881, firmando uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Seu artigo 7º alterou o artigo 421[36] do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação:

> A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Até o término do presente trabalho, a Medida Provisória não havia sido convertida em lei. E, como se sabe, a alteração do Código Civil somente pode ocorrer por lei.

No entanto, ao se interpretar uma relação contratual sob a ótica dos direitos fundamentais não se está ameaçando a autonomia privada, nem o direito privado e tampouco a liberdade econômica.

Deste modo, não é necessária qualquer alteração no artigo 421 do Código Civil para "proteger as liberdades contratuais", como pretendeu o Executivo com a referida Medida Provisória.

O que mudou no direito privado foi o conceito de autonomia privada, consequência de uma longa jornada de amadurecimento do pensamento, tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial, com influências advindas de diversos países, especialmente da Alemanha.

Então, a funcionalização do direito privado e do direito administrativo são movimentos de aproximação das esferas públicas e privadas, iluminados pelos direitos fundamentais atualmente bastante consolidados e que certamente não poderão ser modificados por meio de Medida Provisória.

Assim, o estudo ora apresentado pretende aprofundar os critérios e os parâmetros para a interpretação das relações obrigacionais tendo como norte o ideal de desenvolvimento, sob a ótica de que este é um instrumental para assegurar a hermenêutica dos negócios jurídicos.

O trabalho, assim, partindo do ideal de desenvolvimento estabelecido pela Constituição Federal e da concepção de constitucionalização do direito privado e, inspirado pelo conceito trazido pelo artigo 219 da Constituição Federal de 1988, buscará demonstrar

---

[36] O texto atualmente vigente do artigo 421, do Código Civil é o seguinte:" A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

a aplicabilidade do direito ao desenvolvimento na constituição, validade e interpretação dos negócios jurídicos.

Tudo a partir de parâmetros e diretrizes a serem traçados para a construção de um modelo de interpretação que deverá guiar o aplicador do direito através da integração das cláusulas gerais, da boa-fé objetiva e do princípio da função social do contrato.

2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA DEFINIÇÃO

2.1 Desenvolvimento como direito e sua eficácia concreta

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1986, da qual o Brasil foi signatário, foi o primeiro tratado internacional que formalmente reconheceu o direito ao desenvolvimento e a autodeterminação dos povos e os definiu como direitos fundamentais. A referida norma, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, definiu o direito ao desenvolvimento como o direito inalienável das pessoas e povos de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político.[37]

No cenário internacional, os países signatários adotaram um esforço conjunto e solidário para que o desenvolvimento pudesse atingir a todos os povos do planeta. O direito ao desenvolvimento nasceu após a Segunda Guerra Mundial e foi apresentado em um discurso do Presidente norte-americano Harry Truman, em 1949, como uma necessidade de se buscar progresso, planejamento e modernização.[38]

O direito ao desenvolvimento é uma decorrência direta do princípio da solidariedade. Relevante reconhecer que, entre os direitos fundamentais, os princípios da dignidade humana e da solidariedade social passaram a ser consagrados como fundamentos da ordem jurídica democrática, em conformidade aos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

---

[37] Artigo 1º da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento – "§ 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. § 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos *naturais*."

[38] Texto no original: "With the cooperation of business, private capital, agriculture, and labor in this country, this program can greatly increase the industrial activity in other nations and can raise substantially their standards of living. Such new economic developments must be devised and controlled to the benefit of the peoples of the areas in which they are established. Guarantees to the investor must be balanced by guarantees in the interest of the people whose resources and whose labor go into these developments. The old imperialism-exploitation for foreign profit-has no place in our plans. What we envisage is a program of development based on the concepts of democratic fair-dealing. All countries, including our own, will greatly benefit from a constructive program for the better use of the world's human and natural resources. Experience shows that our commerce with other countries expands as they progress industrially and economically. Greater production is the key to prosperity and peace. And the key to greater production is a wider and more vigorous application of modern scientific and technical knowledge". (Disponível em: https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm. Acesso em: 19 mar. 2019).

Norberto Bobbio refere na obra *A era dos direitos*[39] que os horrores da Segunda Guerra Mundial legaram à humanidade a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1949, documento reconhecido como "o primeiro sistema de princípios fundamentais da conduta humana livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra."

Conforme ensina Flávia Piovesan, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi um marco no processo de reconstrução dos direitos humanos. Esclarece a autora que a concepção contemporânea de direitos humanos é caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade destes direitos. Universalidade, porque clama pela sua extensão universal, diante da crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.[40]

Nasce, assim, uma consciência ética acerca de parâmetros protetivos mínimos referentes à dignidade humana, isto é, o mínimo ético irredutível que deve ser respeitado pelos Estados e pelas nações. O princípio da dignidade humana passou a ser reconhecido como a raiz dos direitos fundamentais.

Houve, além disso, claramente uma universalização da preocupação com a proteção das pessoas, o que produziu uma série de documentos internacionais assegurando que os direitos humanos pertencem a toda humanidade.

Assim, formou-se o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que passou a interferir tanto nas instituições políticas, quanto nas relações entre particulares, limitando e definindo poderes políticos, econômicos e jurídicos.

O fundamento dos direitos humanos é o princípio da dignidade humana, que significa a proteção do conceito de humanidade. Ingo Wolfgang Sarlet, citando decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, trouxe a seguinte conceituação ao princípio da dignidade: "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais".[41]

---

[39] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27-28.
[40] PIOVESAN, Flávia. **II Colóquio Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Brasil, 2002.
[41] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

A dignidade humana possui diversas dimensões: garantia de pressupostos materiais mínimos, respeito à integridade física e moral dos homens, manutenção da liberdade individual e promoção da solidariedade social.

Joaquim Arce Flórez-Valdes ensina que o princípio da dignidade situa o ser humano no centro do ordenamento jurídico, impede toda a forma de restrição ao livre desenvolvimento da personalidade e protege da imposição de condições desumanas de vida pelo Poder Público ou pelos demais membros da sociedade.[42]

Além disso, a dignidade humana projeta-se em outras direções, quais sejam, o respeito à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra, o direito ao nome e ao livre exercício de crenças religiosas.

Para a compreensão do valor da dignidade humana, há que se buscar a definição filosófica de "pessoa". A filosofia a define como um ser único, insubstituível e capaz de buscar os elementos que concretizem seu próprio projeto espiritual.

Nesta medida, a pessoa deve ser respeitada em sua humanidade[43], afastando-se toda e qualquer possibilidade de coisificação.

Do ponto de vista histórico, a implementação da noção de pessoa na filosofia teria se dado, na visão de Fábio Konder Comparato[44], de acordo com as seguintes fases: (i) a primeira fase com os gregos, que apresentaram o conceito de "personalidade", utilizando figurativamente as máscaras de teatro, expressando o papel dos indivíduos na vida social; (ii) a segunda fase, no século VI, momento em que a pessoa passou a ser caracterizada como ente dotado de substância, dando início à concepção de igualdade; (iii) a terceira fase ocorreu a partir da filosofia kantiana, responsável por propugnar que o ser humano possui

---

[42] Ainda explicita o pensador (no idioma original): "La dignidad de la persona implica situar al ser humano en el epicentro de todo el ordenamiento jurídico, de forma que, como hace GONZÁLEZ PÉREZ `en el ámbito de Derecho público y en los demás órdenes jurídicos, el hombre es el gran protagonista'. Como principio, significa la afirmación de su autonomía e independencia y, consiguientemente, excluye toda coacción externa al desarollo de su personalidad, toda actuación que suponga cualquier degradación del puesto central que le corresponde. Y al mismo tiempo que comporta la exigencia, el respeto y la protección de sus inalienables derechos, repele cualquier atentado proviniente de otras personas o de los poderes públicos, la negación de los medios fundamentales para su desenvolvimiento como persona o la imposición de condiciones infrahumanas de vida" (FLÓREZ-VALDES, Joaquin Arce. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990, p. 149).

[43] "O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte. A exibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada" (BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

[44] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, capítulo 1.

condições de exercer a autonomia e agir com racionalidade; (iv) a quarta fase foi o período no qual se reconheceu que o homem é o único que dirige a sua vida em função de preferências valorativas; e (v) a quinta fase, no século XX, ocorrida com a descoberta do DNA e a percepção de que cada pessoa tem um patrimônio genético único.

Por outro lado, o princípio da dignidade humana impõe a proteção da *solidariedade social* para viabilizar as relações humanas em sociedade e a coexistência dos seres humanos. Então, como decorrência do princípio da solidariedade é que o preâmbulo e o artigo 3º, II, da Constituição Federal de 1988 definem o direito ao desenvolvimento como um dos objetivos da República.

A partir das décadas de 1980 e 1990, o desenvolvimento deixou de permear unicamente as discussões de Estado, comércio internacional e passou ao campo dos debates envolvendo a efetivação de direitos, a autodeterminação dos povos, a solidariedade e a felicidade.

Em 1986, foi adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, subscrita por 146 Estados. De acordo com o documento, o direito ao desenvolvimento impõe participação, busca por justiça social e cooperação internacional. Além disso, busca-se uma globalização ética e solidária, visando promover o bem-estar social e econômico de forma equitativa.[45]

Nesse momento, houve uma redefinição da concepção de desenvolvimento para além do crescimento econômico, com uma visão social mais ampla, que relaciona desenvolvimento à desenvolvimento econômico (crescimento econômico, progresso), desenvolvimento social (busca de bem-estar social, direito à felicidade), desenvolvimento político (governança e participação democrática) e desenvolvimento sustentável (a busca do meio ambiente saudável)[46].

A sociedade culturalmente avançada é a que cria oportunidades similares aos cidadãos nos campos da política, da economia e da educação formal; garante o acesso ao Poder Judiciário, aos serviços públicos e à seguridade social; impõe a democracia e o pluralismo político e cultural e; no campo da economia, assegura a preservação ao meio

---

[45] PIOVESAN, Flávia. **II Colóquio Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Brasil, 2002.

[46] "Nesse itinerário estaria, em apertada síntese, o percurso entre o direito do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento. [...] É possível perceber que o direito do desenvolvimento se situa mais confortavelmente no âmbito do direito econômico constitucional, nas relações entre Estado e os agentes de mercado, ainda que conjugados em prol do interesse social. [...] O direito ao desenvolvimento se situa no universo maior dos direitos humanos, caracterizado como direito dos povos e coletividades, em privilégio da dimensão individual e social, nas relações que priorizam a dignidade da pessoa humana." (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p.173).

ambiente e provê segurança social, a partir de uma integração comunitária e solidária. A democracia é também fundamental ao desenvolvimento.[47]

Por seu turno, são fundamentos do desenvolvimento:

(i) a lei, que assegura, ao mesmo tempo, a integração de todos os aspectos da sociedade, a construção das instituições, a exequibilidade das decisões do Poder Judiciário e até a melhoria da economia; ; e

(ii) a qualidade institucional, na medida em que instituições sólidas asseguram políticas sociais e liberdades civis, representatividade, efetividade das políticas públicas, adequação das normas regulatórias, confiança nas leis e controle da corrupção. [48]

Mais ainda, conforme expôs Amartya Sen[49], a finalidade do desenvolvimento é trazer liberdade. Para o autor, são dimensões da liberdade: a política, a social e a garantidora de direitos, todas dimensões expandem a capacidade dos indivíduos de escolher seus próprios valores e aumentam suas oportunidades.

O Quarto Relatório da ONU[50] para o Desenvolvimento de 2000 estabelece que o desenvolvimento gera sete liberdades: liberdade contra discriminação de gênero, raça, etnia, origem e religião; liberdade contra o medo, impondo segurança contra tortura, arbitrariedades estatais e outros atos violentos; liberdade de expressão e de associação; liberdade de buscar um padrão de vida decente; liberdade de realização do potencial humano e liberdade de buscar um trabalho livre de exploração.

Realmente, uma concepção adequada do desenvolvimento humano não pode ignorar a importância das liberdades democráticas.[51]

Então, concluindo, Amartya Sen apresenta uma definição de desenvolvimento que inclui os seguintes elementos:

---

[47] BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[48] TREBILCOCK, Michael J; MOTA PRADO, Mariana. **What makes poor countries poor?** Institutional determinants of development. New York: Edward Elgar Publishing, 2012.
[49] SEN, Amartya. **Identity and violence** – the illusion of destiny. New York: Norton, 2006.
[50] HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr_2000en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.
[51] HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr_2000_en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

(i) O ideal desenvolvimento supera a mera acumulação de riquezas ou o aumento da lucratividade. Está, sim, relacionado à capacidade de colocar fim à pobreza, assim considerada aquela que gera a privação de necessidades básicas.

(ii) O desenvolvimento impõe a integração das esferas econômica, política e social.

(iii) As liberdades individuais são os fundamentos do processo de desenvolvimento.

(iv) O mercado deve estar atrelado aos arranjos políticos e sociais, assegurando eficiência e equidade.

(v) O desenvolvimento faz com que as pessoas possam viver de acordo com suas reais potencialidades e valores.[52]

É possível resumir as teorias a respeito do desenvolvimento da seguinte forma[53]:

i. *Teoria da síntese* – o desenvolvimento é um direito síntese, que engloba todos os demais direitos humanos de natureza civil, política e econômica. Ao atingir o desenvolvimento, estar-se-ia promovendo a justa e adequada distribuição e realização dos direitos humanos universalmente reconhecidos. Seria o desenvolvimento um direito composto, na medida em que permite o alcance de direitos humanos em sua totalidade. Trata-se também de um direito basilar, um meio para promover outros direitos humanos.[54]

ii. *Teoria do processo especial de desenvolvimento* – conforme preconizam os adeptos desta teoria[55], o desenvolvimento seria um processo para assegurar a realização das liberdades fundamentais, visando melhorar as condições socioeconômicas dos indivíduos e buscar a dignidade humana. O processo de desenvolvimento deve assegurar também a igualdade de oportunidades no acesso aos recursos básicos como saúde, alimentação, emprego e moradia. É fundamental, nesse passo, a busca por erradicar injustiças sociais e o papel ativo das mulheres.

---

[52] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[53] OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. 322 p. Tese (Doutorado/Direito Internacional). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.

[54] "Reclama, para tanto, uma estrutura favorável para a sua realização, ou seja, trata-se de modalidade de direito que habilita para o exercício de outros direitos (*enabling right*)" (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 100).

[55] Arjun Segupta, perito independente sobre direito ao desenvolvimento da ONU (HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr_2000_en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

iii. *Teoria dos direitos básicos* – nestas referências, o direito ao desenvolvimento é tratado como um direito essencial ao gozo dos demais direitos. É necessário estabelecer o desenvolvimento de modo seguro e sustentável, para, posteriormente, buscar outros direitos.

iv. *Teoria dos metadireitos* – o direito ao desenvolvimento impõe estabelecer políticas que o tornem realizável. Nesse caso, o indivíduo pode demandar políticas específicas para realizá-lo, cabendo ao Estado o dever de promovê-las.

Diante disso, devem ser analisadas as relações entre direito e desenvolvimento.

2.2 As relações entre direito e desenvolvimento

Do ponto de vista econômico, são requisitos do desenvolvimento: a efetivação de políticas destinadas ao crescimento; a viabilização de parcerias com o setor privado, com medidas de colaboração e de cooperação entre os setores público e privado e a promoção de progresso tecnológico, inovação e modernização.

O Quarto Relatório para o Desenvolvimento da ONU[56] para 2000 estabeleceu como premissa que o desenvolvimento não se limita ao crescimento do PIB ou superávit da balança comercial, mas exige modernização e transformação institucional.

Além disso, é necessário buscar mercados competitivos, equilíbrio fiscal, expansão das oportunidades comerciais, competência na gestão administrativa e seriedade do Poder Judiciário.

Do ponto de vista jurídico, o desenvolvimento exige estabelecer finalidades, a partir de normas que assegurem igualdade de posições e de oportunidades e efetivar políticas de sustentabilidade e de redução da pobreza. Sobretudo, são fundamentais os processos democráticos para difundir influências culturais e assegurar o respeito às diferenças.

Para a ONU[57], os indicadores mínimos do direito ao desenvolvimento são saúde, educação e alimentação que, nessa ótica, deveriam ter prioridade especialmente no que se refere à alocação dos recursos do Estado.

---

[56] HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr_2000_en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

[57] HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr_2000_en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

Com efeito, deve-se referir também ao conceito de direito e desenvolvimento (ou *law and development*), movimento que pretendeu operar o desenvolvimento por meio de normas e de instituições jurídicas. E os entendimentos a respeito são bastante variados.

Fato é, conforme observa Diogo Coutinho, que nem sempre o direito, ao estabelecer objetivos e premissas para determinadas políticas públicas, extrai o resultado pretendido: "o desenvolvimento, como resultado mensurável, pode vir ou não" de modo que "embora viabilize, organize, formalize e estabilize relações econômicas [...], o direito não é, a rigor, causa do desenvolvimento".[58]

O movimento *law and development* iniciou-se na década de 1950, como um programa de boa governança. Neste sentido, buscou-se uma aproximação entre o direito e a economia, em especial no tocante à influência das instituições no processo de desenvolvimento.

Nas palavras de Patrícia Borba Vilar Guimarães:

> verifica-se relativa abundância de esquemas teóricos que procuram explicar a relação entre direito e desenvolvimento sob as perspectivas institucionalistas. Tal movimento estabelece cinco grandes metas: i) manter o Estado subordinado à lei; ii) assegurar a equidade anterior à lei; iii) ofertar lei e ordem; iv) prover Justiça eficiente e imparcial; e v) promover a proteção dos direitos humanos. [59]

Sob a perspectiva de que o Estado seria um indutor do desenvolvimento, o direito é visto como meio na implementação de planos e políticas de desenvolvimento, em uma tentativa de transformar a sociedade. Por outro lado, o direito seria um instrumento na modificação das instituições jurídicas, interferindo na efetividade de contratos ou na definição de direitos de propriedade.[60]

No fim dos anos 1980, a teoria de Direito e Desenvolvimento tinha como ideal criar regras jurídicas que facilitassem a efetivação das políticas econômicas, transferindo ao Estado a tarefa de promover o desenvolvimento. No entanto, a economia possui uma velocidade e um dinamismo que não podem ser acompanhados pelo direito.

---

[58] COUTINHO, Diogo R. **Direito, desenvolvimento e desigualdade**: a dimensão jurídica de políticas sociais. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009, p. 150-151.

[59] GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento**. Texto para discussão, n. 1824. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2013.

[60] COUTINHO, Diogo R. **Direito, desenvolvimento e desigualdade**: a dimensão jurídica de políticas sociais. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.

De acordo com David Trubek[61], "para criar leis e aplicá-las com vistas à realização de objetivos econômicos é preciso pensar instrumentalmente, de modo que culturas jurídicas altamente formalistas seriam uma barreira ao desenvolvimento."

Por outro lado, a ação estatal deverá estabelecer planos, metas e programas, cabendo ao direito, ademais, definir as finalidades e estabelecer o arcabouço institucional.

A teoria do Direito e Desenvolvimento considerava que o direito traria ainda os seguintes elementos ao desenvolvimento: (i) uma concepção a respeito de procedimentos, especialmente no tema da governança e da administração pública, enfatizando que a capacidade técnica nunca é suficiente para criar novas instituições e resolver problemas sociais complexos; (ii) fórmulas democráticas que envolvam diversos atores nos processos decisórios; acreditava-se que o crescimento econômico, por si só, levaria à democracia, portanto, não era necessário preocupar-se com a política.

David Trubek, ao buscar o papel do direito para o desenvolvimento inspira-se na obra de Max Weber[62], que relacionou o aprimoramento do sistema jurídico moderno ao surgimento do capitalismo ocidental. E, para isso, observou que o avanço do direito ocorria simultaneamente às transformações econômicas, dentro de um sistema de causalidades mútuas.

O que é relevante no pensamento de Max Weber e que acaba influenciando David Trubek é a percepção de que quanto mais racional o arcabouço jurídico, mais condições ele teria de induzir o desenvolvimento do sistema econômico. O ideal de racionalidade no pensamento de Max Weber significava a presença dos seguintes elementos: (i) autonomia em relação aos demais sistemas; (ii) precisão e planejamento na elaboração das normas; (iii) impositividade das normas de maneira uniforme e coerente.

Para Max Weber, a previsibilidade do direito elaborado de maneira racional e planejada seria elemento essencial na condução das relações econômicas, na medida em que ajudaria a estruturar o mercado e as instituições burocráticas.

Entretanto, David Trubek[63] conclui que seria inviável manejar com segurança esse determinismo entre desenvolvimento jurídico e econômico, já que o modelo foi proposto por Max Weber a partir da análise do início da industrialização na Europa.

---

[61] RODRIGUES, José Rodrigues (org). O novo direito e desenvolvimento: entrevista com David Trubek. **Cadernos de Direito da GV**, v. 4, n. 5, São Paulo, 2007.
[62] WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.
[63] TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito. Um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2008.

O processo de transformação social e econômico pressupõe diversas variáveis que o direito por si só não teria condições de apreender. Haveria que se compreender cada referência institucional para se estabelecer como deveriam ocorrer as relações entre direito e desenvolvimento.

Nesse sentido, o direito administrativo passou e ser uma ferramenta do desenvolvimento por meio de políticas que visam a articulação do Estado com o setor privado, a modernização e o crescimento econômico.

O Estado desenvolvimentista apresenta, dentre suas características, uma burocracia pública pequena e qualificada com poderes efetivos; o Estado controla as finanças e a taxa de câmbio, protege a indústria nacional e assegura a ciência e a tecnologia. Já o Estado liberal transfere ao mercado a função de coordenar as atividades econômicas.[64]

Para os estudiosos de direito e desenvolvimento, há que se reconhecer o caráter interdisciplinar dos estudos de economia, direito e sociedade. Como refere Brian Tamanaha, a sociedade é o centro de gravidade do "direito e desenvolvimento". E, entende-se como sociedade, a história, a cultura, os recursos humanos e materiais, a religião, o conhecimento, as condições econômicas e a política.[65]

No início de 1990, surge a visão neoliberal de Direito e Desenvolvimento. Para esta visão, o Estado não leva ao desenvolvimento, mas torna-se um obstáculo, na medida em que pode dificultar o funcionamento da economia. E o formalismo passa a ser visto como parte da visão da assistência ao desenvolvimento da época.

Atualmente, percebeu-se que é muito difícil construir planos comuns e universais para o desenvolvimento sem considerar as características de cada realidade. Os parâmetros e regras até então estabelecidos foram colocados em dúvida. Cada organização institucional pode apresentar características próprias que exijam soluções específicas.

Por outro lado, as instituições financiadoras do desenvolvimento, os políticos e a academia buscam uma visão universalista para o desenvolvimento. Para isso, é importante reconhecer que o direito e a economia são fenômenos que se relacionam, porém devem ser considerados também nesta equação os outros aspectos da vida social. Assim, respeita-se a autonomia e a dependência da experiência jurídica na sociedade. [66]

---

[64] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre o novo desenvolvimentismo e o desenvolvimentismo clássico. **Revista de Economia Política** 36, São Paulo, 2016, p. 237-265.
[65] TAMANAHA, Brian Z. **The primacy of society and the failures of law and development**. 44 Cornell Int'L. L.J, 2011.
[66] RODRIGUES, José Rodrigues (org.). O novo direito e desenvolvimento: entrevista com David Trubek. **Cadernos de Direito da GV**, v. 4, n. 5, São Paulo, 2007.

No Brasil, o direito possui um papel extremamente relevante, não somente na estruturação do sistema econômico, mas também para assegurar processos e valores sociais. O direito se apresenta nesse contexto como o principal meio de harmonização dos interesses sociais.

Diante da chamada *economia baseada no conhecimento*, os órgãos de financiamento do desenvolvimento têm apresentado estratégias para desenvolver produtos baseados na inovação e em ativos intangíveis. O financiamento de inovações com risco elevado têm sido a aposta desses novos tempos.[67]

O direito, por si só, não é capaz de gerar desenvolvimento. Deve haver uma interação público-privada nessa direção, com vistas a criar o arcabouço institucional, estabelecer programas e metas para o futuro, fortalecer políticas públicas e planejar ações estatais.

O direito e a lei também servem para regulamentar tarefas, objetivos e responsabilidades. A forma mais efetiva de o direito se tornar um mecanismo para fazer avançar a racionalidade no sentido objetivo é promovendo esclarecimentos sobre as metas econômicas e sua relação com o sistema jurídico.

As duas instituições responsáveis pela organização econômica e social são o Estado e o mercado. Por um lado, o Estado traduz a vontade política e se expressa por meio da lei, exercendo a ação coletiva. Ele é responsável por prover e buscar segurança, liberdade, bem-estar, justiça social e proteção do meio ambiente.

Por outro lado, o mercado é uma instituição vazia de vontade, por meio do qual se estabelece a alocação de recursos nos diversos setores competitivos. O mercado coordena os setores econômicos e cria as condições necessárias para os empresários investirem e inovarem. Assim, o Estado e o mercado se relacionam para que o desenvolvimento econômico possa ocorrer de maneira sustentada.[68]

Diante disso, há basicamente duas formas de Estado e organização econômica: a desenvolvimentista e a liberal. Estado desenvolvimentista é aquele que intervém na economia visando seu desenvolvimento e o Estado liberal deixa ao mercado estabelecer sua própria regulamentação.

---

[67] SHAPIRO, Mario; TRUBEK, David (org.). **Direito e desenvolvimento** – Um diálogo entre Briks. São Paulo: Saraiva, 2012.
[68] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre o novo desenvolvimentismo e o desenvolvimentismo clássico. **Revista de Economia Política** 36, São Paulo, 2016, p. 237-265.

Afinal, ao observar as experiências que relacionam Direito e Desenvolvimento, desde Estados que lideram o crescimento econômico até o neoliberalismo, muitos autores reconhecem o fracasso destas tentativas, uma vez que as orientações produzidas, de modo universal e generalista, deixaram de reconhecer as especificidades e as particularidades de cada realidade. As teorias não dominam a complexidade de cada sistema jurídico.[69]

Como conclusão, apesar das dificuldades apresentadas, o presente trabalho filia-se ao pensamento de que o estado desenvolvimentista é essencial ao desenvolvimento nos termos ora apresentados, ou seja, com características que envolvam crescimento econômico, inserção global com equidade, distribuição de riquezas e participação democrática.

Para tanto, vale lembrar Eli Diniz que apresenta as seguintes premissas à construção de um estado desenvolvimentista:

(i) Não há uma fórmula fixa universal para construir-se um estado desenvolvimentista. É necessário um processo de experimentação e aprendizado constantes, que devem levar em conta a trajetória de cada país e suas condições institucionais peculiares.
(i) Deve ser estabelecida uma abordagem multidisciplinar, que inclua análises do papel das instituições e das ações política no processo.
(ii) O projeto desenvolvimentista envolve políticas governamentais pró-desenvolvimento, além do compartilhamento de metas econômicas, crenças, ideias e valores.[70]

Com efeito, como se verá, o direito ao desenvolvimento é ainda um veículo ao bem-estar social e ao direito à busca da felicidade.

---

[69] E ressalta: "O passado se parece com um campo de batalha em que todos os lados jazem derrotados. Perdemos a fé nas grandes ideias e nas soluções universais. Nem mercados e nem Estados se parecem as panaceias que outrora se pensava que fossem. Enfrentamos a complexidade e o enraizamento de culturas, tradições e sistemas jurídicos e aprendemos que não há tamanho único que sirva para todos. Vimos que o Estado desenvolvimentista pode ser tão tirano quanto emancipador, o mercado pode ser tanto uma fonte de opressão quanto de energia e inovação, a ajuda externa, tanto um instrumento de hegemonia, quanto de boa vontade" (TRUBEK, David. M. A coruja e o gatinho: há futuro para o "direito e desenvolvimento"? *In*: (org.) RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-225).
[70] DINIZ, Eli. Desenvolvimento e Estado desenvolvimentista: tensões e desafios da construção de um novo modelo para o Brasil do século XXI. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 47, Curitiba, 2013, p. 09-20.

2.3 O desenvolvimento social - a importância do desenvolvimento para o bem-estar social

Como referido, o desenvolvimento estabelece uma interdependência entre as esferas humana e social, assegurando a ligação entre os elementos econômico (produção), social (igualdade) e político (participação democrática) e, consequentemente, uma maior igualdade de oportunidades.[71]

Do ponto de vista constitucional, direito ao desenvolvimento é um dos valores supremos do Estado Democrático brasileiro. Segundo o artigo 3º, II do Texto Constitucional, o desenvolvimento nacional está entre os objetivos fundamentais da República e o artigo 4º do mesmo Texto Magno determina que nas relações internacionais devem prevalecer, dentre outros, os princípios da autodeterminação dos povos e da cooperação entre os indivíduos com vistas ao progresso da humanidade.

Nesta medida, do ponto de vista social, o desenvolvimento deverá assegurar determinados níveis de bem-estar e de qualidade de vida. A este respeito, Amartya Sen[72] ressalta que o bem-estar impõe *funcionamentos* e *capacitações.* Os *funcionamentos* são definidos como estados e atividades valorizados pelas pessoas em suas vidas, como alimentar-se, gozar de boa saúde, estar feliz ou participar de uma comunidade [...]. Por outro lado, as *capacitações* relacionam-se à liberdade para alcançar o tipo de vida desejada.

No mais, o direito ao desenvolvimento tem como fundamento a igualdade de oportunidades de todos aos recursos básicos da sociedade. O alicerce dos direitos sociais é justamente assegurar acesso às condições e aos recursos necessários para o bem-estar material (alimentação, água, habitação, saúde, assistência social, educação e segurança).

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento impõe a busca de políticas públicas dirigidas a promoção do bem-estar da população e dos indivíduos, determinando que estas deverão ser formuladas com base nas necessidades específicas de cada comunidade a partir da participação livre e ativa de todos.

---

[71] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 429-460.
[72] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Por outro lado, a noção de bem-estar está diretamente associada ao direito de felicidade[73], que por sua vez, pode ser entendido pelo viés negativo ou positivo.

O viés negativo define o direito à felicidade como o direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado ou do particular na execução de projetos pessoais de conquista da felicidade. Trata-se do "direito à busca da felicidade". E, o viés positivo, impõe ao Estado o dever de realizar iniciativas e políticas públicas que auxiliem o indivíduo a concretizar suas aspirações, fornecendo instrumentos aptos à consecução do seu projeto individual. Esses instrumentos não se limitam a assegurar o mínimo existencial. Trata-se de uma busca efetiva pelo ideal de felicidade.

O direito à felicidade, no seu viés positivo impõe o direito mínimo existencial e à implementação de políticas públicas que ampliem a felicidade social.[74] Saul Tourino Leal lembra o seguinte:

> O Estado Democrático brasileiro se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. São tantas as bandeiras de virtude, justiça, respeito e generosidade que essa oração preambular traz, que de nada mais precisaríamos para concluir que o projeto do constitucionalismo contemporâneo brasileiro é um projeto de felicidade de todos.[75]

Em fevereiro de 2008, o presidente da França, Nicolas Sarkozy, insatisfeito com as informações estatísticas disponíveis a respeito de desenvolvimento, realizou requerimento para a instauração de uma comissão de estudos sob a coordenação de Joseph Stiglitz, Amartya Sen e Jean Paul Fitoussi, posteriormente denominada como "Comissão para a Mensuração do Desempenho Econômico e do Progresso Social" ou Comissão Stiglitz-Sen.

O relatório final produzido[76] declarou que o conceito de qualidade de vida (ou bem-estar) é amplo e complexo e exige uma avaliação multidimensional. A qualidade de vida depende de saúde, educação, condições de vida quotidiana (dentre as quais o direito

---

[73] A Constituição Federal de 1988 privilegia o conceito de bem-estar em diversos dispositivos. Vide artigo 23, parágrafo único; artigo 182; artigo 186, IV; artigo 193; artigo 230 e artigo 231, § 1º.
[74] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
[75] LEAL, Saul Tourino. **Direito à felicidade, história, teoria, positivação e jurisdição**. 365 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013.
[76] **REPORT by the comission on the measure of economic performance and social progress**. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/documents/118025/118123/Fitoussi+Commission+report. Acesso em: 07 jun. 2019.

ao emprego e a uma moradia decentes), participação no processo político, ambiente social e natural e segurança pessoal e econômica. A medida de todos esses elementos necessita de dados objetivos e subjetivos. Além disso, devem ser consideradas as seguintes variáveis:

(i) a pessoas, enquanto individualidades e não como uma generalidade, de modo que devem ser aferidos os valores priorizados pela comunidade, em especial os fins de suas atividades humanas, que devem ser considerados intrinsecamente ou instrumentalmente (se estiverem direcionados a outros objetivos);
(ii) a concepção de justiça social dentro de cada comunidade, ou seja, os fatores que moldam a vida das pessoas e como são distribuídos socialmente. Além disso, há que se buscar a concepção social de diversidade e desigualdade social;
(iii) a natureza multidimensional do conceito de bem-estar;
(iv) a sustentabilidade, com a averiguação do bem-estar das gerações futuras.

O relatório também ressalta a necessidade de se avaliar os índices de felicidade, assim considerada como a presença de sentimentos e emoções positivas (alegria, vitalidade, energia positiva) e ausência de sentimentos negativos (raiva, depressão, tristeza). Esta avaliação envolve a análise evolutiva de experiências presentes e passadas e requer um esforço subjetivo de consolidar e compreender experiências passadas.[77]

Do que se vê, a qualidade de vida e, consequentemente o bem-estar devem ser mensurados por: (i) elementos subjetivos, que compreendem diferentes aspectos (avaliação cognitiva da vida, emoções vivenciadas, direito à felicidade) tudo dentro de uma apreciação global; e (ii) elementos objetivos associados à saúde, à educação, à moradia e à participação no processo democrático.

Muitos documentos incluem o direito à felicidade entre os direitos fundamentais, a exemplo da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e as Constituições do Japão (1947), Coréia do Sul (1948), França (1958), além da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948).

---

[77] "Satisfaction with life as a whole (and with particular domains, such as work, housing and family life) involves an evaluative judgment of how one's life is faring, which requires making an effort and remembering past experiences. Conversely, positive and negative affect involve measuring the hedonic experiences experienced by people in real time, or shortly after these experiences have occurred." (**REPORT by the comission on the measure of economic performance and social progress**. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/documents/118025/118123/Fitoussi+Commission+report. Acesso em: 07 jun. 2019).

Os princípios constitucionais da cidadania e da dignidade humana (artigo 1º, II), assim como o "piso vital mínimo" estabelecido pelo artigo 6º do texto constitucional (direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) são os principais informadores dos critérios a serem utilizados na condução das formas de desenvolvimento e do progresso econômico.

O desenvolvimento demanda também a proteção contra a violência, a liberdade de imprensa e a liberdade política.

A ordem financeira e o sistema financeiro nacional, por determinação constitucional, deverão conduzir a um desenvolvimento equilibrado do país e promover os interesses da coletividade. O direito ao desenvolvimento é, portanto, simultaneamente, um direito da coletividade e um direito individual humano. É dever do Estado, por meio das instituições, da lei e da organização financeira do país, assegurar condições, fiscalizar e formular políticas públicas destinadas a este fim.

Por outro lado, o ideal de desenvolvimento advém da concepção de solidariedade, princípio constitucional que vislumbra a vivência em comunidade e a coexistência humana.

2.4 Desenvolvimento e solidariedade

Com efeito, o direito ao desenvolvimento foi envolvido pelas concepções de sustentabilidade social e humana, como decorrência do ideal de solidariedade.

Do ponto de vista histórico, o princípio da solidariedade desenvolveu-se ao longo do tempo e passou a ter lugar com a efetivação dos direitos fundamentais. O princípio da solidariedade traz uma nova maneira de se pensar a relação do indivíduo com a sociedade e do indivíduo com o Estado. Trata-se de um valor dirigido ao gênero humano e aos povos e não ao indivíduo.[78]

A solidariedade é um princípio que gera um dever-ser na relação dos integrantes entre si e do todo com cada uma das partes. Expressa-se no dever de assistência no interior dos Estados e no dever de reciprocidade entre Estados e demais organizações.

---

[78] "Estar-se-ia diante de enunciados jurídicos que têm como primeiro titular o próprio gênero humano, num momento crucial em termos de sua afirmação como valor supremo. [...] As relações internacionais estão no centro da proclamação desses direitos, constituindo-se como objetivo a construção de uma ordem jurídica baseada na solidariedade e na fraternidade entre os Estados" (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 100).

A solidariedade, por seu turno, decorre de uma ideia racional segundo a qual a sobrevivência do todo depende da relação entre os cidadãos. Na análise do desenvolvimento humano, há que se vislumbrar que a vivência em comunidade é uma constante, na qual sempre prevaleceu a responsabilidade de todos pela manutenção do grupo. E o Estado deixa de ser um fim em si mesmo, ou seja, mero impositor de obrigações e começa a cumprir uma função de união, assistência e de busca pela igualdade social.

A Revolução Francesa trouxe o valor da fraternidade como forma de resgatar "a solidariedade horizontal entre homens livres e iguais". Trata-se de buscar unidade na pluralidade e na diferença, de modo que "quanto mais os membros de um grupo se distinguem, mais eles são indispensáveis uns aos outros. O fortalecimento da individualidade corresponde exatamente ao fortalecimento da unidade social".[79]

Então, a positivação do valor de fraternidade fez nascer o princípio da solidariedade, pela primeira vez inscrito em norma no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.[80]

O princípio da solidariedade tem uma importância fundamental, como fator de união e, ao mesmo tempo, como forma de assegurar ao ser humana a busca pela sua autodeterminação e felicidade.

A complexidade das relações entre os membros da sociedade industrial gera um dever social e assistencial que supera a mera ideia de reciprocidade. Tudo na busca de um ideal de igualdade social.

A solidariedade é um princípio atualmente consagrado na maioria das Constituições do mundo. Ela trouxe uma nova maneira de pensar as relações entre direito público e privado e assegura a igualdade de tratamento do ser humano em sua generalidade, evitando situações econômicas, culturais e morais degradantes. E, nesta medida, a solidariedade viabiliza as relações humanas em sociedade, ou seja, a coexistência humana.

É no princípio da solidariedade, ademais, que se deve buscar a funcionalização dos direitos, fazendo com que os interesses pessoais não se sobreponham às necessidades sociais. Este valor aplica-se a todas as instâncias do ordenamento jurídico.

---

[79] BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2010, p. 528-529.

[80] Artigo 1º da Declaração de Direitos Humanos "[...] todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade."

Nas palavras de José Fernando de Castro Farias, "o homem não é mais unicamente um ser de direito; ele é chamado a preencher uma 'função social'."[81]

Assim, a descoberta do conceito de solidariedade, no final do século XIX, significou uma modificação no vínculo indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, estabelecendo uma nova forma de pensar a sociedade e a proteção social concreta.

Vale lembrar o plano apresentado ao Conselho Europeu em dezembro de 1993, que gerou "O livro Branco – reflexões e cenário para a EU-27 em 2025".[82] Segundo o plano, o modelo europeu de sociedade deve necessariamente passar por políticas mais ativas de solidariedade interna e externa à Comunidade.

O princípio da solidariedade tem a missão de remover os obstáculos políticos, sociais e econômicos que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e sua participação na vida do país. Trata-se de uma nova maneira de pensar a relação do indivíduo com a sociedade.

De acordo com Pietro Perlingieri,

> A solidariedade diz respeito a perfis objetivos de equidade distributiva e representa uma verdadeira liberalidade ou então o adimplemento de um dever moral e social ou de um dever jurídico, que encontra fundamento na própria solidariedade. Com esta se realiza a transferência de recursos e/ou vantagens de uma pessoa para outra, de um grupo a outro e, para fins de equidade distributiva, é relevante só parcialmente que o ato seja espontâneo e generoso ou obrigatório e cogente. [83]

Observe-se que o desenvolvimento é um processo, que busca a própria realização do potencial humano. Possui um viés quantitativo, concernente à produção e à distribuição de bens para satisfazer às necessidades humanas e um viés qualitativo, que impõe o respeito pela cultura e a busca pela dignidade da pessoa humana.[84]

Certo é que, sob a ótica da solidariedade, o direito ao desenvolvimento possui as seguintes características:

---

[81] FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 233.
[82] Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro_branco_sobre_o_futuro_da_europa_pt.pdf. Acesso em: 30 maio 2019.
[83] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 517.
[84] GALTUNG, Johan. **Direitos humanos**: uma nova perspectiva. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

(i) Impõe o dever de cooperação entre Estados. A Declaração do Direito ao Desenvolvimento, no seu artigo 3º, estabelece que a nova ordem econômica mundial deve "ser baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como [deve] encorajar a observância e a realização dos direitos humanos." Trata-se da busca por ações conjuntas, que envolvam a cooperação entre países com vistas a viabilizar a distribuição mais equilibrada das riquezas, mediante a conjugação de esforços entre diversos atores. Tendo em vista que o desenvolvimento transcende as fronteiras internacionais, devem os Estados buscar arranjos globais nessa direção.

(ii) Há necessidade de participação de todos os atores, com negociação e diálogo, na medida em que não existem fórmulas prontas e que o desenvolvimento é um processo complexo.

(iii) Deve-se buscar a autodeterminação dos povos, não se admitindo a exploração de uns sobre os outros. A autodeterminação ainda impõe soberania sobre as riquezas do território e direito de estabelecer as próprias ações políticas.[85]

José Joaquim Gomes Canotilho assim descreveu o nascimento do princípio da solidariedade:

> A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados 'direitos da terceira geração'. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, pressupõe o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos. Por vezes, estes direitos são chamados direitos de quarta geração. A primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americanas; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos. A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no patrimônio comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a idéia de direitos de terceira (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento.[86]

---

[85] FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 100-156.

[86] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.

Assim, o direito ao desenvolvimento caracteriza-se como um direito humano de natureza protetiva e que visa a inclusão social de todos os povos do planeta, unindo questões globais, coletivas e individuais. Busca, não só satisfazer necessidades primárias das pessoas, mas justiça ambiental e social. O desenvolvimento também inclui democracia, participação, empoderamento dos indivíduos, planejamento, proteção das minorias e equidade.

O ideal de solidariedade, ademais, expressa a relação do homem em sociedade. As aspirações humanas só podem ser atendidas pela vida comum com outros homens, envolvendo toda a complexidade das relações sociais e a necessidade de coexistência humana.

Além disso, o desenvolvimento caracteriza-se como uma transformação estrutural da realidade política, econômica e social de um dado país, por meio de crescimento e progresso econômico, associados a elementos éticos, de equidade (redistribuindo prosperidade e acesso) e de sustentabilidade (mediante um compromisso com as futuras gerações), tudo articulado pelo Estado e sua estrutura burocrática em parceria com o mercado.[87]

Observa-se uma relação intrínseca entre as políticas sociais e as políticas econômicas. Ao promover a proteção social, a redução de desigualdades e o aumento de capacitações em geral, em certo grau atinge-se estabilidade econômica. Do mesmo modo, as políticas econômicas normalmente trazem benefícios sociais.[88]

O desenvolvimento, por seu turno, pressupõe ainda práticas sustentáveis, responsáveis e que assegurem o futuro das gerações futuras.

2.5 O desenvolvimento sustentável

Com efeito, entende-se como meio ambiente como o conjunto de condições que abriga e rege a vida em todas as suas formas. Trata-se de um direito de todos essencial à sadia qualidade de vida. A coletividade e o poder público, em todos os níveis, têm o dever de protegê-lo em âmbito geral (elementos naturais, paisagístico, artificiais, patrimônio cultural e artístico, conforme definido pelo artigo 225 da Constituição Federal).

---

[87] KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Welfare State* e desenvolvimento. **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 1, Rio de Janeiro, 2011, p. 151-156.
[88] KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Welfare State* e desenvolvimento. **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 1, Rio de Janeiro, 2011, p. 129-156.

Nasce, assim, o dever de não degradar, a função social da propriedade e o reconhecimento da proteção ao meio ambiente como direito fundamental.

A Declaração de Estocolmo, nascida do Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu 109 ações para a proteção e a defesa do meio ambiental e esclareceu a relação entre direitos humanos e meio ambiente saudável. Além disso, preconizou que o princípio da dignidade humana é o fundamento destes direitos.[89]

Conforme explica Antonia Pereira Boiteaux[90], passou-se a exigir uma visão ética e não apenas técnica sobre o meio ambiente. A concepção ética, entretanto, não é aquela proposta por Aristóteles, que pressupunha a existência de um ser humano bom e com boa vontade, que agia com virtude e sabedoria e cuja relação com o outro se restringia ao tempo presente. Trata-se, pois, de uma ética voltada ao futuro, baseada em decisões que considerem as situações de incerteza técnica e a existência presente e futura da humanidade.

A professora descreve algumas premissas visando atingir tal finalidade:

(i) As decisões políticas e judiciais não podem ter em vista apenas o tempo presente, lembrando que a noção de tempo passou a ser descontínua e acelerada. A análise de algumas decisões judiciais revelou que várias delas foram baseadas em padrões econômicos referentes ao tempo presente. Porém, como os objetivos passaram a ser dinâmicos e flexíveis, foi afastada a estabilidade e a rigidez do direito clássico para vislumbrar uma concepção de meio ambiente voltada ao futuro.

(ii) Deve haver harmonização e articulação entre normas internacionais e internas. Nesse passo, o conceito de pirâmide normativa é substituído pela ideia de rede de normas. Isto

---

[89] Preâmbulo 1 da Declaração de Estocolmo: "O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma."; Princípio 1 da Declaração de Estocolmo: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas."

[90] BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental" *In:* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 2010.

porque, diante da complexidade do direito internacional, o Estado não mais figura como centro emanador de normas e muitas orientações advém de instituições especializadas. Com isso, o ideal de Hans Kelsen a respeito da coerência e completude do sistema deixa de se aplicar ao caso.

(iii) O multiculturalismo e os direitos humanos impuseram novas técnicas para solucionar conflitos. Considerando-se as diferença, impõe-se o respeito e não apenas a tolerância, de maneira que a pluralidade de ordenamentos jurídicos no mesmo território impede a utilização do sistema piramidal. Desse modo, os conflitos ligados às questões coletivas exigem o modelo de rede de normas, que permita encontrar um critério justo, reconhecido pelas partes envolvidas.

(iv) A regulação de setores da vida social gera microssistemas legais, estruturados em cadeias normativas. Nesse modelo, a interdisciplinaridade busca atingir uma justiça solidária e a sistematização do direito passa a evoluir com a sociedade.

Muitas críticas existem ao direito ao meio ambiente saudável: (i) a característica *soft law* dos diplomas legais (são meras recomendações e não normas cogentes); (ii) a imprecisão de conceitos e do conteúdo material das normas; e (iii) muitas vezes, a inexequibilidade das leis, dado o caráter impreciso da sua titularidade e dos responsáveis pelos ônus ou deveres.[91]

Há, ainda, resistência em se admitir que a conservação ambiental seja objeto de norma impositiva, muito embora se reconheça seu caráter ético e valorativo. Além disso, os documentos internacionais possuem formulações vagas, sem apresentar parâmetros objetivos que permitam ao Judiciário concretizar tais obrigações.[92]

A respeito da necessidade de se assegurar um desenvolvimento sustentável, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe a preservação como

---

[91] FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 114.

[92]"Sua formulação precária, somada à falta da característica da pretensão – ou exequibilidade em juízo – tornaria o direito ao meio ambiente, assim como os demais direitos de solidariedade, inconcebíveis como normas positivadas. Segundo a visão dogmática, a fundamentação jurídica desses direitos os define como direitos 'tudo ou nada', transmissivos apenas de simples apelo moral. Lançando mão de intrigante alegoria, Fitzmaurice e Marshall questionam se o direito ao meio ambiente sadio seria um fantasma ou realidade, concluindo que esse direito, encarado como atributo legal, 'mostrou-se inclusive, e até certo ponto, mais fantasmagórico que real'." (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira. PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013, p. 131.)

forma de assegurar as gerações futuras e que o desenvolvimento sustentável significa crescimento econômico com garantia de respeito à saúde. Nesse sentido, assim preconizou o acórdão proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101 – Distrito Federal, relatada pela Ministra Cármen Lúcia, vedando a importação de pneus usados:[93]

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
> 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigos 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Argüição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, consequentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 101-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 24.06.2009.

> inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.

É possível, então, definir meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.[94]

A Constituição da República de 1988, no Capítulo dedicado ao meio ambiente, ali acolheu os princípios da responsabilidade e da solidariedade intergeracional, ou seja, estabeleceu que as práticas devem assegurar a geração atual e as futuras para que todos possam ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

> A ampliação da noção de dignidade da pessoa humana (a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica) e o reconhecimento de uma dignidade da vida não-humana apontam para uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no

[94] Artigo 3º, I, da Lei n. 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

> âmbito da comunidade estatal. Nesse sentido, Michel Serres aponta a necessidade de se apostar, no contexto político-jurídico contemporâneo, na concepção de um contrato natural, onde o ser humano abandone a sua condição de dominador e 'parasita' em face do mundo natural e assuma em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente.[95]

O Supremo Tribunal Federal, a respeito do meio ambiente, prolatou o seguinte, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

> MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE ([Constituição da República], ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS – ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS ([Constituição da República], ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA ([Constituição da República], ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

---

[95]SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**. Brasília: Fórum, 2008, p. 203.

> **A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral**. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.
> **A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.**[96]

Por seu turno, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO/92), consolidou o princípio da precaução como uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados[97].

Impôs-se a antecipação dos riscos, ainda que cientificamente desconhecidos, com vistas a garantir as gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Daí porque não é necessário comprovar risco atual, iminente e demonstrar os danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para se impor a adoção de medidas de precaução ambiental. Há de se considerar e precaver contra riscos futuros e possíveis de serem previstos.

---

[96] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADIN n. 3.540, relatada pelo Min. Celso de Mello, DJ 3.2.2006 (grifos nossos).

[97] Princípio 15 – Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Trata-se da aplicação do argumento *in dúbio pro ambiente*, pelo qual a certeza dá lugar à probabilidade e há a inversão do ônus da prova. Conforme ensina Édis Milaré[98], o princípio da precaução tem como finalidade "gerir riscos ou impactos desconhecidos" e afirma:

> A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido. A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos. Procura instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma a diminuir os custos da experimentação. É recorrente sua invocação, por exemplo, quando se discutem questões como o aquecimento global, a engenharia genética e os organismos geneticamente modificados, a clonagem, a exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. [...] Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carreando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado [...] Anote-se, por fim, que a omissão na adoção de medidas de precaução, em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, foi considerada pela Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) como circunstância capaz de sujeitar o infrator à reprimenda mais severa, idêntica à do crime de poluição qualificado pelo resultado (art. 54, § 3º).

Ademais, conforme prolatado pela Ministra relatora Cármen Lúcia na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101 – Distrito Federal[99]:

> Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer. Na nova ordem mundial, o que se há de adotar como política pública é o que se faça necessário para antecipar-se aos riscos de danos que se possam causar ao meio ambiente, tanto quanto ao impacto que as ações ou as omissões possam acarretar.
> Nem se há negar a imperiosidade de se assegurar o desenvolvimento econômico. Especialmente a fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações. Como posto no art. 170, inc. VI, da Constituição brasileira, a ordem econômica constitucionalmente definida em sua principiologia, fixa o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados (art. 170, inc. VI). E é do Professor Eros Roberto Grau a lição, segundo a qual: "Princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume, também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. Também a esse princípio a Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – confere concreção. A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais,

---

[98] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 263-266.
[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 101-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 24.06.2009.

> abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de 'retorno à barbárie'. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado [...] O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*. O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico (A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Malheiros: São Paulo, 2007, ps. 250/1).

A adoção de medidas de precaução é exigida em situações de risco relevante, ou seja, aquele derivado de uma atividade cuja periculosidade para o meio ambiente ou para a saúde humana é presumida à luz do conhecimento científico disponível[100], lembrando que o meio ambiente saudável, ele é uma decorrência do direito à vida, à saúde e à dignidade humana.

Ademais, ainda a respeito do direito ao desenvolvimento, passa-se a uma breve análise do desenvolvimento no Brasil após a redemocratização.

2.6. O desenvolvimento no Brasil após o período de redemocratização

Um pequeno histórico a respeito do desenvolvimento brasileiro após a redemocratização foi bem introduzido por Priscilla Ribeiro dos Santos, o qual resumimos a seguir.[101]

Na década de 1990, a luta contra a inflação foi a principal questão atinente ao desenvolvimento. Os governos Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) buscaram uma orientação moderadamente liberal

---

[100] O Tribunal Regional Federal Distrito Federal 1ª Região, em acórdão relatado pela Des. Federal Assusete Magalhães, entendeu que as empresas Monsanto do Brasil Ltda e Monsoy Ltda deveriam apresentar um estudo prévio de impacto ambiental sobre os efeitos da produção da soja geneticamente modificada, denominada *Round up ready*, como condição prévia e indispensável para a autorização da sua plantação, além de impedir que as empresas comercializassem as sementes de soja até serem regulamentadas e definidas, pelo poder político competente, as normas de biossegurança e rotulagem dos organismos geneticamente modificados (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região, Apelação Cível n. 1998.34.00.027682-0/DF, Rel. Des. Assesete Magalhães, DJ 28.06.2004).

[101] SANTOS, Priscilla Ribeiro dos. O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e a nova agenda desenvolvimentista no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 65 (2), abr.-jun. 2014, p. 137-162.

e internacionalizante, com plano de privatizações, que retiraram do Estado o controle sobre setores estratégicos como telecomunicações, estradas e energia.

A política econômica inaugurada no período, por um lado, buscou maior integração do Brasil à economia mundial, o que acabou facilitando oscilações do mercado e especulações financeiras e, por outro lado, deixou de investir em crescimento econômico.

O governo de Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2002) teve como principal diretriz a busca pela estabilização, o que, por si só, não traz desenvolvimento. Entretanto, o discurso era no sentido de que a estabilização expressaria o próprio desenvolvimento. No período, a taxa de juros foi administrada com vistas a atrair capital estrangeiro e compensar *deficits* comerciais. Houve, também, uma redução do Estado que, diante da opinião pública, estava superdimensionado.

Buscou-se, ademais, um processo de desenvolvimento voltado ao mercado. O governo considerava que as políticas públicas de estabilização trariam desenvolvimento e igualdade social. Mas, de acordo com Célia Kerstenetzky [102], não foi o que se verificou. Segundo a autora, os anos de Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2002) resultaram em baixo crescimento e modestos avanços na distribuição de renda e redução da pobreza.

Tal período teve como características a modernização da burocracia e do Estado, a profissionalização da administração pública e a maior eficiência dos serviços públicos, além da implementação das políticas de desregulação e de privatizações.

Na sequência, com um discurso voltado à retomada do crescimento econômoco e, após realizar aliança com o Partido Liberal, o que pareceu uma estratégia fundamental[103], Lula venceu as eleições em 2002. A carta redigida por Lula e enviada aos seus eleitores também é tida pelos estudiosos como elemento fundamental na análise da política econômica do período.[104]

---

[102] KERSTENETZKY, Celia Lessa. The Brazilian Social Developmental State: a progressive agenda in a (still) conservative political society. *In*: WILLIAMS, Michelle (editor). **The end of the developmental state?** New York, Routledge, 2014.

[103] SANTOS, Priscilla Ribeiro dos. O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e a nova agenda desenvolvimentista no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 65 (2), abr.-jun, 2014 p. 137-162.

[104] Carta ao povo brasileiro. O Brasil quer mudar. Mudar para crescer, incluir, pacificar. Mudar para conquistar o desenvolvimento econômico que hoje não temos e a justiça social que tanto almejamos. Há em nosso país uma poderosa vontade popular de encerrar o atual ciclo econômico e político. Se em algum momento, ao longo dos anos 90, o atual modelo conseguiu despertar esperanças de progresso econômico e social, hoje a decepção com os seus resultados é enorme. Oito anos depois, o povo brasileiro faz o balanço e verifica que as promessas fundamentais foram descumpridas e as esperanças frustradas. Nosso povo constata com pesar e indignação que a economia não cresceu e está muito mais vulnerável, a soberania do país ficou em grande parte comprometida, a corrupção continua alta e, principalmente, a crise social e a insegurança tornaram-se assustadoras. O sentimento predominante em todas as classes e em todas as regiões é o de que o atual modelo esgotou-se. Por isso, o país não pode insistir nesse caminho, sob pena de ficar numa estagnação crônica ou até mesmo de sofrer, mais cedo ou mais tarde, um colapso econômico,

Ao assumir o poder, o governo Lula manteve uma política macroeconômica neoliberal, mas, simultaneamente, orientou-se no sentido do desenvolvimentismo, promovendo políticas industriais estratégicas e socialmente inclusivas.

O primeiro mandato de Lula (2002-2006) expressou uma tentativa de continuar o processo de estabilização da economia, ao mesmo tempo assumiu um compromisso com as questões sociais por meio da expansão dos programas federais de transferência de renda e da criação de Ministérios, como o Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome e o Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Como consequência, o país apresentou um crescimento importante, especialmente em razão do cenário internacional favorável. Houve uma clara melhoria no desenvolvimento econômico e social, o que incluiu o aumento das taxas de emprego formal e da distribuição de renda no país.

Sobre isso, Celia Kerstenetzky[105] esclarece que o Programa Bolsa Família implementado no governo Lula é indiscutivelmente um programa do "tipo Sen"[106], ou seja, dirigido aos ideais estabelecidos por Amartya Sen. Busca-se romper o ciclo de pobreza, proporcionando acesso à alimentação, à saúde e à educação, criando oportunidades para um grupo socialmente excluído, por meio de ações de qualificação profissional complementares. Além disso, a economia se fortalece com a transferência de renda a uma parte da população que ingressa no mercado de consumo.

---

social e moral. O mais importante, no entanto, é que essa percepção aguda do fracasso do atual modelo não está conduzindo ao desânimo, ao negativismo, nem ao protesto destrutivo. Ao contrário: apesar de todo o sofrimento injusto e desnecessário que é obrigada a suportar, a população está esperançosa, acredita nas possibilidades do país, mostra-se disposta a apoiar e a sustentar um projeto nacional alternativo, que faça o Brasil voltar a crescer, a gerar empregos, a reduzir a criminalidade, a resgatar nossa presença soberana e respeitada no mundo. A sociedade está convencida de que o Brasil continua vulnerável e de que a verdadeira estabilidade precisa ser construída por meio de corajosas e cuidadosas mudanças que os responsáveis pelo atual modelo não querem absolutamente fazer (**Carta ao povo brasileiro**. Folha de São Paulo. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u33908.shtml. Acesso em: 13 jun. 2019).

[105] KERSTENETZKY, Celia Lessa. The brazilian social developmental state: a progressive agenda in a (still) conservative political society. *In*: WILLIAMS, Michelle (editor). **The end of the developmental state?** New York, Routledge, 2014.

[106] Arguably, the PBF [Programa de Bolsa Família] can be considered a development policy of the Sen tipe. Its more visible purposes include relieving destitution and reducing food insecurity; by way of health and education conditions, affording the poorest access to health and education services, creating opportunities for poor children who were out of school to break with the cycle of poverty; opening up a connecting corridor between the government and the poor through which other services can be accessed, such as complementary actions in vocational qualification and labour placement; by means of decentralized programme management, permitting greater capillary penetration of the publicsphere; and fostering public discussion of the appropriateness and limits of an effective social protection network. (KERSTENETZKY, Celia Lessa. The brazilian social developmental state: a progressive agenda in a (still) conservative political society. *In*: WILLIAMS, Michelle (editor). **The end of the developmental state?** New York, Routledge, 2014).

Conforme ressaltou Priscilla Ribeiro dos Santos:

> Ao longo do Governo Lula, essas duas concepções, a liberal e a desenvolvimentista, disputaram a hegemonia. Apesar de terem pressupostos ontológicos e analíticos distintos, a convivência entre elas foi possível, por um lado, pela força da coalizão conservadora, somada à percepção de que as políticas desenvolvimentistas e de combate à pobreza não afetariam os próprios interesses dessa coalizão, e, por outro lado, pelo entendimento de que taxas de crescimento restritas não criariam obstáculos para a inclusão social.
> [...]
> Dentre as políticas implementadas pelo Governo Lula, destacam-se a política de valorização do salário mínimo, o programa habitacional Minha Casa, Minha Vida e as políticas de proteção social, em especial, o programa de transferência de renda, Bolsa Família [...], a partir de 2006 passou a promover ações no sentido de acelerar o crescimento, aumentando os investimentos e estimulando a geração de emprego.

Nesse período, buscou-se a coordenação do Estado com a iniciativa privada, além do incentivo às instituições de fomento ao desenvolvimento, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Dentre as principais falhas, verifica-se o crescimento do ativismo estatal e a redução da competitividade do Brasil no cenário internacional, além da redução do investimento na profissionalização da administração estatal.

Por sua vez, a presidente Dilma Roussef, ao assumir a Presidência, apresentou uma clara orientação desenvolvimentista, mesmo diante do agravamento da crise internacional.

Essa orientação desenvolvimentista dos governos Lula e Dilma exigiu o diálogo e a negociação com diferentes segmentos da sociedade civil, além de mecanismos de participação dos cidadãos nos processos decisórios. Entre as principais iniciativas promovidas pelo governo federal a fim de introduzir a participação social na administração pública, entre 2003 e 2012, destacam-se a criação da Secretaria Nacional de Articulação Social, a inclusão da participação social no processo de elaboração dos Planos Plurianuais (2004-2007 e 2008-2011) e a ampliação dos fóruns participativos.[107]

---

[107] SANTOS, Priscilla Ribeiro dos. O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e a nova agenda desenvolvimentista no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 65, 2014, p. 137-162.

Conforme pontua o relatório produzido pela Fundação Ulysses Guimarães em 2015[108], as questões que atualmente têm dificultado o crescimento e o desenvolvimento econômico brasileiro são de ordem estrutural e se relacionam com o próprio funcionamento do Estado. Elas dependeriam de uma ampla reforma legislativa que, aliás, tem sido debatida nos últimos anos.

O primeiro obstáculo descrito pelo relatório é a forma como se encontra estruturada a sistemática orçamentária brasileira, o que gera um permanente e cada vez mais grave desequilíbrio das contas públicas:

> No Brasil, a maior parte do orçamento chega ao Congresso para ser discutido e votado, com a maior parte dos recursos já previamente comprometidos ou contratados, seja por meio de vinculações constitucionais, seja por indexação obrigatória dos valores. Assim, a maior parte das despesas públicas tornou-se obrigatória, quer haja recursos ou não. Daí a inevitabilidade dos déficits, quando os recursos previstos não se realizam, ou porque as receitas foram superestimadas, ou porque houve retração na atividade econômica, e, portanto, perda de receitas. Os esforços de ajuste, quando estes são requeridos, acabam se concentrando numa parcela mínima do orçamento, o que torna o ajuste mais difícil e menos efetivo. Esta é uma das razões principais porque as despesas públicas têm crescido sistematicamente acima do PIB. Enquanto as receitas também cresciam neste ritmo, a situação parecia controlada. Hoje o aumento sem limite da carga tributária não é mais uma possibilidade.
> O orçamento é a peça mais importante de uma legislatura. Para este fim é que os parlamentos foram criados no moderno Estado de direito. E assim continua sendo na maioria das grandes democracias modernas.[109]

O outro obstáculo seria a forma de organização do sistema de previdência social que não possui mecanismos para equilibrar receitas e despesas e não se adaptou às mudanças demográficas. O resultado é um desequilíbrio crônico e crescente, o que leva a projeções futuras cada vez piores.

David Trubek, ao avaliar a experiência brasileira, observa:

> (i) a estrutura econômica brasileira encontra-se mais voltada ao controle administrativo sobre a atividade econômica do que ao estímulo do desenvolvimento;
> (ii) a atividade econômica brasileira possui uma relação de dependência com o Estado, de modo que as decisões governamentais acabam sendo economicamente previsíveis. [110]

---

[108] BRASIL. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015.
[109] BRASIL. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015.
[110] TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito. Um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119-120.

Assim, como se vê, o Brasil apresentou iniciativas sérias e importantes voltadas ao desenvolvimento, que atualmente foram reduzidas em razão da mudança de orientação do governo atual e da importante crise econômica que atravessa o país.

Mas, na análise do direito ao desenvolvimento, deve-se considerar também os conceitos de governança, de globalização e de mercado.

3 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO MOTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS – GOVERNANÇA, GLOBALIZAÇÃO E MERCADO

3.1 Desenvolvimento político e governança

Como referido, o desenvolvimento, sob certa ótica, depende do Estado, que, por meio de políticas públicas, estabelece metas de bem-estar social, realiza investimentos em setores estratégicos e impulsiona o progresso tecnológico. Além disso, o Estado coordena a relação entre os diversos agentes econômicos. A burocracia de qualidade é, portanto, essencial.

Além disso, a democracia auxilia no desenvolvimento pois possui a capacidade de mediação e de distribuição de conflitos, permite a construção de políticas públicas importantes e cria um sistema de freios e contrapesos, com normas eleitorais de representatividade proporcional, participação de minorias e possibilidade de revisão judicial.

No capítulo destinado aos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal refere, no seu artigo 174, § 1º, que a lei estabelecerá as diretrizes e as bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

A democracia participativa é uma condição para formular e fazer cumprir a política social em vários campos sensíveis, como saúde, educação, assistência social, meio ambiente e cultura. Os processos democráticos geram, do ponto de vista social: aprimoramento da cidadania, expansão do campo de jogo político e pluralização das instituições representativas.

A governança, consequentemente, passa a ser fundamental ao desenvolvimento, estabelecendo uma gestão eficiente e o respeito aos valores democráticos. A governança traz qualidade na interação da administração com a sociedade especialmente em um cenário global e impõe ética e integridade nos assuntos de Estado.

Conforme definição trazida por Gustavo Justino[111], governança é uma ferramenta de aprimoramento da ação estatal, organizada sob a forma de um processo, em que atores estatais e não estatais (organizações sociais e mercado) interagem para desenhar,

---

[111] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 26-28; 42.

implementar e acompanhar políticas públicas visando maior efetividade da ação pública, mediante regras formais e informais para o reforço do comprometimento, da coordenação e da cooperação, a fim de superar o conflito entre Estado, mercado e sociedade.

A Administração Pública deve garantir o controle de gestão, que, conforme ensina Gustavo Justino, prestigia eficiência, controle de legalidade e de resultados. Além disso, o controle de gestão formaliza compromissos de prestação de contas dos órgãos administrativos, concentra a responsabilidade na figura dos administradores, admite negociação em relação a metas e resultados e possui competências e responsabilidades acessíveis e transparentes aos administrados. A ideia de governança liga-se especialmente à busca de efetividade da ação governamental.[112]

Outrossim, deve-se prestigiar as formas de participação social nas quais questões de interesse comum são levadas ao debate com os administrados e decididas por acordo. Na cultura do diálogo, o Estado emana soluções que consideram a diversidade social. Promove-se um sistema integrado capaz de ajustar os diversos interesses sociais, reduzindo a distância entre governantes e governados.[113]

São critérios para se aferir a governança: (i) a existência de uma burocracia séria e independente; (ii) a qualidade na gestão pública e competitividade; (iii) a intensidade do diálogo entre administração pública, mercado e sociedade; (iv) a garantia de direitos individuais e sociais; (v) o aprofundamento da cooperação e da colaboração, especialmente entre países; (vi) a existência de regras de negociação e de dinamização na solução de problemas; (vii) o estabelecimento de uma legislação coerente e adaptável; (viii) a imposição de regras de responsabilidade; e (ix) a administração pública conectada com a realidade.

O desenvolvimento exige planificação (são metas a serem cumpridas no longo prazo). Em 2015, por exemplo, a ONU estabeleceu a "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", que declarou 17 objetivos e 169 metas, que foram acolhidas por todos os países membros, com vistas a atingir o desenvolvimento sustentável nas áreas econômica, social e ambiental, além de buscar a erradicação da pobreza, a paz, a solidariedade global, a igualdade entre gêneros e a concretização de direitos humanos.[114]

---

[112] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

[113] "Daí a expressão *governar por contrato*, a qual evocaria a necessidade de o Estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio de melhor consecução de suas ações" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 25).

[114] Declaração – "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" – "1. Nós, chefes de Estado e de Governo e altos representantes, reunidos na sede das Nações Unidas em Nova York de 25 a 27 de setembro

Conforme definição apresentada pelo relatório mundial do desenvolvimento produzido pelo Banco Mundial em 2017[115], a governança é o processo através do qual atores estatais e não estatais interagem para projetar e implementar políticas dentro de um determinado conjunto de regras informais que moldam e são moldadas pelo poder.

A depender do contexto, os atores institucionais desempenharão um papel mais ou menos importante em relação aos atores não estatais, como as organizações da sociedade civil. Além disso, a governança ocorre em diferentes níveis: organismos internacionais, estados nacionais, instituições, agências governamentais locais, comunidades ou associações empresariais. Essas dimensões geralmente se sobrepõem, criando uma complexa rede de atores e de interesses.

Ainda, é importante reconhecer o equilíbrio de poder entre diferentes atores, além da viabilidade econômica de implementação de determinadas ações políticas. A governança assegura que os recursos sejam racionalmente utilizados no contexto do Estado de bem-estar social.

De certo modo, a globalização gerou a demanda por uma atuação estatal mais efetiva, transparente e responsável. A eficiência administrativa, ademais, advém de relações estáveis caracterizadas pela confiança e pela participação social.

Além disso, tendo em vista que a burocracia não é eleita democraticamente, nasceu o conceito de *accountability* administrativa de desempenho (em substituição à *accountability* procedimental), por meio do qual são aferidos os resultados das decisões administrativas, deixando de ser relevante a distinção entre os domínios públicos e políticos e tornando as decisões mais passíveis de fiscalização.[116]

---

de 2015 no momento em que a Organização comemora seu septuagésimo aniversário, decidimos hoje sobre os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável globais [...]
3. "Nós resolvemos, entre agora e 2030, acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; e assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais. Resolvemos também criar condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais" (Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030. Acesso em: 19 abr. 2017).

[115] WORLD BANK. **Governace and law**. Part 1, 2017, p. 39-108.

[116] BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia Política**, v. 19, n. 39, Curitiba, jun. 2010, p. 103-114.

O Parlamento Europeu aprovou em 2001 o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa[117], que deve ser respeitado pelas instituições e pelos órgãos da União Europeia e seus respectivos funcionários nas suas relações com os indivíduos. Mais do que um estatuto normativo, é um regulamento principiológico.

O direito à boa administração compreende, de acordo com a referida norma, os direitos de igualdade e não discriminação, objetividade na tomada de decisões, equidade, apresentação de soluções em prazo razoável, proteção de dados e respeito às legislações de cada um dos países membros e uso dos idiomas oficiais. Além disso, devem ser aplicados os princípios de imparcialidade, independência e proporcionalidade.

Já a Resolução do Parlamento Europeu de 15 de janeiro de 2013[118] estabeleceu, em linhas gerais, as seguintes recomendações, que devem ser adotadas pelos países membros da União Europeia e pelas instituições da Comunidade nas relações com os indivíduos: a boa administração deve ser aberta, eficiente e independente, evitando arbitrariedades ou decisões não fundadas no interesse público. Além disso, a administração deve se reger pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, do respeito à privacidade, à transparência e à eficiência. Assim, de acordo com o item "M" da referida Resolução:

> Considera que a introdução do *princípio do serviço* – ou seja o princípio que a administração deveria procurar dar orientação, assistência, servir e apoiar os cidadãos, atuar com a devida cortesia e evitar procedimentos desnecessariamente incômodos e demorados, poupando tempo e esforços tanto por parte dos cidadãos como dos funcionários – ajudaria a ir ao encontro das expectativas legítimas dos cidadãos e beneficiaria não só os cidadãos, mas também a administração em termos de um melhor funcionamento dos serviços e um aumento da eficiência; considerando que haverá que promover a consciencialização quanto ao direito dos cidadãos da União à boa administração, inclusive através dos serviços e redes de informação da Comissão.

Outro aspecto importante da governança é a "integridade", que visa a blindar a administração pública contra a corrupção. O conceito de integridade é uma noção que procurar acoplar noções éticas à agenda da Administração Pública, por meio de um conjunto de arranjos destinados a não afastar o Estado dos seus objetivos de atuar conforme os desígnios esperados da sociedade de modo adequado, imparcial e eficiente, mediante políticas de aumento da transparência, gestão adequada de recursos públicos, punição de agentes públicos por desvios de conduta e corrupção, aproximação da relação Estado e

---

[117] CÓDIGO EUROPEU de boa conduta administrativa. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2006_1671.pdf. Acesso em: 04 jun. 2019.
[118] LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0004&from=PL. Acesso em: 4 jun. 2019.

sociedade e gerenciamento de riscos e controles. Tudo visando promover a credibilidade do Poder Público.

Na política de integridade, a instituição deve buscar entender profundamente sua lógica de funcionamento e suas vulnerabilidades, mapear atividades, processos e procedimentos, além de detectar irregularidades no dia-a-dia da instituição. Todos esses são componentes no processo de tomada de decisões de seus gestores.

É fundamental uma previsão orçamentária adequada, que forneça um referencial financeiro sólido para planejar ações públicas. O orçamento deve estar acessível e integrado também à gestão financeira do órgão, contendo informações atualizadas e confiáveis. Deve haver maximização do uso dos recursos e prevenção de desvios.

Recomenda-se a criação e divulgação de um código de ética e de conduta, com regras simples e diretas, compreensíveis a todos e adaptadas à realidade operacional da instituição. As regras deverão disciplinar o relacionamento com fornecedores de bens e serviços e estabelecer mecanismos objetivos e transparentes de seleção de fornecedores e contratação. O manual de conduta ética deve ser divulgado a fornecedores e parceiros. Além disso, treinamentos e cursos de capacitação são necessários para orientar situações sensíveis e corriqueiras.[119]

A administração deve divulgar decisões, ações, planos, orçamentos, contratos, transferências e resultados. Instrumentos de participação pública são importantes também, viabilizando o acesso e o estreitamento na relação entre a administração e a sociedade.

Quanto à gestão, a integridade exige um quadro de pessoal capacitado e motivado. Preenchimento de cargos requer a identificação de profissionais com formação relevante e moderna. A instituição deve promover uma política de capacitação permanente, com desenvolvimento de habilidades técnicas e uma visão ética, além do enquadramento de profissionais adequados para cada tipo de função.

As competências e a estrutura hierárquica e organizacional devem ser claras e conhecidas, por meio da publicação de um regimento ou estatuto interno e um organograma. Devem ser precisas e bem definidas a função e as responsabilidades de cada profissional. É necessário estabelecer normas profissionalizantes, expectativas de carreiras

---

[119] GUIA de integridade pública: orientações para a administração púbica federal: direta, autárquica e fundacional. Controladoria Geral da União. Brasília, 2015.

e reconhecimento. Estas providências, que trazem recompensas intangíveis, elevam o comprometimento individual especialmente nas tarefas difíceis.

Os gestores devem desenvolver habilidades que lhes permitam avaliar os riscos inerentes às suas atividades e atuar de forma a garantir o desempenho eficaz e eficiente da organização.

Ademais, os líderes são importantes na gestão administrativa e devem ser avaliados periodicamente, inclusive por entidades independentes, de modo a identificar falhas técnicas e éticas que comprometam a integridade.

O gerenciamento de riscos, por outro lado, permite identificar e controlar eventos e situações que possam impactar negativamente os resultados pretendidos e servir para dimensionar controles de riscos. Além disso, deve existir integração entre as diversas áreas da instituição. A gestão de informações entre os setores envolvidos facilita o gerenciamento de riscos.

Assim, a integridade traz o conceito de *accountability* administrativa, constituída para definir claramente uma divisão do trabalho especializada e funcional. São assim especificados os papéis dos administradores no processo de tomada de decisões, viabilizando a responsabilização por práticas adotadas. Além disso, viabiliza e expõem situações de má administração e corrupção. Assim, a *accountability* veio acompanhada de noções de desempenho, resultado e transparência.[120]

Com efeito, reconhece-se que a cidadania é atualmente condição fundamental na definição do indivíduo moderno. E a preponderância da vida econômica sobre a política tornou relevante a discussão em torno do tema governança, considerando que os governos devem ser substituídos por uma adequada administração pública. Há, pois, que se enfatizar o aspecto constitucional do exercício do poder da sociedade por meio da gestão administrativa que envolva critérios adequados de governança.[121]

Assim, o Estado deixa de ter apenas a função protetiva e volta-se às demandas dos administrados, os quais, por sua vez, participam da gestão, dentro de um ideal de pluralismo, heterogeneidade de interesses e proximidade entre Estado e sociedade.

---

[120] BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia Política**, v. 19, n. 39, Curitiba, jun. 2010.

[121] CARDOSO JÚNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto. **República, democracia e desenvolvimento**: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

Na nova governança há um aumento da participação de atores não estatais, além da criação de uma legislação coerente e adaptável (ao invés de diversas normas esparsas).

Por outro lado, o Poder Judiciário passou a ser mediador dos interesses sociais no estabelecimento de políticas públicas, em um movimento denominado "judicialização da política", agindo em situações extremas, nas quais a inércia da administração, pudesse gerar prejuízos graves à sociedade, com clara violação aos direitos constitucionais[122].

Stephen Osborne[123] diferencia três grandes escolas de literatura de governança: governança corporativa, "boa" governança, e governança pública. A governança corporativa está preocupada com sistemas e processos internos. A governança pública tem se ocupado mais frequentemente com a relação entre a administração pública e seus servidores. E, a boa governança diz respeito às normas que estabelecem modelos de governança social, política e administrativa por governos supranacionais e organismos como o Banco Mundial.

Além disso, para o autor, a governança pode ser dividida em cinco vertentes distintas:

a) *governança sociopolítica*, voltada às relações dentro da sociedade. Essas relações e interações devem ser entendidas em sua totalidade, a fim de compreender a criação e a implementação de políticas públicas. Sob essa ótica, o governo deixa de ser o protagonista da política pública e transfere a outros atores sociais o direito de organizá-la. Trata-se de reorganizar a direção política dentro de múltiplos atores e redes de políticas.

b) *governança administrativa*, preocupa-se com a administração pública propriamente dita e seu reposicionamento diante das novas organizações do Estado. São as novas orientações da governança para as realidades do mundo moderno.

c) *governança do contrato*, voltada ao funcionamento interno da nova governança e nas relações contratuais de prestação de serviços públicos. São apresentadas formas de controle tendo em vista a concepção de que, no Estado moderno, os contratos não possuem controles adequados;

---

[122] GAURI, Varun. The judicialization of development policy. *In:* HELLER, Patrick; RAO, Vijayendra (Eds), **Deliberation and development**: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies. Washington, DC, World Bank Group, p. 223-228.

[123] OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? *In*: **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: Routledge, 2010.

d) *governança de rede*, direcionada à "organização de redes". Em contraste com a governança de políticas públicas, a governança de rede é direcionada às redes de implementação de políticas públicas e prestação de serviços públicos.[124]

Sob outra ótica, observa-se que os tribunais estão cada vez mais ativos na formulação de políticas de desenvolvimento. Em muitos contextos, as intervenções judiciais podem melhorar a qualidade das políticas públicas e da atuação estatal. Embora a literatura acadêmica tenha tradicionalmente expressado ceticismo em relação à eficácia e ao valor de intervenções judiciais na formulação de políticas, análises recentes têm apresentado resultados contrários, demonstrando qualidade e efetividade no resultado das decisões judiciais voltadas à ação administrativa.

De acordo com Varun Gauri, os tribunais, quando incitados a aplicar políticas de desenvolvimento podem oferecer três benefícios. Primeiro, possuem informações sobre a viabilidade de políticas de desenvolvimento e o custo de implementação. Segundo, envolvem as partes em um diálogo, permitindo atingir um consenso entre os indivíduos e os grupos com interesses envolvidos nas referidas políticas públicas. Utilizam também procedimentos para estabelecer um nível de igualdade entre as partes desiguais do ponto de vista social e político. Desta maneira, os tribunais incluem nas políticas públicas impositivas partes excluídas do cenário social. E terceiro, a deliberação judicial costuma trazer soluções para questões graves e prementes e, nestes contextos, muitas vezes, impõem penalidades para descumprimentos ou prestação de informações imprecisas.[125]

Do que se vê, o Poder Judiciário, em muitas situações, passou a estabelecer políticas públicas, em um movimento denominado "judicialização da política", agindo em situações extremas, nas quais a inércia da administração possa gerar prejuízos graves à sociedade, com clara violação aos direitos constitucionais.[126]

---

[124] OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? *In*: **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: Routledge, 2010.

[125] GAURI, Varun. The judicialization of development policy. *In:* HELLER, Patrick; RAO, Vijayendra (Eds). **Deliberation and development**: rethinking the role of voice and collective action in unequal Societies. Washington, DC, World Bank Group, p. 223-228.

[126] GAURI, Varum. The judicialization of development policy. *In*: HELLER, Patrick; RAO Vijayendra, (Eds). **Deliberation and development**: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies. Washington, DC: World Bank Group, 2015, p. 223-228.

Vale ressaltar que não se trata de ativismo judicial, mas de situações muito específicas nas quais o Poder Legislativo se omite em questões relevantes e relacionadas a direitos fundamentais, impondo ao Poder Judiciário elidir estas omissões com vistas a resguardar direitos e restabelecer valores tutelados constitucionalmente.

Muitas vezes, como se observa, a omissão legislativa decorre do fato de o tema em questão não encontrar apoio popular, razão pela qual os Poderes Legislativo e Executivo deixam de enfrentar a referida pauta. Porém, a violação aos valores e aos direitos constitucionais impõe a intervenção do Poder Judiciário, a fim de afastar a ilegalidade verificada.

Daí a judicialização da política nascer como uma imposição de governança, restabelecendo a responsabilidade da Administração Pública em situações de clara e insistente omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em apresentar uma solução adequada.

Relevante mencionar, a este respeito, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que determinou à administração pública a obrigação de promover medidas ou executar obras emergenciais nas instalações do estabelecimento prisional Albergue Estadual de Uruguaiana, com vistas a assegurar a supremacia da dignidade humana. Isto porque a precariedade do local atentaria contra a integridade física e moral dos presos. O acórdão, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgado por unanimidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 2016.[127]

O Ministro Edson Fachin, ao declarar seu voto, esclarece:

> É de se destacar que ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos Poderes, é possível sim conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. É possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado. Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos

[127] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REx n. 592.581-RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-08-2015, DJU 1-02-2016. (grifo nosso)

> minoritários – como o são os encarcerados em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos, o Poder Judiciário os garanta.
> [...]
> Em assento contínuo na doutrina portuguesa, é possível concluir que a diversidade de funções não é algo a ser visto de forma estanque, mas deve-se considerar o momento de sua concretização. Confira-se:
> ***´A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido mas apenas um princípio reganizatório fundamental****. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal.* ***Devemos perspectivá-lo como princípio histórico (K. Hesse) 'em contacto' com uma ordem constitucional concreta. Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação articula-se e combina-se com outros princípios constitucionais positivos*** *(princípio de governo semipresidencialista ou de regime misto parlamentar-presidencial, princípio da conformidade dos actos estaduais com a Constituição, princípio da participação).*
> [...]
> *As várias funções devem ser separadas e atribuídas a um órgão ou grupo de órgãos também separados entre si.* ***Isto significa não uma equivalência total entre atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída principal ou prevalentemente uma determinada função´*** (CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 2. Reimp. Coimbra: Almedina, p. 556-558).[128]

O Ministro Luís Roberto Barroso, em complemento, prolatou a respeito da judicialização da política:

> Nós todos aqui estamos de acordo que decisão política em uma democracia deve ser tomada, como regra geral, por quem tem voto. Portanto, as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Assim, eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre – e este é o caso –, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção. Em primeiro lugar, porque nós estamos atuando para proteger os direitos de uma minoria, de uma minoria invisível e de uma minoria que não tem voto, porque não tem direitos políticos. Portanto, nós estamos lidando com um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente. Logo, quem tem que ser o intérprete daqueles que não podem falar é evidentemente o Poder Judiciário. Acho que essa primeira razão já seria suficiente.
> A segunda razão já apontada – e o Ministro Marco Aurélio acabou de reiterar isso – é que este é um problema estrutural, sistêmico e que vem de longe assinalado por uma inércia contínua e permanente dos Poderes Públicos, notadamente, do Executivo, porque legislação frequentemente há – como lembrava o Ministro Celso de Mello, e Vossa Excelência lembrava no seu voto. Dessa forma, eu acho que o Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria.
> Por fim, para legitimar essa intervenção, os presos só estão presos, porque o Estado assim o determinou. Se o Estado se arroga no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer – lembrava o Procurador-

[128] Grifos no original.

> Geral, Doutor Rodrigo Janot – os seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob a sua guarda por decisão sua. De modo que, se há uma hipótese clássica de intervenção legítima do Poder Judiciário, é precisamente esta.

Da mesma forma, no julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 – Distrito Federal, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face do Estado do Amapá, o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do acórdão[129], declarou a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na definição de política pública do sistema prisional brasileiro, diante da "violação generalizada de direitos fundamentais":

> Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia.
> As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se "lixo digno do pior tratamento possível", sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as "masmorras medievais".
> Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).
> Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quanto à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer a função atípica e excepcional de estabelecer políticas públicas e escolhas orçamentárias em situações de graves violações a direitos fundamentais, argumentou o Ministro relator:

> Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas

[129] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADPF n. 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJ, 09.09.2015 (grifos nossos).

orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente o padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.

No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta.

A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada. Conforme apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Com tais conceitos disseminados, a opinião pública não aceita seja dada prioridade, no tocante aos gastos públicos, à melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões consubstanciam retribuição aos crimes praticados pelos detentos. Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento.

Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de

enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis [...]

Isso significa que se atua, no Supremo, por meio de códigos distintos perante a opinião pública, comparados aos dos Poderes Legislativo e Executivo. Deve-se rejeitar o populismo judicial, ainda mais consideradas as esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos, sempre envolvidas nos processos penais. Juízes e Tribunais devem buscar credibilidade popular, **mas mediante os motivos juridicamente adequados das decisões.**

No sistema carcerário brasileiro, conforme já consignado, são violados diversos preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial. Promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade. Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária.

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina

> estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um "elaborador" de políticas públicas, e sim um "coordenador institucional", produzindo um "efeito desbloqueador" (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 39).
> Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo.

Assim, tendo em vista que muitas vezes as políticas públicas não são trazem bons resultados eleitorais, cabe ao Poder Judiciário, diante da inércia dos demais poderes, promover as políticas públicas com vistas a impedir a violação a direitos ou valores constitucionais.

Como conclusão, o modelo de boa governança exige um estado com instituições sólidas, apto a responder as demandas sociais e direcionado aos interesses dos administrados.

O modelo de estrutura legal deve admitir mudanças, melhoramentos, progressos. Ainda, é fundamental apresentar flexibilidade para admitir modificações e inovações. As políticas públicas devem adaptar-se diante da complexidade e da volatilidade do mundo – o que se observa tanto na globalização, quanto na relação estabelecida entre os países da Comunidade Europeia.[130]

Ademais e na mesma linha, impõe-se a criação de um novo direito administrativo[131], que assegure a absorção de valores constitucionais, a proteção a direitos individuais e a eficácia dos direitos sociais e econômicos, tendo em vista o ideal de interdisciplinaridade e a integração dos vários agentes participantes do processo econômico. Trata-se de um direito administrativo menos imperativo e mais conciliatório (com a incorporação de concepções do direito comunitário), sensível a fatores internacionais e com a incorporação da pluralidade social, como será desenvolvido a seguir

---

[130] OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? *In*: **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: Routledge, 2010, p. 1-16.
[131] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55-72.

3.2 A criação de um novo direito administrativo – critérios e parâmetros

Como se sabe, o direito administrativo é tido como o alicerce do país, ferramenta do desenvolvimento e engrenagem da democracia.[132]

Discute-se muito a respeito dos destinos do direito administrativo. Parte da doutrina entende que a globalização e a descentralização poderiam retirar do direito administrativo a sua própria razão de existir: o Estado. Por outro lado, outros posicionam-se em sentido oposto e sustentam a plena viabilidade de um direito administrativo global ou regional, mais voltado a "dirigir" do que a "ordenar".[133]

A administração pública pertence à comunidade nacional e o direito administrativo é fundamentalmente um direito estatal.[134] A nova realidade, porém, passou a exigir um direito administrativo em sintonia com as exigências sociais, ou que se estabeleça para além das fronteiras nacionais, como por exemplo, o direito da União Europeia.

Com isso, foram adotados novos parâmetros para o direito administrativo: (i) absorção de valores consagrados constitucionalmente: (ii) estreitamento do relacionamento entre Estado e sociedade; (iii) abertura para o cenário sociopolítico e econômico; (iv) abertura para conexões científicas interdisciplinares; (v) internacionalização, diante da influência da globalização e das orientações advindas dos organismos internacionais; (vi) maior relevância dos princípios, o que aumenta o campo de discricionariedade; e (vii) maior relevância dos elementos econômicos.[135]

---

[132] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

[133] According to the first body of literature, which is mainly of French and Belgian origins, administrative law has lost its peculiarities (thus giving rise to the increasing difficulty in defining its status and scope); it has become a hybrid, has been destabilized and destructured, and is now in ruins. This situation is-according to this narrative-the product of various, conflicting causes: globalization, constitutionalization, destatization, privatization, decentralization. As a result of the pressures stemming from these diverse trends, administrative law is slowly losing its raison d'dtre-its center: the state.' On the contrary, according to the second point of view, held mainly by German observers, a new administrative law is developing, due to a process of change, modernization, and reform. This new, or postmodern, administrative law is more open than the old administrative law, and is focused on "steering" rather than on ordering. This new administrative law is-in this view-the product of the new role of the stateas a promoter, as a facilitator, as a risk regulator, and as the helmsman of economy and society. It therefore requires a new, more interdisciplinary, approach. (CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *In*: **J Constitut**, L. 603, New York, 2012, p. 604).

[134] CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005.

[135] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 385-413.

Nesse cenário, é fundamental o balanceamento entre autoridade pública e liberdades-direitos.

O direito administrativo, do ponto de vista tradicional, é estruturado sob uma ordem constitucional e possui regras basicamente mandatórias. Não se vislumbra a existência de leis de natureza administrativa fundadas, por exemplo, na negociação ou em um sistema descentralizado.[136]

Por outro lado, no novo modelo estabelecido em razão de uma economia global e cooperativa, a administração pública passa a privilegiar o acordo, a colaboração e a coordenação. É estabelecida uma divisão de responsabilidades entre governo, indústria e sociedade, através de uma ação organizada entre público e privado. Além disso, são criadas regras de negociação para dinamizar a solução de problemas, com transparência e coordenação de informações.[137]

Ademais, há que se considerar o conceito de administração concertada, por meio da qual a imperatividade é reduzida e os acordos com os administrados ganham espaço, admitindo-se uma colaboração ativa. Neste caso, deve ocorrer a lealdade entre os parceiros, que efetivamente atuam conjuntamente, visando a atingir os resultados propostos. Trata-se de "conciliar o princípio da liberdade das partes interessadas, isto é, parceiros do governo ou administração, com determinadas diretivas de políticas econômica e global".[138]

Em políticas voltadas ao desenvolvimento, esse modelo institucional é fundamental, na medida em que permite realizar políticas envolvendo diversas áreas da sociedade civil, que, por meio de colaboração, atuarão em conjunto e de forma concertada.

Atualmente, o direito administrativo deve dirigir-se também à realização dos fins sociais e deve adaptar-se a uma realidade em constante transformação. Assim, atuando de forma mais acessível, efetiva um vínculo mais equilibrado entre administração e administrados e priorizando a paz social.

---

[136]"While the doctrines and institutions of public law were intimately tied to the state and to the design thereof enshrined in state norms, private law institutions like property, family, contract, and tort law may have had common rules. In the mid-1900s, the Italian lawyer Filippo Vassalli affirmed that private law had never been "a servant of the State." With the codifications, states had taken control over the rules governing private law relationships; nonetheless there was a trend towards overcoming the statist dogma and towards dismantling the barriers between nations." (CASSESE, Sabino. The globalization of law. *In*: **International Law and Politics**, v. 37, New York, 2004-2005, p. 980).

[137] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 23-42.

[138] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 37.

Na integração Estado e sociedade, o direito administrativo passou a receber demandas para buscar consenso, adesão, conciliação, reduzindo as medidas meramente imperativas e estabelecendo, de certo modo, medidas de natureza contratual.[139]

Além disso, alguns autores[140] passaram a apontar a europeização do direito administrativo, que começou a sofrer influências do direito administrativo comunitário.

Independentemente da visão adotada, o fato é que as instituições regidas pelo direito administrativo sofreram mudanças profundas advindas da globalização, das relações estabelecidas entre Estados e das novas regras econômicas, que impõem responsabilidades aos Estados e harmonização de interesses dos diversos setores sociais. A ideia de um direito administrativo estável tornou-se obsoleta diante dos novos paradigmas.

O desafio do direito administrativo moderno é compor forças sociais muitas vezes em conflito, acolher demandas sociais e políticas e normatizar questões que até então não estavam sujeitas à regulamentação.

Sua função é criar procedimentos de consulta para compor interesses, considerando os diversos setores envolvidos. Há, por outro lado, uma exigência de voltar-se aos interesses da sociedade.[141]

O direito administrativo, sob essa ótica, deixa de ser o direito do Estado e passa a ser o direito da sociedade, multipolar, plural e centrado em direitos fundamentais, objetivando atingir igualdade de posições, igualdade de oportunidades (estabelecendo igualdades sociais e um idêntico estágio inicial para todos), para além do mínimo existencial.[142]

Outrossim, este sistema é um importante instrumento para se estabelecer padrões, recomendações e diretrizes. Um exemplo são os princípios legais para certificação de alimentos na Comunidade Europeia.[143] Neste contexto, os Estados são compelidos a

---

[139] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 385-413.
[140] CASSESE, Sabino. The globalization of law. *In*: **International Law and Politics**, v. 37, New York, 2004-2005.
[141] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 385-413.
[142] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 429-460.
[143] Principles for Food Import and Export Inspection and Certification (FIEIC).

dialogar, comparar medidas e padrões com o objetivo de buscar uma legislação nacional baseada num modelo adequado e razoável.[144]

Desse modo, o direito público estatal vigente, imposto unilateralmente e baseado em preceitos imperativos e mandatórios tornou-se, sob certa ótica, superado. Atualmente, é necessário compor diversos interesses sociais, além de apresentar maleabilidade para se adaptar às relações econômicas em constante transformação, que passaram a exigir uma regulamentação na esfera mundial em razão da economia globalizada. Passa-se, então, à na análise dos conceitos a respeito de globalização.

3.3 Globalização e os desafios na constituição de um direito global

A globalização é outro aspecto fundamental ao desenvolvimento porque traz como fundamento a ampliação de direitos, além de permitir participação e transparência.

O aprofundamento da globalização se deu em razão do progresso das comunicações e da informática e trouxe como consequência uma maior interdependência entre os países. Ademais, pode-se dizer que a globalização decorre de uma universalização de valores e padrões culturais e da necessidade de equacionamento dos problemas comuns que afligem a humanidade (como por exemplo, a necessidade de se assegurar um meio ambiente sustentável e de controlar as variáveis econômicas externas).[145]

Fato é que o ideal de Estado com autonomia e soberania intocáveis é atualmente utópica, diante das complexas relações estabelecidas por países e organizações transnacionais.

A este respeito, Ricardo Lewandowski descreve o conceito de "soberania operacional", pelo qual, dentro de um cenário de polaridades indefinidas, com conflitos e interesses, o Estado emerge com uma perspectiva organizadora e conciliadora. Assim, buscando "compartilhar" a sua soberania, o Estado conseguiria superar as dificuldades nascidas com o processo de globalização.[146]

---

[144] "Global regulation thus not only imposes itself vertically on states, but it also requires States to open themselves up reciprocally-laterally, as it were-respecting procedural rules in their relations." (CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005, p. 123).

[145] E ainda: "o poder de autodeterminação das comunidades políticas organizadas em Estados passou a ser cercado pelo poder dos agentes econômicos transnacionais, com o que ficou abalada a própria legitimidade dos governantes" (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 254).

[146] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 261.

Ao reconhecer normas que prevalecem na esfera global, o Estado aceita mudanças na legislação interna, admite uma cooperação horizontal e, acima de tudo, reconhece a existência de um patrimônio legal universal que deve ser harmonizado com a legislação doméstica de cada país. As diferenças locais são admitidas e reconhecidas, mas, simultaneamente, são estabelecidas redes de relacionamento entre os países a partir de conceitos e valores universalmente aceitos.

Como se sabe, as autoridades administrativas em âmbito global e regional não têm competência para limitar ou regulamentar direitos e liberdades (como no direito administrativo nacional), mas devem ampliar, incrementar e regulamentar garantias, além de criar padrões.[147] É uma decisão coletiva, multilateral e que visa compor interesses diversos, sem qualquer relação de hierarquia.

Nesse sentido, do ponto de vista do direito internacional, adota-se o conceito de "conformidade" ao invés de "violação", pois a aceitação das regras depende da escolha de cada Estado, ou seja, é uma posição negociada.

Trata-se da distinção entre lei e poder; a primeira, aplicada aos cidadãos internamente e, a segunda, aos poderes internacionais. E, os Estados, nesta ótica, são livres para assumir obrigações.

Não existe qualquer norma imperativa que imponha um vínculo obrigacional ou legal aos Estados do ponto de vista internacional.[148] Os regramentos internacionais são estabelecidos a partir de negociação e de diálogo.

A ordem jurídica global é estruturada sobre sistemas regulatórios plurais e complexos e tem como função promover cooperação, harmonização e padronização entre as ordens jurídicas internas. É possível acrescentar ainda às funções da ordem global a proteção, a assistência e a alocação de recursos.

---

[147] "The authority of international administrative law functions differently. It does not set limits upon individuals, but rather upon states. It is a higher law that imposes procedural obligations upon national authorities. Its function is the inverse of domestic administration. International administrative law serves to widen, rather than to narrow, the sphere of private liberty by limiting the action of the state. […] At the international level, this conceptual order does not hold. Here, in fact, there is no executive power; the public authority functions to enrich the sphere of private liberty, and the procedural standards of international" (CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005, p. 125-126).

[148] "The idea that states should comply with their legal obligations is fundamental to conventional accounts of the contemporary international legal-political system. It is central to international law and is almost universally preferred over violation. […] Human rights, international stability, and perhaps even the progress of civilization itself are said to be dependent on compliance with international law" (HURD, Ian. **Three models of the international rule of law**. Eidos n. 23, 2015, p. 39).

Os sistemas globais não superam de modo algum o ordenamento jurídico de cada um dos Estados, na medida em que não se estabelecem relações de hierarquia entre as normas instituídas globalmente e as vigentes em território nacional.[149]As decisões adotadas em instância global, ademais, dependem de expressa implementação nacional.

Mas o Estado é o local da democracia e é onde os cidadãos buscam segurança, saúde, educação e exercem seus direitos políticos. No âmbito global, a ausência de uma fundação constitucional e da participação direta da população no processo decisório impede o exercício da democracia, muito embora a efetiva implementação de qualquer regramento dependa sempre da aprovação das autoridades nacionais.

Desta forma, a globalização muitas vezes traz uma ideia de "*deficit* democrático".[150]

A globalização nasceu basicamente da necessidade de se viabilizar a circulação de bens e serviços, proteger o meio ambiente, organizar o tráfego de informações, controlar o mercado e firmar direitos humanos.

Ao mesmo tempo, acentuou a tensão entre direito e mercado e estabeleceu novos modelos contratuais que possuem, em linhas gerais, as seguintes características[151]: profusão de produtos disponíveis, uso de tecnologia na circulação, velocidade das trocas, anonimato dos contratantes (despersonalização), além da existência de operações econômicas complexas, marcadas por uma unidade. Neste modelo, o contrato distancia-se da vontade e passa a conviver com a circunstancialidade.[152]

---

[149] "To summarize, there are lots of global regulatory systems. The centrality of the state to the notion of public powers has become an optical illusion. This does not mean, however, that the global legal order has supplanted the state, nor that it has become dominant, inasmuch as it is also through global regulatory systems that domestic public powers are able to make their voices heard. This also suggests that the global legal order is a "plural" order in the sense that it lacks unity. Even larger bodies, like the UN family, are not hierarchically superior to the others, nor are they more influential" (CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of a global regulation. *In*: **Internacional Law and Politics**, v. 37, New York, 2004-2005, p. 673).

[150] I am a voting citizen of the United States. There are no citizens of the Republic of NAFTA. The European Union (EU), a transnational polity with emerging institutions of civic accountability and deliberate efforts to narrow an acknowledged "democratic deficit," remains the exception. Several recent books have observed that the more the economy becomes fluid and global, the more anxious people, looking for moorings, become tribal (KUTTNER, Robert L. Developement, globalization and law. *In:* **26 Mich**. J. Int'l L. 19, Boston, 2004-2005, p. 32).

[151] MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

[152] "De tudo resulta um novo modo de pensar-se a hermenêutica contratual. O intérprete não mais – ou não mais apenas – se vê às voltas da 'comum intenção' dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como se fosse mônada, restrita à irredutibilidade do

Assim, tendo em vista que o direito global rege-se pelos princípios de abertura, cooperação, mediação e transparência, foram estabelecidos princípios para um direito administrativo global, incluindo conceitos como direito à boa administração, devido processo legal administrativo, motivação e transparência.

Anthony Giddens[153], por seu turno, argumenta que não se deve analisar a globalização em termos puramente econômicos, pois trata-se de um movimento social, cultural, político e econômico, que produz mudanças macrossistêmicas no mercado global e na natureza das relações de soberania entre os países, além de afetar o cotidiano dos indivíduos.

Para o autor[154], a principal força da globalização é a revolução da informação, que passa a ser instantânea. Essa comunicação tem o poder de transformar todas as relações, cotidianas e institucionais. Além disso, o poder, nascido da globalização, afasta-se dos Estados e concentra-se nas áreas sociais, políticas e comerciais.

Muito embora as políticas públicas possam incentivar a globalização, esta produz uma força que não se pode realmente controlar.

Há, sob outra ótica, o empoderamento das corporações transnacionais, que usam a tecnologia para formar uma rede organizacional que transcende as barreiras territoriais. A rapidez da economia global, por sua vez, transforma o mundo e suas influências muito rapidamente.

O direito ao desenvolvimento possui um forte viés internacional, ou seja, a implementação desse direito impõe cooperação internacional, em razão da rede de relacionamento internacional advinda dos processos econômicos globalizados, já que os movimentos associados ao crescimento, ao progresso econômico e à inovação transcendem as barreiras nacionais e se estabelecem na esfera global. Observa-se, ademais, uma forte interdependência entre Estados.

---

sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do 'sistema contratual' em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contratantes [...]" (MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506).

[153] GIDDENS, Anthony. **Runaway world how globalisation is reshaping our lives**. London: Books, 2002.

[154] GIDDENS, Anthony. **Runaway world how globalisation is reshaping our lives**. London: Books, 2002.

Anthony Giddens, ainda, contesta afirmações de que a globalização seria responsável pelas desigualdades sociais. Para ele, na verdade, a desigualdade, do ponto de vista universal, reduziu nos últimos anos. Segundo o autor, é justo dizer que os países desvinculados da economia global deixaram de prosperar. Assim, defende que a globalização, de certo modo, auxilia a distribuição de renda e o desenvolvimento.[155]

A este respeito, algumas práticas são importantes: o aumento dos fluxos de investimento, a transferência de tecnologia, a assistência bilateral, a assistência em períodos de crise e os ajustes nas normas a respeito das instituições financeiras, além da propriedade intelectual.[156]

A globalização faz nascer uma nova estrutura, muito menos formal, de governança global, formada por governos e entidades da sociedade civil, além de coligações internacionais, todos voltados a promover políticas públicas voltadas a uma cidadania global. Tudo isso por meio de consenso e padrões.[157]

Neste cenário, as relações entre mercado, direito e soberania sofrem mudanças, especialmente pela necessidade de se firmar alianças transnacionais e de se criar padrões e modelos econômicos visando a estabilização e a melhor convivência entre países ricos e pobres.

---

[155] GIDDENS, Anthony. **Runaway world how globalisation is reshaping our lives**. London: Books, 2002.

[156] "Para Sengupta [perito oficial da ONU], a ajuda oficial é o instrumento oficial mais importante de cooperação internacional na medida em que pode ser utilizada com discricionariedade pelas autoridades. [...] Além da transferência de recursos, Sengupta comenta que para a implementação do direito ao desenvolvimento, mudanças devem ser promovidas nas instituições de operação da economia internacional" (OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. 322 p. Tese (Doutorado/Direito Internacional). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 249).

[157] "These coalitions use the convening power and the consensus-building, standard-setting and implementing roles of the United Nations, the Bretton Woods institutions and international organizations, but their key strength is that they are bigger than any of us and give new expression to the UN Charter's "We, the peoples." We must not suffocate this new diplomacy with new institutions, but first try to adapt and strengthen those we have – not least by reaching out to these new global coalitions of stakeholders." (HUMAN Development Report (1999). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/260/hdr_1999_en_nostats.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019).

3.4 As relações entre mercado, direito e soberania

O mercado é tradicionalmente conhecido como um espaço de garantia e, ao mesmo tempo, de negação de liberdade. As teorias econômicas apresentaram a necessidade de se perceber o mercado como uma instância que exige regulamentação jurídica e ética.[158]

Para Pietro Perlingieri[159]:

> A desenfreada liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar ´na água gélida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa´ e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais. [...] daí, no plano constitucional, a tendência a limitar os poderes de intervenção, normativos e administrativos, em matéria econômica (o chamado constitucionalismo econômico).

Ainda de acordo com Pietro Perlingieri, o "bom direito" não deve se colocar a serviço das razões econômicas, mas, sim, se contrapor a elas, especialmente com a finalidade de assegurar mais chances a todos de uma vida digna e livre.[160]

Ou, como refere David Trubek[161]: "por meio de instituições como contrato e direito de propriedade privada, o direito moderno promove o desenvolvimento dos mercados e, portanto, o crescimento econômico".

A globalização traz mudanças profundas à economia e à governança nacional. Os novos mercados são estruturados por meio de alianças transnacionais e conectam-se fundamentalmente em rede, no espaço virtual. As relações econômicas não ocorrem somente em território nacional, o que significa que o controle da jurisdição estatal sobre a economia acaba perdendo força, importância e relevância.

---

[158] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[159] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 503-504.

[160] "O bom direito é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos conteúdos patrimoniais, transformando-os em 'privilégios´, mas, ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundi-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível no nível cultural e ético do sistema normativo." (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 509).

[161] TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito . Um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

Sob outra ótica, a crise econômica de 2008 que atingiu fortemente os Estados Unidos decorreu basicamente da ausência de regulação firme, demonstrando a fragilidade das políticas econômicas internacionais para cuidar de riscos sistêmicos, somada à falta de transparência do setor bancário.[162]

Diante deste quadro, os países passaram a defender uma regulação do sistema financeiro, com ações coordenadas e cooperação internacional para se estabelecer um novo espectro nas relações de forças. Exigiu-se o fim do hiato entre a atuação global dos mercados e o alcance das autoridades e agências nacionais e órgãos reguladores internacionais para evitar novas crises sistêmicas. Outrossim, ficou claro que estas questões não poderiam ser solucionadas por meio dos mecanismos tradicionais.

Assim, de acordo com José Eduardo Faria[163], os Estados recorreram a duas estratégias, conforme reveladas a seguir.

A primeira delas, em âmbito local, se daria por meio do estímulo à autocomposição de agentes sociais, ou seja, é a "solução negociada do direito", na qual seriam firmados mecanismos normativos simples para solucionar questões técnicas sofisticadas, substituindo a ampliação do ordenamento jurídico complexo.

Nesta ótica, o direito positivo deveria tornar-se funcional e a normatividade pactual, com redes hierárquicas de relacionamento social e econômico, além de múltiplos centros normativos e decisórios.

A segunda estratégia, em âmbito regional, se caracterizaria pelo estímulo aos diferentes atores a discutir e definir o conteúdo das normas, mediante harmonização da legislação regional, padronização de regras, regulação das atividades bancárias e revisão de padrões contábeis.

A globalização traz mudanças sistemáticas à economia global, com o aumento da escala tecnológica de muitas indústrias, que não mais se sustentam em níveis nacionais e passam a estabelecer alianças transnacionais para atuar, em grande parte, no espaço digital.[164]

---

[162] Para José Eduardo Faria, a crise econômica de 2008 decorreu dos seguintes fatores, resumidamente: (a) crescimento descontrolado de derivativos; (b) multiplicação de operações fora de mercados regulados e opacas; (c) excessiva exposição ao risco dos agentes, especialmente bancos com vistas a retornos mais elevados; (d) problemas com agências de classificação de risco; (d) a riqueza financeira foi desconectada da riqueza real (FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21).
[163] FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21
[164] KOBRIN, Stephen J. Economic governance in na elletronically networked global economy. *In*: **The emergence of private authority in global governace**. Hall, Hodney Bruce e Thomas J. Biersteker. Cambridge: Cambrigde University Press, 2002.

Nas relações comerciais entre países, a legislação visa balancear, de maneira justa, diferentes sistemas econômicos e impor disciplina à comunidade financeira.[165] Assim, são criados padrões e modelos econômicos visando à estabilização e à melhor convivência entre países ricos e pobres.

A organização territorial tradicional, por outro lado, perdeu sentido nas novas organizações do mercado. Houve um aumento da integração da economia de forma eletrônica e digital e grande parte das companhias tornou-se, em realidade, processadora de informações. Os oligopólios tradicionais foram substituídos por oligopólios baseados em conhecimento e informação, em relações dinâmicas e virtuais.

Não é possível, ademais, pensar o desenvolvimento sem considerá-lo inserido em um contexto global, especialmente diante das novas dinâmicas, acordos e relações econômicas com atores e interesses diversos e sem qualquer relação de hierarquia.

Neste contexto, para se constituir um direito administrativo global, impõe-se uma atuação conjunta da sociedade e da administração, com decisões tomadas por negociação, consulta e mediação. E, sob o prisma estatal, há que se buscar uma cooperação horizontal, na qual as normas formam-se a partir de acordos multilaterais que visam compor interesses diversos.

Nesta análise, as regras estabelecidas pela União Europeia são um exemplo fundamental para se compreender o novo formato do direito administrativo e as novas relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade com vistas ao desenvolvimento.

3.5 Um exemplo concreto – a visão do direito comunitário e as novas formas de se entender as relações do indivíduo com o poder público

A União Europeia, com suas regras especialmente voltadas às relações econômicas, tem como valor preponderante a busca pelo bom funcionamento do mercado e, por isso, não visa proteger a pessoa humana, mas os cidadãos inseridos na lógica de

---

[165] "They understood that the instability and excess of a speculative market economy in the 1920s had led to the economic collapse and political nightmare of the 1930s, and to a second world war. They understood that laissez-faire, taken to an extreme, was no friend of human development, economic prosperity, or liberal democracy. They were determined that the postwar institutions create a framework in which national governments could manage the private economy for the sake of collective human betterment, even as they promoted the revival of private commerce and expanded trade. […] Let us never forget that the appropriate blend of market development and human development is a political choice and not an economic imperative" (KUTTNER, Robert L. Development, globalization and law. *In:* **26 Mich**. J. Int'l L. 19, Boston, 2004-2005, p. 27).

mercado. Além disso, direito administrativo reconhece o conflito social, promovendo acordos, com transparência e racionalidade.

Deste modo, o direito comunitário desenvolveu um novo modelo nas relações do indivíduo com a administração pública, que se apresenta como instrumento relevante na promoção do direito ao desenvolvimento. Trata-se de um modo de se compreender as relações público-privadas pelo qual, sob a ótica do direito público, abre-se ao consensualismo e à maior interação entre o Estado e o indivíduo, distanciando-se do tradicional modelo em que o Estado age estritamente com a função de comandar e de estabelecer normas mandatórias. E, sob a ótica do direito privado, estabelece-se a concepção de que as relações negociais estarão sujeitas a uma maior interação com os direitos fundamentais e os valores constitucionais vigentes.

Ao se vislumbrar um direito administrativo comunitário, não é possível admitir uma divisão rígida entre sociedade e administração. As decisões não devem ser estabelecidas unilateralmente pela administração, mas dependem de negociação, consulta e mediação.[166]

Observe-se que, do ponto de vista do direito comunitário, prevalecem regras sobre ajustes de interesses.

Por outro lado, as regras concernentes aos direitos individuais são regulamentadas pela Constituição de cada um dos Estados membros, os quais possuem assegurada sua soberania. Muito embora no contexto da União Europeia cada Estado tenha transferido à Constituição Comunitária o poder de regulamentar sua atividade econômica[167], no interior dos países membros, as regras constitucionais atinentes aos direitos fundamentais deverão ser harmonizadas com as regras econômicas.

---

[166] "The old image of a hierarchical public administration single-handedly implementing well-defined policy goals set down in legislation must today compete with a vision of the administrative process as open-ended, collaborative, and networked" (BIGMAN, Francesca. Expert administration to accountability network: a new paradigm for comparative administrative law, 59 Am. J. COM. L. 859, 869,2011 apud CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *In*: **J Constitut**, L. 603, New York, 2012, p. 608).

[167] "Todavia, a constituição econômica não pode ser isolada do contexto do inteiro ordenamento constitucional: este é, de toda sorte, o resultado de uma interpretação sistemática, orientada ao respeito às hierarquias e aos valores, expressa pela visão do mundo que se deduz da própria Carta. Está em jogo o valor máximo do sistema constitucional: a soberania. A autolimitação da soberania – realizada nos termos do art. 11 Const. – não pode ser total; ela pressupõe a manutenção de uma consistente e geral soberania do Estado, de maneira que a quota de soberania renunciada em favor do mercado único, primeiro e da União Europeia depois, ora transferida, realisticamente aos países membros mais fortes não pode comprometer a originária soberania do Estado membro" (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 537.)

Todo o arcabouço institucional comunitário, ademais, está estruturado sobre o conceito de supranacionalidade, não havendo qualquer abalo na soberania nacional. Os órgãos recebem atribuições por delegação, em caráter derivado, dos Estados membros.

Conforme esclareceu Ricardo Lewandowski,[168]

> A supranacionalidade, pois, corresponde a uma forma especial de relacionamento dos Estados europeus com os órgãos comunitários por eles criados, aos quais delegaram um certo número de competências para a consecução de objetivos de interesse coletivo. Tal relacionamento caracteriza-se pela submissão dos Estados aos comandos que emanam desses órgãos, situados fora e acima deles, sempre que resultantes do exercício das competências que lhes foram atribuídas [...]
> Embora os Estados acatem as decisões dos órgãos comunitários, não estão subordinados hierarquicamente a eles, até porque, nas matérias que não foram objeto de delegação, continuam decidindo soberanamente, em conformidade com seu direito interno.
> [...]
> De fato, embora as decisões emanadas dos órgãos comunitários sejam de observância obrigatória, não têm eles qualquer poder material para punir os Estados que se recusem a cumpri-las, de cujas instituições, como visto, dependem para torná-las exequíveis.

O direito comunitário, além disso, rege-se pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, a competência comunitária atua apenas nas áreas que não são de competência exclusiva dos Estados e com base na proporcionalidade, na medida em que os meios devem estar ligados à consecução dos objetivos.

Para a reflexão a respeito de um direito administrativo europeu é fundamental quebrar os paradigmas firmados para a construção do direito administrativo tradicional e vigente no interior de determinado Estado, ou seja, devem ser afastados os conceitos de estabilidade e de ordem.

O direito administrativo comunitário, sob outra ótica, não tem necessariamente a competência d e interferir diretamente no direito estatal e, desta forma, não atinge a soberania dos Estados membros. Por outro lado, estabelece normas fundadas basicamente a partir da negociação, da cooperação, da transparência e da razoabilidade.

---

[168] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 264-265.

Ao se criar um direito administrativo comunitário, há que se ter em vista que: (i) não há relação hierárquica entre os Estados membros da União Europeia, de modo que a negociação e o diálogo são as únicas formas de estabelecer acordos e ajustes; e (ii) as leis e regulamentos regionais destinam-se a alargar, incrementar e regulamentar direitos e liberdades, e não a restringi-los (como no direito administrativo nacional).[169]

No interior dos Estados, a lei é obrigatória, pública, estável e reconhecida por todos e deve ser aplicada de maneira igualitária, independentemente das circunstâncias. No direito internacional e comunitário prevalece o oposto: o sistema é descentralizado e cada país adequa-se às regras de modo negociado.[170]

Mais do que um sistema estático e fundado sobre normas e procedimentos imutáveis, o direito administrativo comunitário exige mobilidade, adaptabilidade e capacidade de se ajustar às demandas sociais e políticas. Reduziu-se a barreira existente entre as instâncias da administração e a sociedade. É isto, justamente, o que se busca na relação entre o direito público e o privado: flexibilidade e harmonização de interesses com vistas a promover os valores constitucionais vigentes.

Os Estados membros exercem múltiplos papéis, como partes, consultores ou integrantes do órgão responsável pela tomada de decisões. Certo é que a União Europeia colocou em questão os grandes elementos que fundamentaram o Estado contemporâneo, a partir do reconhecimento de que a estrutura dos Estados no início do século XXI tornou-se mais complexa e passou a apresentar as seguintes características: internacionalização e globalização acentuadas, criação de organismos internacionais que passaram a ter competências mais definidas na regulamentação das relações econômicas e sociais, maior facilidade na circulação de bens e capitais e ampliação da noção de cidadania.

Ademais, ciência, tecnologia e informação passam a ter relevância fundamental no novo espaço mundial.

---

[169] "The authority of international administrative law functions differently. It does not set limits upon individuals, but rather upon states. It is a higher law that imposes procedural obligations upon national authorities. Its function is the inverse of domestic administration. International administrative law serves to widen, rather than to narrow, the sphere of private liberty by limiting the action of the state. […] At the international level, this conceptual order does not hold. Here, in fact, there is no executive power; the public authority functions to enrich the sphere of private liberty, and the procedural standards of international" (CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005, p. 125-126).

[170] HURD, Ian. **Three models of the international rule of law**. Eidos n. 23, 2015, p. 42-43.

O direito administrativo comunitário constitui-se a partir de acordos entre Estados com a principal finalidade de incrementar os direitos e as liberdades dos cidadãos, assegurar políticas públicas, harmonizar sistemas jurídicos vigentes, criar padrões de excelência, garantir o bom funcionamento das relações econômicas e assegurar parâmetros de equilíbrio, adequação e razoabilidade aos cidadãos. E é com fundamento no paradigma criado pelo direito comunitário que se visa atingir uma real interação entre o direito público e o privado.

Observe-se, ainda, que esse modelo de direito administrativo concebido pela União Europeia traz elementos fundamentais às políticas públicas de desenvolvimento, na medida em que admite acordos de cooperação entre Estados membros da comunidade europeia especialmente voltados ao progresso, inovação, melhoria das condições de vida, conciliando interesses e admitindo políticas de maior extensão.

Com efeito, tendo em vista o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da Constituição Europeia, ao estabelecer que "todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável" – vislumbrou-se a necessidade e a importância da criação de um código de conduta dos administradores da União Europeia.[171]

Assim, a União Europeia, partindo do estabelecido pelos artigos 225 e 298 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e do artigo 41 da sua Carta de Direitos Fundamentais, firmou uma série de tratados e de diretivas a respeito do direito do cidadão europeu à boa administração.

Há algumas formas de exercício da administração regional ou comunitária: a primeira delas é híbrida, utiliza a estrutura supranacional e o aparato estatal, especialmente na execução de políticas.

A segunda prevê uma administração descentralizada, com esforço conjunto de poderes comunitários e estatais. E a terceira, a formação de uma organização comum, com autoridades nacionais e supranacionais, para fins regulatórios, como nas telecomunicações.[172] Os problemas surgidos decorrem basicamente da necessidade de integração legislativa.

---

[171] "O direito a uma boa administração por parte das instituições e órgãos da União Europeia é um direito fundamental que lhes assiste e é atualmente salvaguardado pelo artigo 41 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. O Código esclarece o que na prática esse direito significa e, concretamente, o que se pode esperar da Administração Europeia" (Nikiforos Diamandouros, preâmbulo da Resolução do Parlamento Europeu de 06 de setembro de 2001).

[172] CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005, p. 22.

De todo o modo, os procedimentos asseguram a participação dos Estados membros nas negociações, acordos e opiniões, com a participação dos atores sociais, que compõem interesses públicos e privados.[173]

Assim, as administrações nacionais possuem formas de atuação diversas em cada caso, atuando ora como parte, ora como representante de interesses distintos, auxiliando na tomada de decisões ou colaborando com outros poderes.

O grande exemplo trazido pela Comunidade Europeia é a sua configuração institucional: os Estados membros renunciam a uma parcela de sua soberania. Há Estados economicamente mais fortes e outros mais fracos, porém, todos convidados a adotar as políticas econômicas propostas pela Comunidade Europeia. Então, para se estabelecer o necessário equilíbrio de forças, é necessário haver uma coordenada solidariedade e cooperação entre os Estados membros.

A União Europeia, por seu turno, tem como um de seus fundamentos promover o desenvolvimento.[174] Em relação às políticas para o desenvolvimento, a União Europeia traz subsídios essenciais, estabelecendo regras de cooperação visando erradicar a pobreza e apoiar o desenvolvimento sustentável.

A posição assumida pela União Europeia durante as negociações para a Agenda 2030 foi a seguinte:

> (i) apoiar as três dimensões do desenvolvimento sustentável: social, ambiental e econômica; (ii) estabelecer uma meta mundial a ser aplicável a todos os países, baseada nas especificidades de cada país, tendo em conta os diferentes contextos, capacidades e graus de desenvolvimento nacionais; (iii) dar prioridade à pobreza, desigualdades, saúde, segurança alimentar, educação, igualdade de gênero, água e saneamento, energia sustentável, trabalho digno, crescimento inclusivo e sustentável, consumo e produção sustentáveis, biodiversidade, degradação dos solos e mares e oceanos.[175]

---

[173] CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005, p. 25.

[174] "PRETENDENDO confirmar a solidariedade que liga a Europa e os países ultramarinos, e desejando assegurar o desenvolvimento da prosperidade destes, em conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas;
DETERMINADOS a promover o desenvolvimento do mais elevado nível possível de conhecimentos dos seus povos, através de um amplo acesso à educação, e da contínua atualização desses conhecimentos" (Preâmbulo do Tratado para o Funcionamento da União Europeia).

[175] COMUNICAÇÃO UE 335 (2014). Disponível em: http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:110202_1&from=PT. Acesso em: 3 maio 2019.

Vale mencionar, ainda, os seguintes dispositivos do Tratado de Amsterdã, que alterou as normas de funcionamento da União Europeia:[176]

> Artigo 1º, item 2 – sobre o compromisso de promover o progresso econômico e social dos seus povos, tomando em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável e no contexto da realização do mercado interno e do reforço da coesão e da proteção do ambiente, e a aplicar políticas que garantam que os progressos na integração econômica sejam acompanhados de progressos paralelos em outras áreas.
>
> Artigo 1º, item 4 – O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.
>
> Artigo 1º, item 5 – A União atribui-se os seguintes objetivos: – a promoção do progresso económico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma união econômica e monetária, que incluirá, a prazo, a adopção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente Tratado, Parte I – a afirmação da sua identidade na cena internacional, nomeadamente através da execução de uma política externa e de segurança comum, que inclua a definição gradual de uma política de defesa comum, que poderá conduzir a uma defesa comum, nos termos do disposto no artigo J.7.
>
> Artigo 1º, item 8 – A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros
> – A União respeitará as identidades nacionais dos Estados-Membros.
> Artigo 1º, item 10, J.9 – Os Estados-Membros que sejam igualmente membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas concertar-se-ão e manterão os outros Estados-Membros plenamente informados. Os Estados-Membros que são membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas defenderão, no exercício das suas funções, as posições e os interesses da União, sem prejuízo das responsabilidades que lhes incumbem por força da Carta das Nações Unidas.
>
> Artigo 2º – O Tratado que institui a Comunidade Europeia é alterado nos termos das disposições constantes do presente artigo.
> 1. No preâmbulo, após o oitavo, é aditado o seguinte considerando: DETERMINADOS a promover o desenvolvimento do mais elevado nível possível de conhecimentos dos seus povos, através de um amplo acesso à educação, e da contínua atualização desses conhecimentos.
> 2. O artigo 29 passa a ter a seguinte redação: A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 39 e 39A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da

[176] TRATADO de Amsterdã. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf. Acesso em: 26 maio 2019.

> qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.

Assim, o direito administrativo comunitário estabelece uma composição de forças para incrementar os direitos e as liberdades dos cidadãos, assegurar políticas públicas, harmonizar os sistemas jurídicos vigentes, criar padrões de excelência -, tudo para a promoção do interesse público comum, do equilíbrio das relações econômicas e do bem-estar da população, para uma real e efetiva integração entre os Estados membros. Ou seja, trata-se da coordenação de práticas direcionadas à políticas de desenvolvimento.

Demonstrada a aproximação do direito público em direção ao indivíduo e ao reconhecimento das relações sociais como forma de se estabelecer e constituir o direito administrativo, há que se verificar, na ótica do direito privado, a abertura realizada em direção ao direito público, aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais. É o que será apresentado no próximo capítulo.

4 O FIM DA DISTINÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

4.1 A constitucionalização do direito privado

Na transição do Estado Liberal para Estado Social nascido com a promulgação das Cartas Constitucionais (início do século XX), as relações entre o direito civil e o direito constitucional foram modificadas.[177] Esse período trouxe preocupações crescentes com as futuras gerações, impondo ao indivíduo responsabilidades que transcendem ao mero individualismo tradicional. Esta concepção impôs sérias e profundas transformações no direito civil.

O subjetivismo absoluto vigente no direito civil foi então abandonado para se buscar relações mais complexas[178], iniciando-se o que se convencionou denominar constitucionalização do direito privado.

Observou-se, pois, uma superação dos institutos e dos conceitos do direito civil clássico diante dos novos paradigmas trazidos pelas Constituições Sociais, que apresentaram entre seus princípios a regulamentação dos direitos fundamentais.

Deste modo, as relações entre os particulares passaram a ser também inspiradas por objetivos constitucionais relacionados especialmente à busca da igualdade real entre as partes, ao dever de solidariedade (artigos 1º, IV e 3º, I da Constituição Federal de 1988) e à interação entre interesses sociais e individuais (função social da propriedade).

Neste contexto, surgiram normas protetivas como a Lei de Locação e o Código de Defesa do Consumidor, as quais, a despeito de reconhecer a autonomia privada das partes contratantes, estabelecem a correção de desigualdades formais e substanciais entre os sujeitos.

A noção de cidadania, no século XX, passou a apresentar uma nova significação, impondo a efetiva consagração dos valores de justiça, solidariedade e democracia e colocando o Estado no papel fundamental de garantidor dos direitos

---

[177] "[...] um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo valor de humanidade e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste final de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses, de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes a desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 481).

[178] TEPEDINO, Gustavo. Contornos da propriedade privada. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 267.

fundamentais. Daí a necessidade de se assegurar o atendimento aos valores e aos preceitos constitucionais também na aplicação das normas de direito civil.[179]

Na concepção clássica, o contrato caracterizava-se como "lei entre as partes" em razão do dogma absoluto, vigente até então, da autonomia da vontade.

Por outro lado, no direito civil constitucional, o negócio jurídico serve como instrumento para promoção do bem-estar social, dos desígnios constitucionais e da tutela das expectativas legítimas do ser humano. Daí a teoria da autonomia da vontade ter sido, em verdade, substituída pela autonomia privada, e posteriormente, estabelecido o conceito de autonomia social.

Aliás, inicialmente, o direito constitucional servia meramente como limite e fonte de inspiração para a aplicação do direito civil, em um movimento chamado de publicização do direito privado. Atualmente, porém, busca-se a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, superando a dicotomia público-privado.[180]

Segundo Pietro Perlingieri[181], o movimento de constitucionalização do direito privado pode ser reconhecido também como "despatrimonialização", o que não significa que o patrimônio, valor imanente ao direito civil, passe a ser desconsiderado, mas há uma exigência de adequação do contrato aos valores existenciais, que se tornam limites ou finalidades ao exercício das prerrogativas negociais.

Aliás, Teresa Negreiros[182] apresenta a Constituição Federal brasileira como "um projeto de transformação da realidade", na qual o Estado tem a função de intervir na atividade econômica para cumprir os ideais constitucionais e construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I). Além disso, diversos dispositivos constitucionais impõem ao Estado a missão de intervir na atividade privada. São eles: artigos 170, caput,

---

[179] "Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado com princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento da extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização normativa à luz de um renovado juízo de valor [...] em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação. Muitas das investigações já realizadas nesse sentido indicam que a estrada traçada é rica de resultados, destinados, na sua totalidade, a dar uma nova feição ao direito civil, contribuindo à criação do direito constitucional" (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591).

[180] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 259.

[181] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[182] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 215.

173, $ 4º, 174, 182, 184, 194, 196, 205, 215, 217, 218 e 225. Todos da Constituição Federal. Assim, de acordo com a jurista:

> "no atual quadro constitucional, a atividade econômica, privada por excelência, está condicionada à realização de finalidades que importam à coletividade (e não à soma, repartida, de indivíduos. (...) São princípios acima identificados que conferem à intervenção do Estado nas relações econômicas intersubjetivas, um sentido de unificação e coexistência. (...) Trata-se, portanto de funcionalizar a autonomia privada a tais direitos, consagrados explícita ou implicitamente na Constituição, e não mais de estabelecer limites procedimentais, apriorísticos, à esfera de atuação provada, como se esta não houvesse sido substancialmente atingida pela nova configuração constitucional de Estado[183].

O direito civil também passa a ter como vetor o princípio da solidariedade, que estabelece que os interesses individuais não podem se sobrepor aos da coletividade. E, com isso, emerge o dever de cooperação como consequência da necessidade de se conformar o comportamento do contratante à dimensão social, criando uma rede de proteção.[184]

Nesse contexto, no campo dos direitos obrigacionais, não se pode deixar de interpretar a relação negocial à luz dos direitos fundamentais.

Daí porque será aprofundada no presente trabalho a ideia de que o direito ao desenvolvimento deve ser um dos parâmetros para a interpretação dos contratos.

Isto porque a vontade do contratante não deverá superar os valores fundantes do ordenamento jurídico como igualdade, liberdade, democracia e dignidade humana.

4.2 Os modelos de interpretação das normas de direito civil – os sistemas de direito privado e as inovações trazidas pelo código civil alemão – BGB

Os Códigos nasceram nos tempos imemoriais, mas a Era das Codificações teve início com os Códigos Civis da Prússia, da Áustria, e principalmente da França, os quais serviram de modelo para diversos países.

---

[183] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 216/217.

[184] Se na perspectiva clássica, a obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação, na doutrina moderna ela é compreendida numa acepção globalizante da situação jurídica creditícia, apontando, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto os *deveres principais de prestação,* como *deveres secundários – os deveres laterais,* além de *direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas etc*. (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperar nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 300).

Em geral, os Códigos regulamentam uma determinada área do direito e, conforme ensina Reinhard Zimmermam[185], visam a dar completude ao sistema sob os seguintes aspectos: não devem ter lacunas; em geral, substituem as regras esparsas anteriormente vigentes e ainda servem como um epicentro do sistema legal. As Codificações, por outro lado, expressam a coerência do sistema, tornando-o mais compreensível.

A despeito da existência de codificações anteriores (a exemplo do Código de Hamurabi, do Código Civil da Dinamarca de 1683 e da Suécia de 1743), a doutrina considera como marco histórico da Era das Codificações o Código Civil francês (*Code Napoléon*), datado de 1804. Buscando a unidade da legislação por meio de um único Código, instituído pelo Estado e marcado pelos ideais de liberdade e igualdade, o Código Civil francês nasceu com a Revolução Francesa de 1789, visando romper com a difusão normativa havida no Antigo Regime.[186]

O modelo francês foi profundamente marcado pela grande importância dada ao Código. A denominada "Era da Codificação", iniciada com a Revolução Francesa de 1789, buscou romper com a difusão normativa vigente no Antigo Regime, cujas leis possuíam vigência temporal e espacial conforme as diferenças locais e territoriais. O direito civil buscou unidade, generalidade e abstração.

Assim, o Código Civil francês de 1804 estabeleceu um sistema fechado à influência das demais legislações. Firmou um ideal de completude, de segurança e de coerência, centralidade de conceitos e organização, buscando regulamentar a vida social como um todo. Inexistia, pois, qualquer abertura para que o direito civil pudesse ser influenciado por outros diplomas legais. A interpretação do direito civil, de acordo com o sistema fechado do direito francês, seria literal e fundada exclusivamente na legislação vigente. Foi o período do paradigma legal.[187]

---

[185] ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – the civilian experience reconsidered on the eve of a common european sales law. *In*: **European Review of Contract Law** (ERCL), v. 8, n. 4, 2012; Max Planck Private Law Research Paper n.12/30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2166765. Acesso em: 13 maio 2019, p. 373.

[186] MARTINS-COSTA, Judith. **Da boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 174.

[187] Giovanni Ettore Nanni destaca: "A cultura que se disseminou foi a da interpretação literal do Code Civil, exatamente como dispunha a lei, consoante os ditames da Escola da Exegese. Assim, a codificação adequava-se à mentalidade e aos interesses dos cidadãos, e não havia razão para questioná-los, pelo que os juízes tinham apenas de respeitá-los e aplicá-los rigorosamente; aos autores cabia tão-somente interpretar com fidelidade os artigos dos códigos. Não havia margem para que a jurisprudência e a erudição tentassem inovar ou desempenhar um papel criativo. Era o período do fetichismo da lei, em que todo o direito estava na lei escrita, sendo defeso o recurso interpretativo a princípios gerais de direito ou do direito natural, pois aquela era a sua única fonte. Conforme ilustra John Gilissen: 'Não conheço o direito civil; apenas ensino o Code Napoléon', teria dito o professor Bugnet" (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperar nas

Para o Código Civil francês, ao aplicador da lei, caberia apenas a subsunção do fato à norma, o que, para Judith Martins Costa[188], tornou a legislação civil envelhecida e alheia à dinamicidade da realidade concreta. Como afirma Cláudia Lima Marques[189], "marco da história do direito, esta codificação, [...] coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade, afirmando, em seu artigo 1.134, que as convenções legalmente formadas têm lugar das leis para aqueles que as fizeram".

De modo totalmente distinto, o Código Civil alemão (BGB), após a reforma legislativa de 2001/2002, apresentou um modelo de sistema com maior abertura e mobilidade.

De acordo com Reinhard Zimmermann[190], o Código Civil alemão (BGB), ao regulamentar a boa-fé em seus artigos § 242 e § 157, apresentou novos elementos à compreensão do sistema codificado do direito civil e da própria relação obrigacional.

A concepção de boa-fé foi alargada, impondo que a vontade (até então soberana) passasse a ser interpretada a partir de normas a ela externas.[191] As Cortes alemãs passaram a integrar o sentido de boa-fé, ampliando e modificando a visão tradicional de negócio jurídico.

Assim, nesse momento, no início do século XX, observou-se o seguinte movimento: (i) a autonomia privada substitui a tradicional autonomia da vontade, de modo que o negócio jurídico deixa de ser um "ato de querer", passando a ser interpretado a partir do ordenamento como um todo; (ii) há a crise do positivismo e a "despatrimonialização" do contrato; (iii) o direito civil torna-se um instrumento na realização dos direitos constitucionais; (iv) os negócios jurídicos tornam-se funcionalizados e objetivados a partir dos princípios função social do contrato dos negócios jurídicos e de boa-fé objetiva; (v) há uma profunda inovação nas relações entre o direito público e o direito privado, que passam a interagir de maneira mais organizada.[192]

---

relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 286).

[188] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n.35, Brasília, 1998, p. 10.

[189] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 62.

[190] ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – the civilian experience reconsidered on the eve of a common european sales law. *In*: **European Review of Contract Law** (ERCL), v. 8, n. 4, 2012; Max Planck Private Law Research Paper n.12/30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2166765. Acesso em: 13 maio 2019, p. 375.

[191] MARTINS-COSTA, Judith. **Da boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 287.

[192] Il valore originarioe fondamentale è costituto dallíndividuo, dalla sua capacità di espandersi sulle cose esterne, di correrei l rischio del sucesso o dellínsucesso, e cosí do inserirsi nell´operosa continuità dele

Há uma sobreposição do "ser" sobre o "ter", no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de mero coadjuvante. O direito contratual adota, então, como vetor, a ordem constitucional. É a perspectiva civil-constitucional, na qual a ética da liberdade é substituída por uma ética solidária em que vigora a responsabilidade, a cooperação e a lealdade.

Deste modo, a autonomia da vontade é reformulada a partir do conceito de autonomia privada, que considera os efeitos externos à relação negocial, especialmente os princípios constitucionais. A partir daí, exige-se uma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação nos contratos comutativos.[193]

Esse novo paradigma dá ao o aplicador da lei o poder de auxiliar na formação e na integração das normas em consonância com os fatos concretos, admitindo-se a adoção de valores constitucionais.

Assim, a teoria do negócio jurídico desenvolvida na Alemanha avançou em relação à concepção voluntarista francesa e passou a caracterizar o negócio jurídico como comando concreto. As ideias de sinalagma, equilíbrio e adequada distribuição de riscos tornaram-se elementos fundamentais na definição da relação negocial.

Com efeito, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo orientava-se a partir de um dos seguintes modelos de Codificação: o Código Civil francês, com sua estrutura rígida, inflexível e pretensamente completa e o Código Civil alemão (BGB), aberto e permeável à influência de outros diplomas legais em razão de suas cláusulas gerais.[194]

Houve, consequentemente, uma profunda alteração na análise, na construção e na interpretação do direito civil, que ficou conhecida como descodificação do direito civil.

---

generazioni. Intorno all´individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni social. (...) La sicurezza non riguarda il reggiugimento del fine (legato sempre alle incognite del mercato ed al mutevole (mondo dela produzione), ma le regole del gioco, ossia le condizioni per le quali ciascuno può contare sus u um dato contegno altrui o attendere un certo uso del potere coercitivo dello Stato. (IRTI, Natalino. **L´Eta dela decodificazione**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 3).

[193] LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: (coord.) TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

[194] Salientou Ruy Stoco: "Estes dois últimos [Código Civil francês e alemão] serviram de modelos aos códigos civis das demais nações adeptas do Direito Continental Europeu. Continuaram em vigor, não cogitando a França e a Alemanha de substituí-los. É que não existe no panorama mundial movimento jurídico renovador de envergadura, que possibilitasse o surgimento de algo novo, que viesse a ofuscá-los." (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – com comentários ao novo Código Civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 103).

4.3 Descodificação do direito civil

Como visto, o Código Civil alemão (*BGB*) e o Código Civil francês (*Code*) foram, por um longo período, as duas mais importantes referências do direito civil. Eles apresentavam-se como os grandes paradigmas da legislação civil. Não se pode perder de vista, porém, que, enquanto o *Code* possuía uma estrutura rígida e fechada, o *BGB* trouxe uma estrutura inovadora. Tratou-se de uma abertura que, no limite, significou uma aceitação da eficácia das normas constitucionais no direito privado e, consequentemente, a alteração da relação entre o direito público e o direito privado.[195]

O direito civil, então, passou a apresentar-se comprometido com os valores constitucionais. O juiz, por sua vez, assume um papel preponderante na realização dos fins e valores constitucionais, por meio da integração do negócio jurídico.

Nasceu, assim, o movimento denominado descodificação do direito civil. Natalino Irti tratou pela primeira vez do tema na obra *L´Eta dela decodificazione*[196], na qual descreve a aproximação entre direito público e privado após a Segunda Guerra Mundial, destacando a mudança de paradigma que levou a lei a ter força de contrato entre as partes.

O autor refere que a Constituição passa a impor ao Estado o dever de assegurar o atendimento aos valores socialmente estabelecidos, cabendo ao indivíduo seguir as regras constitucional que orientam os propósitos estatais, atribuem finalidades ou indicam resultados pretendidos.[197]

Passa-se a entender que, ao estabelecer o negócio jurídico, os contratantes assumem riscos e responsabilidades. A vontade que gera o negócio é tida como vontade qualificada, que desperta confiança, projeta riscos para o futuro, cria direitos e estabelece uma finalidade. Assim a vontade passa a ser regida pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, tornando-se, mpor isso, funcionalizada e objetiva.

---

[195] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 164.

[196] IRTI, Natalino. **L´Eta dela decodificazione**. Milão: Giuffrè, 1979.

[197] "Il catalogo tradizionale dei diritti di libertà si arrischisce così di nuove figure, legate ad una nuove figure , legate ad uma diversa valutazione dell´uomo e dei reportii economici e social. L´individuo è garantito non soltanto in sè, ma come membro dei gruppi intermedi: formazioni, naturali e volontarie, che si pongono tra i poteri pubblici e la dispersa moltitune dei singoli. Lo Stato descrito nella Costituzione republicana non si limita custodiar ela regole di um gioco, lasciato per intero all´iniziativa ed alla responsabilità dei singoli. Accantoa norme di tradizione liberale, che garantiscono i poteri dei privati e li pongono al riparo da ingerenze pubbliche, troviamo ormai norme di scopo: le quali assegnano allo Stato fini da persguire o indicano risultati utilial benessere comune." (IRTI, Natalino. **L´Eta dela decodificazione**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 13).

Deste modo, a relação contratual é ser tratada como um todo, com sentido próprio, composta por um conjunto de atividades necessárias à satisfação do credor. Mais ainda: a vontade manifestada no negócio jurídico e destinada a uma finalidade não mais pode ser tida como desvinculada do seu contexto social.

Além disso, os estudiosos lembram que por um período houve uma explosão de leis esparsas e microssistemas, com autonomia e lógica próprias. Tudo o que destruiu o fascínio pelo Código Civil e rompeu sua supremacia.

No Brasil, o exemplo de microssistema é o Código de Defesa do Consumidor, claramente uma norma que combina série de direitos, princípios, normas de direito material e regras processuais formando um sistema próprio. Ademais, há uma interdependência entre direito público e privado no sistema da referida legislação consumerista.[198]

Para Enzo Roppo, o contrato é uma operação econômica. Ao se admitir a intervenção e a interpretação dos negócios jurídicos, na verdade, admite-se a intervenção das forças políticas vigentes, visando a satisfazer determinados interesses tutelados pelo legislador.[199]Assim, os contratos configuram-se como um instrumento na realização dos objetivos e interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, assumindo papéis e funções diversos diante de cada realidade concreta.

Há que se referir, nesse passo, que a descodificação do direito civil, somada à necessidade de integração do direito civil às normas constitucionais, concretizou o conceito de base objetiva do negócio jurídico.

---

[198] Apenas a título de esclarecimento, nos anos 1990, Natalino Irti tratou sobre a necessidade de "recodificação", com vistas a se buscar um fortalecimento do Código Civil, o que, em sua visão, passaria a servir como orientação às legislações esparsas surgidas. Porém, Antonio Junqueira Azevedo diz-se contrário a esse movimento, por entender que a recodificação seria a própria constitucionalização do direito privado. A pós-modernidade apresenta uma sociedade ampla, diversificada, plural e complexa, o que impõe que elementos dos direitos humanos sejam utilizados como guia ao direito privado. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 9. n. 33, São Paulo: RT, 2000, p. 123-129).

[199] "Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela 'natureza' ou ditadas pela 'razão' (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas, concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar" (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 22).

De acordo com Karl Larenz, a base objetiva considera as circunstâncias necessárias à finalidade do contrato, assim como o estado geral de coisas cuja existência é objetivamente necessária para a existência do contrato segundo uma regulação dotada de sentido.[200]

Na base do negócio jurídico, há que vislumbrar a harmonização entre os aspectos subjetivo e objetivo da relação obrigacional formada. O negócio jurídico, muito embora nascido e se estabelecido sobre um ato de vontade das partes nele expressado, deverá vincular-se aos elementos objetivos da relação obrigacional, que é formado, de acordo com a doutrina, a partir dos seguintes elementos: (i) a causa, ou *consideration*, refletida no interesse concretamente perseguido e no reconhecimento da funcionalidade do pacto[201]; (ii) o programa contratual e (iii) a distribuição dos riscos contratuais ou o sinalagma contratual.

Deve ser determinado, ademais, o regulamento ou o conteúdo do contrato, definindo substancialmente o arranjo (ou o sinalagma) contratual. Trata-se de definir a conveniência econômica do pacto.

O chamado "movimento de objetivação do contrato" redimensiona sensivelmente o papel da vontade na definição do contrato. A ideia original expressa no ideal de que a vontade das partes encerrava o sentido do contrato foi substituída por um tratamento jurídico objetivo, socialmente reconhecível.

E a vontade das partes, assim como os demais elementos subjetivos, permanecem no foro íntimo das partes. Deste modo, a tutela da liberdade contratual é substituída pela garantia de segurança e de estabilidade das relações negociais. E a lei prevalece sobre o contrato.[202]

A construção da teoria da base objetiva do negócio jurídico anteriormente a Karl Larenz passou pelas seguintes formulações:

---

[200] Base objetiva é "el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia e subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos os contratantes pueda subsistir como regulación dotada de sentido". (LARENZ, Karl. **Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodrígues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956 apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60).

[201] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Jacob de (org.). **Direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

[202] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 127.

a) *Teoria da pressuposição de Bernard Windscheid,* de acordo com o jurista alemão, aquele que contrata deve ter a certeza de que a negociação irá seguir sem qualquer anormalidade. A pressuposição considera que, se o estado inicial das coisas observado quando da contratação permanecer constante ou não sofrer alterações por acontecimentos extraordinários tornando as prestações excessivamente onerosas, a declaração de vontade deve conservar sua força. Para o pensador, o ajuste contratual se estabelece a partir de fatos pressupostos por uma das partes e claramente cognoscíveis pela outra. Apenas a alteração das circunstâncias e expectativas criadas autorizaria a modificação *a posteriori* do contrato.

b) *Teoria da base do negócio jurídico de Paul Oertmann* – esta teoria surgiu na Alemanha, em 1921 e Paul Oertmann estabeleceu o que chamou de base do negócio, que seria a representação mental, formulada por uma parte no instante da conclusão de um pacto e de inteiro conhecimento e aceitação da parte contrária. Este seria o alicerce sobre o qual os contratantes estabeleceriam os efeitos da contratação. São as circunstâncias essenciais do acordo. Assim, o devedor poderá desligar-se da prestação quando a base em que se ergueu o negócio desaparecer.[203]

A teoria da base do negócio jurídico apresenta uma nova concepção, que dá um salto em relação à teoria da pressuposição da base negocial e que vem a ser essencial na objetivação do negócio jurídico: a base do negócio é comum a ambas as partes. De acordo com esta teoria, se fatos supervenientes à conclusão do contrato modificassem a sua base, perturbando o equilíbrio inicial, então, o pacto não corresponderia mais à vontade das partes, dando ensejo à intervenção judicial para readaptar o contrato à vontade inicial.

Reconhece-se que o fundamento do conceito de base do negócio jurídico é o princípio da boa-fé, erigido à cláusula geral (artigos 421 e 422 do Código Civil). Assim, o contrato possui um valor e um reflexo social e deve buscar uma relação equilibrada, útil do ponto de vista econômico e protetiva (artigos 1º, IV; 3º, I e 170, todos da Constituição Federal de 1988).[204]

---

[203] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina,1997, p. 1034-1035.

[204] "Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção*, tal como se dá no presente Anteprojeto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético. Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua

Observe-se que o contrato deixou de apresentar-se como mera convergência de vontades livres e iguais em direção a uma finalidade comum. A base do negócio jurídico considera também o programa contratual e a causa do negócio jurídico.

Com efeito, o programa contratual vincula de forma estruturada prestação e contraprestação, tendo em vista o balanceamento da álea estabelecida pelas partes, com fundamento na proporcionalidade dos riscos assumidos e nas vantagens, nos encargos e nas responsabilidades de cada contratante. A composição de riscos negociais, ademais, deverá, conforme o princípio constitucional da igualdade substancial (artigo 3º, II da Constituição Federal) e com o princípio da proporcionalidade, manter-se equilibrado durante a execução contratual, assegurando a adequada distribuição dos riscos, especialmente diante de fatos imprevisíveis que poderão ocorrer durante a relação negocial.

Outrossim, a causa das relações negociais define a posição ocupada pelos sujeitos, de acordo com uma regulamentação típica legalmente preconizada. É que, em consonância com a noção de situação jurídica, diante da realidade fenomênica, há uma esfera objetiva e concreta envolvendo os sujeitos de direitos, os interesses, os acontecimentos sociais e econômicos. Tudo o que é categorizado pelo direito.

Conforme observa Fernando Campos Scaff,

> o contrato existe e, numa determinada perspectiva, está mais forte e pujante do que nunca. O que ocorre, na verdade, é a necessidade de compreensão de alguns dos fenômenos que acompanharam tal instituto, e que, de forma geral, objetivaram-no, como imposição da moderna economia de massas.[205]

---

adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela. O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, eqüidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A "exigência de concreção" surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*". (NORONHA, Fernando. **Novo Código Civil** – exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005).

[205] SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo (USP), v. 91, São Paulo, 1996, p. 145-146.

A objetivação da vontade, por um lado, manteve o autorregência de interesses dos indivíduos, pela qual possuem estes a liberdade de contratar, a liberdade de estipular o contrato e a liberdade de estipular o seu conteúdo. A liberdade de contratar só é limitada pela ordem pública e pelos bons costumes. Mas o contrato passou a ser limitado pela lei, que estabelece um arcabouço jurídico para cada tipo de contrato.

Assim, o direito das obrigações vigente, o abrandar o estrito individualismo do vínculo obrigacional, busca estabelecer a ética, justiça distributiva e equilíbrio nas relações contratuais. A confiança, a lealdade e a cooperação entre as partes tornam-se elementos orientadores na formação e na integração dos negócios jurídicos.

4.4 Unidade funcional do vínculo contratual – "obrigação como processo"

Como visto, o direito de contratar, de livremente estabelecer os termos da negociação e seus efeitos é definido, pelo direito civil, como autonomia privada.[206]

Assim ensina Emilio Betti:

> Pense-se, antes de mais nada, no contrato que realiza, sob forma mais rudimentar, a função de troca de mercadorias: a permuta. É inegável que a vemos universalmente praticada, até por tribos selvagens, entre as quais não há quaisquer vestígios de um estado, tanto nas relações entre elas, como nas relações com os povos civilizados. Vemos que, não obstante a falta de um ordenamento jurídico, as negociações que antecedem à conclusão do contrato são conduzidas com escrupulosa correção e, que, obtido o acordo, ambas as partes mostram, ao concluir o contrato, plena consciência do seu valor vinculativo.[207]

Com a abertura do direito civil, a vontade, antes soberana e subjetiva, foi objetivada, o que significa que os negócios jurídicos passaram a ser dirigidos pelos princípios da confiança, da responsabilidade, da transparência e da adequada distribuição dos riscos contratuais. Desenvolveu-se a partir destes preceitos, a concepção de base objetiva do negócio jurídico, que regulamentou o núcleo, a finalidade e o conteúdo das relações obrigacionais.

---

[206] PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.
[207] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 64.

Conforme argumenta Antonio Junqueira de Azevedo[208], os princípios tradicionais que regem os negócios jurídicos (liberdade, força obrigatória e relatividade do contrato) devem ser harmonizados com os novos princípios: boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico.

A liberdade contratual é também limitada pela "ordem pública", devendo o interesse social prevalecer sobre o individual. Mas o conceito de ordem pública é mais restritivo. São interesses e direitos que não podem ser alterados por convenção entre os particulares. Tudo nos termos do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil e do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A doutrina considera como de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção e alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, além das bases mínimas da organização econômica e os preceitos fundamentais do direito do trabalho. Enfim, são "as regras que o legislador erige como cânones basilares da estrutura social, política e econômica da nação".[209]

Fato é que, diante desses novos princípios, a relação obrigacional não se exaure com o seu cumprimento. São apresentados deveres anexos associados à confiança e à justa expectativa (como o dever de segurança, de assistência, de transparência, de informação e de cuidado, dentre outros). A função econômico-social do contrato torna-se também fundamental e às partes incumbe o dever de mitigar o eventual prejuízo e de colaborar.

É o que Clóvis do Couto e Silva[210] denominou "obrigação como processo", ou seja, o vínculo negocial se forma por inúmeras atividades sucessivas e necessárias à satisfação do credor. Todos os atos assim praticados têm uma única finalidade, o que impõe unidade funcional ao vínculo negocial. De acordo com o autor, o processo obrigacional possui duas fases: a primeira, envolve o nascimento e o desenvolvimento da obrigação; a segunda, é a fase posterior ao adimplemento.

---

[208] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.
[209] GONÇALVES, Carlos Alberto. **Contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
[210] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatschy, 1976, p. 21.

Para o jurista, a prestação principal do negócio jurídico nasce da vontade das partes. Porém, para que a finalidade seja atingida, há deveres e atos preparatórios surgidos da própria declaração de vontade com vistas a satisfazer a pretensão do credor.

Como se vê, a relação obrigacional é um ato complexo, compreendida como processo, direcionado ao alcance da finalidade contratual com a consequente satisfação dos interesses e motivações das partes.

A obrigação como processo, neste particular, remete-se à possibilidade de se vislumbrar o vínculo obrigacional como organismo dinâmico, no qual os vários momentos e fases que orbitam a relação negocial almejam o alcance de um adimplemento no âmbito de todos os planos que compõem o organismo, justamente em razão dos feixes finalísticos que polarizam toda a estrutura composta do vínculo e que garante coerência a existência dos elementos nela contidos. Se houver inadimplemento em algum dos planos ou fases do vínculo, invariavelmente ofendem-se os feixes finalísticos que integram o todo, motivo pelo qual há de se impor a obrigação de recompor os prejuízos a quem os dá causa.[211]

Para Karl Larenz,[212] o contrato é um vínculo que se compreende como uma *totalidade*, cujas partes se reúnem em prol da finalidade da obrigação. Trata-se de uma estrutura orgânica com sentido próprio, que pode ser conhecida por seus elementos, posições jurídicas e deveres singulares. O dever primário é o da prestação principal. Porém, o princípio da boa-fé objetiva estabelece que a obrigação não se extingue com o cumprimento da obrigação principal. Além dos deveres principais ou primários que caracterizam e individualizam a obrigação, há deveres secundários, descritos por Karl Larenz como deveres de conduta, que complementam a obrigação. Há, ainda, os deveres acessórios, baseados essencialmente na boa-fé objetiva. São os deveres de cooperação, lealdade, transparência e sigilo.

A violação dos deveres laterais poderá gerar um adimplemento defeituoso ou inadimplemento.

---

[211] BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Violação positiva do contrato, obrigação como processo e paradigma do inadimplemento. *In*: **Civilistica.com**, n. 2, 2018.
[212] LARENZ, Karl. **Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodrígues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

Assim, o adimplemento, mais do que satisfazer materialmente o credor e cumprir a equação creditícia, tem o dever de garantir a finalidade do vínculo, o que significa objetivamente atender aos desígnios contratuais, em especial, a funcionalidade traçada pelo ordenamento jurídico.

Para além da obrigação principal, há outros deveres decorrentes expressamente do princípio da boa-fé objetiva que podem perdurar mesmo após adimplida a obrigação principal.[213] Os deveres da boa-fé ordenam-se em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. E são deveres secundários, anexos ou instrumentais.

Entre os deveres anexos aos da boa-fé está o dever de mitigar os eventuais danos, dentro de uma visão ampla de contrato. Isso porque a eticidade é uma via de mão dupla na qual a vítima deve ter um papel ativo de colaboração.

São características do dever de mitigar: (i) promover a eficiência econômica, sob a ótica de reduzir desperdícios; (ii) proteger o interesse da parte inocente, em caso de inadimplemento, assegurando que a extensão do dano seja a menor possível e, consequentemente, que o valor indenizatório seja reduzido ao máximo; (iii) otimizar os recursos econômicos em prol dos próprios contratantes e da sociedade, com racionalidade; (iv) adotar medidas razoáveis com vistas a reduzir o dano; considerando-se como razoável a medida que promove o melhor equilíbrio entre os interesses do contratante prejudicado e os do contratante inadimplente, demonstrando cooperação.[214]

A mitigação dos prejuízos promove uma recuperação do prejuízo mais eficiente, assegura que eventualmente sejam realizados novos negócios relacionados ao objeto do contrato original e evita a demora. É, portanto, uma conduta colaborativa que tem sido reconhecida como um reflexo do princípio da boa-fé objetiva.[138] O sacrifício da vítima, entretanto, deve ir até o limite do razoável.

Nesse sentido, impõe-se também à parte inocente o dever de colaboração em caso de inadimplemento, na medida em que a parte que mitiga o seu próprio prejuízo age também em seu próprio benefício.

---

[213] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatschy, 1976, p. 32-33.

[214] CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**. Dissertação. Direito Civil. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

O dever de mitigar o dano nasceu na *common law.* Vale lembrar a decisão prolatada em 1678 no caso Virtue *vs.* Bird[215] e, posteriormente, o caso British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. *vs.* Underground Electric Railways Co. of London Ltd., decidido em 1912.[216]

Destarte, a obrigação é tida como um processo, no sentido de atos ordenados em direção a um fim, consubstanciado, por um lado, na satisfação do credor (desde as tratativas até o pós-contrato) e, por outro lado, no atendimento aos padrões éticos de comportamento, prestigiando segurança, confiança e solidariedade. A visão estática de obrigação cede lugar a uma visão dinâmica. Assim, os deveres e as obrigações que ultrapassam os interesses das partes e que, muitas vezes, estão ligados aos interesses sociais passam a orbitar em torno do vínculo contratual.

É certo que toda sociedade busca desenvolvimento[217], de modo que os negócios jurídicos devem adequar-se a um valor e a uma função social, nos moldes dos artigos 1º, IV; 3º, IV e 170, todos da Constituição Federal de 1988.

Um dos princípios basilares desse sistema é o da boa-fé objetiva, como passa-se a demonstrar.

---

[215] Nesse caso, o transportador se obrigou a entregar as mercadorias no local que viesse a ser indicado por seu cliente em Ipswich. O cliente não informou prontamente o local da entrega, o que fez o transportador esperar pela informação por cerca de seis horas. Nesse período, os cavalos utilizados no transporte tiveram que ficar em área aberta e, devido às condições climáticas, faleceram. O transportador requereu, pois, a indenização pelas perdas e danos decorrentes da morte dos animais. A Corte inglesa, no entanto, recusou o pedido indenizatório afirmando que o transportador deveria ter adotado medidas para entregar as mercadorias em qualquer local de Ipswich, evitando o falecimento dos cavalos. Assim, nasceu o conceito de limitação na indenização aos danos que não poderiam ser evitados pela parte inocente (CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**. Dissertação. Direito Civil. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014).

[216] No caso citado, a *Underground Electric* adquiriu turbinas da *British Westinghouse*, que, no entanto, tinham potência bem abaixo do esperado. Algum tempo depois, as turbinas vieram a ser substituídas por outras mais eficientes e, com base nisso, a *Underground Electric* ajuizou a ação contra a *British Westinghouse* para pleitear como indenização. O Tribunal inglês afastou a condenação pois considerou que medidas adotadas pelo próprio credor para mitigar o prejuízo sofrido com a aquisição das novas turbinas excluíram o dano indenizável (CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**. Dissertação. Direito Civil. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014).

[217] Pode-se dizer, assim, que o desenvolvimento, por meio de progresso econômico, social e cultural auxilia na formação da cidadania e, com isso, viabiliza a conquista de outros direitos fundamentais. Ao buscar o desenvolvimento equilibrado do país, poder-se-á assegurar a dignidade da pessoa humana, conceito que, do ponto de vista jurídico, pressupõe o reconhecimento e o respeito ao ser humano, enquanto ser único, plural e livre para buscar sua autorrealização e, ao mesmo tempo assegura, na esfera pública e jurídica, a igualdade e a simetria nas relações interpessoais (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000).

5 NEGÓCIO JURÍDICO E AUTONOMIA SOCIAL

5.1 Da cláusula geral da boa-fé objetiva

A boa-fé nasceu ligada às normas públicas e privadas, mas acabou por centrar-se no comportamento contratual das partes, especialmente na interpretação dos atos efetivados em âmbito negocial. O principal modo de aplicação do princípio da boa-fé se dá por meio da integração de lacunas.

O princípio da boa-fé estabelece um padrão de comportamento considerado probo, reto e leal, tendo em vista os usos e os costumes do lugar. Para tanto, atua das seguintes maneiras: interpretativa, na integração do contrato; supletiva, por meio de deveres acessórios e laterais e suprimindo eventuais lacunas; e corretiva, protegendo a parte mais fraca.[218]

Os § 157 e § 242 do Código Civil alemão (*BGB*), que pela primeira vez regulamentaram o ideal de boa-fé, serviram como inspiração para a legislação de diversos países. Foi concedida força normativa a um ideal de moralidade. No direito brasileiro, a boa-fé está estabelecida pelos artigos 421, 187 e 113 do Código Civil.

Entre as funções do princípio da boa-fé está a de assegurar a justa confiança dos contratantes, direcionando positivamente a interação social e estabelecendo regras éticas elementares a serem aplicadas às relações contratuais, mantendo um padrão de credibilidade entre os contratantes.

Além disso, o dever geral de boa-fé atua como cláusula protetiva contra práticas abusivas e assegura a dignidade humana, estabelecendo a autoestima social e impondo utilidade ao pacto. É o que esclarece Pietro Perlingieri:[219]

> Não é suficiente, portanto, insistir na formação da importância dos 'interesses da personalidade no direito privado'; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema

---

[218] Complementa Marco Fábio Morsello: "Emergem, ainda, os deveres de ampla informação, esclarecimentos, advertência, sigilo, cuidado, colaboração, proteção, possibilitando, ademais, a nosso ver, dentro da função supletiva, a supressão de lacunas" (MORSELLO, Marco Fábio. **Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro**. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc27.pdf?d=636808166395003082. Acesso em: 18 abr. 2019).

[219] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34.

> econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça. O pluralismo econômico assume o papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana.

A utilidade do contrato supõe uma análise do equilíbrio econômico e do adimplemento substancial. A justiça do pacto pode decorrer de uma retribuição equivalente, igualdade de valores ou de uma convenção contratual.

A vedação ao abuso de direito é uma consequência direta do princípio da boa-fé objetiva e estabelece essencialmente que os direitos devem ser exercidos dentro de limites impostos pelo sistema jurídico. O Código Civil brasileiro regulamenta o abuso de direito no seu artigo 187, o qual trata expressamente dos limites impostos pelo fim econômico ou social do contrato, pela boa-fé e pelos bons costumes. A função econômica do contrato ou seu fim são o ponto mais relevante na interpretação do negócio jurídico.[220]

Não há, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, "diante da ideia de socialidade, que perpassa todo o direito civil atual, direitos subjetivos cujo exercício não possa ser considerado abusivo [...]. O abuso de direito é sempre uma quebra de boa-fé no seu nível mais elementar, o de proibição de agir com má-fé."[221]

O abuso de direito não decorre de um inadequado uso do direito subjetivo, mas do exercício indevido de uma situação jurídica, a qual é definida por Pietro Perlingieri[222] como a regulamentação objetiva dos interesses envolvidos, de um programa predeterminado na disciplina do fato jurídico. Por meio do conceito de situação jurídica os valores sociais ingressam no ordenamento jurídico para proteger as situações de fato por ele atingidas.

Fernando Augusto Cunha de Sá sustenta que o abuso de direito trata justamente da quebra do fim ou a regra moral, ou seja, há o exercício aparentemente lícito de um direito, pois fica atendida a sua estrutura lógico-formal, seu fundamento material-valorativo é violado.[223]

---

[220] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-289.

[221] Ainda: "Analisando a decisão proferida pelo *Arbeitsgericht* de Hannover em 9 de fevereiro de 1972, pela qual deliberou que celebrado um arredamento mercantil por tempo indeterminado, não pode o senhorio, por força da regra da boa-fé denunciar o contrato apenas três meses e meio volvidos sobre sua celebração depois do inquilino ter realizado certos melhoramentos" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302-304).

[222] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[223] CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. 2ª reimp. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

Nesta medida, o abuso de direito seria o desvio do direito de seu fim social. É o que sublinha Fernando Augusto Cunha de Sá: "quem quer que seja lesado por tal desvio [pode] exigir que o direito seja corrigido, reposto no bom caminho." Segundo o autor, a reparação decorrente do ato abusivo poderia ser uma "reparação natural", destinada a prevenir o regresso do ato abusivo ou uma "reparação em espécie", consubstanciada na destruição da obra abusivamente realizada.[224]

Fernandez Sessarego refere que os a abusividade decorre da violação dos deveres de solidariedade em geral, consolidados nos princípios de boa-fé, equidade e finalidade econômico social.[225]

Então, a cláusula da boa-fé objetiva abrange, além das tratativas iniciais, a conclusão, a execução e sua pós-eficácia. E, em toda a vigência do contrato, das tratativas à sua extinção (em momento posterior à conclusão), nascem direitos e deveres resultantes da obrigação de boa-fé. Esta conclusão baseia-se na visão de Clóvis do Couto e Silva relativa à obrigação como processo.[226]

O Código Civil brasileiro não previu expressamente esta extensão da cláusula da boa-fé objetiva. Mas, ao inserir o artigo 422 na parte geral, complementado pelo artigo 113, o legislador pretendeu justamente expressar a vigência das obrigações contratuais para além da extinção do pacto, admitindo a dinamicidade das relações negociais e de seus efeitos.

Para Antonio Junqueira de Azevedo[227], são três as funções da cláusula de boa-fé objetiva:

(i) função *adjuvandi*, ou seja, auxilia na interpretação do contrato;

(ii) função *supplendi*, que busca suprir falhas e acrescentar ao contrato o que nele não está incluído. Com relação a esta função, vale ressaltar os deveres anexos ao vínculo

---

[224] CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. 2ª reimp. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 629-630.

[225] "El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando – o no usando – de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica." (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 24).

[226] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatschy, 1976.

[227] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 775, São Paulo: RT, maio 2000, p. 14.

principal criados pela cláusula geral de boa-fé, especialmente o dever de informar, de manter sigilo e de avisar imediatamente se houver perda de interesse no negócio, além dos deveres de colaboração e de cooperação. Para o autor, as partes devem respeitar não só aquilo que convencionaram como também tudo o que resulta da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade. Ou seja, o contrato não produz somente os efeitos convencionados entre as partes, mas igualmente cria aqueles deveres que, do contrato, decorrem implicitamente, inclusive os provenientes das exigências da razão e da equidade.[228]

(iii) função *corrigendi*, destinada a corrigir o contrato visando atingir o sentido de justo. Esta função procura envolver as cláusulas abusivas.

Do que se vê, o dever de informar está pautado na regra de que o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade ignorado pela outra parte constitui omissão dolosa (artigo 94 do Código Civil).

Além disso, a boa-fé assume também uma função corretiva contra as cláusulas abusivas, que acarretam o exercício inadmissível de posições jurídicas e independem de qualquer demonstração de culpa subjetiva (como se vê dos artigos 113, 187 e 422, do Código Civil). São as seguintes as condições protetivas:

(i) *venire contra factum proprium,* ou seja, é vedado agir de forma contrária a comportamento anterior. Assim, ocorrem os seguintes eventos: um fato gerador de confiança e a adesão da parte contrária, que realiza atos relevantes fundamentados na confiança despertada e a prática de ato contrário a esta confiança[229];

---

[228] Acrescenta Antonio Junqueira de Azevedo: "Razão e eqüidade, repetimos, é a maneira como o Código Civil holandês se refere à boa-fé. Os autores holandeses evitaram a palavra boa-fé, para que não houvesse confusão com a chamada boa-fé subjetiva – a boa-fé no sentido de conhecimento ou desconhecimento de uma situação. Como o caso da cláusula geral da boa-fé não é um problema de boa-fé subjetiva, mas sim objetiva, no sentido de comportamento, os holandeses preferiram mudar a expressão para exigências da razão e da eqüidade." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 775, São Paulo: RT, maio 2000).

[229] "Há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, e manifeste a intenção de não praticar determinado ato e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa atuação e, depois, se negue" (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina,1997, p. 747).

(ii) *tu quoque*, se a parte pretender utilizar-se a seu favor de violação contratual praticada. A conduta fere sensibilidades éticas e jurídicas; é a prática pela qual uma pessoa desrespeita um comando e, em seguida, exerce situação jurídica atribuída pela mesma norma.[230]
(iii) *supressio* e *surrectio*, ou seja, a inércia prolongada ou a prática de atos reiterados (mesmo não previstos contratualmente) que acabam gerando direitos em razão da justa expectativa criada. A consagração destes direitos nasceu das perturbações econômicas causadas pela Primeira Guerra Mundial, que gerou alterações imprevisíveis nos preços ou em situações que causaram desequilíbrios inadmissíveis. Além disso, não se exige culpa ou qualquer elemento subjetivo da parte.[231]

O que fundamenta estes institutos é o respeito às expectativas e à veracidade. É a confiança que precisamente estabelece e determina o vínculo ao comportamento assumido. Entretanto, há que se conciliar a liberdade individual, a segurança com o ideal de equilíbrio e a ética do contrato.

Assim, os sistemas abertos passaram a ser orientados pelos novos princípios, entre eles o da boa-fé objetiva. É imprescindível, ademais, o estudo das cláusulas gerais (instrumentos por meio dos quais os princípios e as diretrizes constitucionais passaram a ser aplicados).

5.2 O novo papel do juiz

As cláusulas gerais são normas que estabelecem e indicam programas e resultados desejáveis e têm sido chamadas de diretivas ou "normas-objetivo". Em geral, apresentam *standards,* máximas de conduta, orientações econômicas, sociais, políticas e de comportamento e fogem ao padrão tradicional de legislar, uma vez que não mais estabelecem as situações e as consequências exatas de incidência normativa.[232]

---

[230] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina,1997, p. 837.
[231] "A boa-fé requer, peça equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária. A mesma boa-fé exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem que atinjam montantes com o devedor não poderia contar. [...] deve salientar-se a preocupação do juiz em ponderar interesses das duas partes em termos de equilíbrio" (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina,1997, p. 802-803).
[232] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n.35, Brasília, 1998, p. 8.

Admite-se, com isso, uma maior abertura e adaptação à realidade da vida social e às especificidades do caso concreto. Para tanto, vale lembrar o ensinamento de Genaro R. Carrió, a respeito das seguintes funções e características dos princípios:

(i) São tidos por "pautas de segundo grau" e, por isso, devem preceder a existência de outras regras;
(ii) Dirigem-se primordialmente aos juízes e aplicadores da lei, ou seja, aos que se encontram na situação de decidir diante do caso concreto;
(iii) Proporcionam um guia de aplicação das leis, informando sobre o alcance, as formas de harmonização, combinação de normas e de suprimento de lacunas;
(iv) Possuem uma neutralidade tópica, ou seja, uma indiferença quanto ao conteúdo, transpondo limites dos campos de regulamentação jurídica.[233]

Com isso, o ponto de unificação dos novos princípios contratuais e da maior abertura do sistema, como já apontado, é o juiz, que passa a ser o centro do sistema, gerando certa discricionariedade judicial.

Sobre o tema, vale mencionar o exemplo de John P. Dawson, citado por Vera Maria Jacob de Fradera[234], segundo o qual, no caso Lousiana (Section 2.302), foi judicialmente negada a execução de determinada cláusula contratual em contrato de venda e compra de imóvel, por ser esta *unconscionable*, ou seja, "ofensiva à consciência". Ora, parece excessivamente subjetivo tratar a consciência do julgador como parâmetro na interpretação e na integração dos contratos.

As cláusulas gerais promovem a abertura do sistema e, ao mesmo tempo, dirigem e vinculam a atividades dos juízes.[235] Há uma preocupação no sentido de se evitar o uso inadequado do poder conferido aos juízes, favorecendo determinada classe social ou política.[236] E, para Franz Wieacker, no Código Civil alemão (*BGB*), a jurisprudência alemã

---

[233] CARRIÓ, Genaro R. **Principios juridicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
[234] FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
[235] WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 546.
[236] Como referiu Franz Wieacker: "O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se a 'fuga para as cláusulas gerais', para uma jurisprudência voltada exclusivamente para justiça e liberta da obediência aos princípios; em época de predomínio de injustiças, elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo dessas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo

foi madura ao "satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à obediência inteligente do juiz".

Conforme esclareceu Judith Martins Costa, ao aplicar as cláusulas gerais, a atividade do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada e busca atingir certas pautas de valoração do caso concreto.[237]

De acordo com Karl Engish[238], houve um tempo em que se acreditou ser possível obter a clareza e a segurança absoluta das leis através de normas rigorosamente elaboradas. O juiz seria o escravo da lei. Porém, verificou-se que somente a liberdade de decisão poderia dominar a pluralidade da vida e sua imprevisibilidade. Atualmente, ainda conforme o pensamento de Karl Engish, o juiz não fundamenta suas decisões apenas por meio da subsunção de conceitos jurídicos fixos, mas deve valorar e muitas vezes agir como legislador.

Desta forma, as cláusulas gerais modificam a tradicional e assentada atividade de subsunção, para trazer ao ordenamento ideais éticos e voltados ao bem comum.

Como se viu, a relação contratual que não seja pautada em um comportamento ético dos seus agentes em todas as suas fases, torna-se contrária ao regramento constitucional vigente e ao modelo adotado para o direito das obrigações.

A Jornada de Direito Civil n. 26 (STJ-CJF) concluiu: "A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes."

A doutrina discute se seria possível a revisão judicial do contrato diante de fatos previsíveis. E o que se pode inferir é que se a ocorrência de fatos (ainda que previsíveis) violar a relação de equivalência originalmente estabelecida pelos contratantes, colocando em risco a própria finalidade do pacto, o aplicador do direito deverá readequar o sinalagma, a partir das regras de integração da relação contratual.

---

gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica" (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 546).

[237] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n. 35, Brasília, 1998.

[238] ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Conforme esclarecem Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo[239], a integração do contrato a partir de critério de boa-fé é a única técnica de controle judicial segura. Muitos evocam que isto estaria revogando o *pacta sunt servanda* e o *rebus sic standibus*. A admissão normativa da resolução por situações imprevisíveis poderia, porém, ser extensiva a caso de previsibilidade objetiva, mas imprevisível ao homem médio. A avaliação deve se dar a partir da regularidade causal e da noção de homem médio. O erro de previsão intervém sobre a base negocial.

O juiz, mesmo diante de eventos previsíveis, deve recorrer à interpretação e integração do contrato para efetivar a administração do risco e controlar prestações que se tornem excessivamente onerosas. É que, de acordo com o sistema vigente, a cláusula geral da boa-fé deve se sobrepor ao quanto estabelecido contratualmente em ambiente privado.

Há diversas decisões judicias a respeito. Como exemplo, vale citar acórdão proveniente do Superior Tribunal de Justiça e relatado pelo então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que admitiu a revisão de contrato de promessa de venda e compra de imóvel, para adequar o preço. O contrato foi celebrado sem cláusula de correção monetária, tendo ocorrido inflação em índices não previstos. Foi a seguinte a fundamentação:

> [...] o fato superveniente da inflação em índices imprevistos ao tempo da celebração do contrato, celebrado sem cláusula de correção monetária, alterou substancialmente a base objetiva em que se fundava o negócio de promessa de compra e venda, com prestações a vencer em longo prazo, época em que já se fazia sentir o retorno galopante da inflação.
> Esse fato, previsível ou não, determinou uma modificação objetiva das circunstâncias existentes ao tempo em que as partes manifestaram sua vontade e elaboraram as cláusulas da economia do contrato. Essa modificação, que justificava a revisão do contrato, determinou consequentemente que a atualização das prestações, vencidas a partir da data consignada no pedido inicial, deve ser calculada de modo a considerar, nesse reajuste, a inflação verificada depois da data do contrato, porquanto a desvalorização da moeda já ocorria antes do vencimento da prestação diferida.[240]

Assim, cabe a integração judicial dos contratos diante de situações que ocasionem os desequilíbrios do sinalagma, ainda que estas situações sejam, sob certa ótica, previsíveis.

A funcionalização do negócio jurídico deve ser concretizada pelo juiz, através das cláusulas gerais, porém, dentro dos limites instituídos pelo ordenamento

---

[239] ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Bessone. **Rischio contrattuale e autonomia privada**. Napoli: Jovene, 1982, p. 351-360.
[240] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 131151-RJ, 4ª Turma, DJ 08.10.97, relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

jurídico. É que a concepção atual do negócio jurídico é a de que este extrapola o mero vínculo entre as partes contratantes, caracterizando-se como um instrumento da economia e da adequada distribuição dos riscos, tendo como norte o valor da pessoa humana, os princípios da dignidade humana e a da solidariedade social.

Dentro dessa concepção, passa-se à análise especificamente das funções da cláusula geral de boa-fé objetiva.

5.3 Funções das cláusulas gerais

Como referido, as cláusulas gerais caracterizam-se pela capacidade de adaptação às transformações sociais. São tidas por normas não acabadas, que dependem basicamente da aplicação dada pelo intérprete diante do caso concreto. De acordo com a doutrina alemã, citada por Giselle Borges Alves, na "vagueza encontra-se a necessidade de precisão". No direito processual civil, já é conhecida a elasticidade processual na busca pela efetividade.[241]

A cláusula geral é a disposição normativa que utiliza uma linguagem aberta, fluida ou vaga, com ampla extensão de seu conteúdo semântico. Sua concretização depende da aplicação de um valor, de um padrão de comportamento ou de uma experiência social concreta. São incompletas, pois indicam programas e resultados desejáveis ao bem comum e à utilidade social (são chamadas de diretivas ou "normas-objetivo).

Esta concepção denota precisamente o espírito das cláusulas gerais, as quais, ao mesmo tempo em que expressam o direito legislado, claro, coerente e vinculante ao juiz, asseguram uma margem de liberdade, na qual se impõe a busca, no caso concreto, por princípios voltados à ética e à boa-fé.

Assim, é possível dizer que são três as principais funções das cláusulas gerais: (i) função individualizadora, cabendo ao juiz especificar o sentido da norma e sua exata configuração; (ii) função generalizante, ou seja, o intérprete deve estabelecer tipologias sociais, que visam a concretização de finalidades juridicamente perseguidas e a formação de institutos que irão regrar situações futuras; e (iii) função de promover a inter-

---

[241] De acordo com Giselle Borges Alves, a "adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa (ou princípio da elasticidade processual) já está enraizado no ordenamento jurídico atual, tendo em vista que é necessário um procedimento flexível, passível de adaptação às relações substanciais, pois os modelos de procedimentos rígidos não se adaptam às lides de maior complexidade em que são exigidas providências diferentes para o resultado efetivo do processo" (ALVES, Giselle Borges. Cláusulas gerais, vinculatividade jurisprudencial e uniformização de decisões: amarras decisórias? *In*: **Revista Síntese**. Direito Civil e Processual Civil v. 12, n. 89, 2014, p. 98).

relação entre áreas do direito, especialmente entre o direito público e o privado, por meio da integração das normas constitucionais ao sistema de direito privado. É o que se descreverá a seguir.

Conforme o pensamento de Judith Martins-Costa, são as seguintes as funções da cláusula geral:

(i) Criar normas de alcance geral, ou seja, permitir ao juiz a conceituação de normas jurídicas com alcance geral, através da reiteração dos casos e reafirmação do fundamento dos julgados por meio da jurisprudência, especificando o sentido da cláusula geral e sua exata dimensão. Nesse passo, requer-se ao aplicador da lei a criação de normas de decisão vinculadas à concretização de um valor. A atividade do juiz, nesse caso, muito embora seja discricionária, é vinculada e indicada em outras disposições normativas integrantes do sistema ou no próprio ambiente social. Por meio de tal função, a norma estabelece um comportamento, um padrão social, uma tipologia social;

(ii) Permitir a mobilidade externa do sistema, por meio da formação de instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito. Trata-se da chamada função generalizadora;

(iii) Estabelecer elementos de conexão na fundamentação das decisões judiciais, o que ocorre através da uniformização dos fundamentos das decisões judiciais na construção da jurisprudência. Nesse caso, a cláusula geral atua como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes;

(iv) Admite a integração entre diplomas legais, viabilizando a eficácia da Constituição no Direito Privado e evitando a rigidez do sistema e a inflação legislativa. Ademais, permite a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais, dentro da compreensão do conceito contemporâneo de sistema, com a construção de um núcleo valorativo comum nas esferas do Direito Público e do Direito Privado, que deixam de ser seccionadas.[242]

---

[242] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n. 35, Brasília, 1998.

Nesse sentido, para Virgílio Afonso da Silva,[243] "é principalmente, mas não exclusivamente, por meio dessas cláusulas [gerais] que os direitos fundamentais se 'infiltram' no direito privado e por aí produzem efeitos".

Ainda, de acordo com Robert Alexy, conforme citado por Maria Cláudia Cachapuz, as cláusulas gerais possuem as funções de:

(i) função estabilização, na medida em que buscam dar estabilidade a algumas conclusões do aplicador do direito, bem como estabelecem enunciados e padrões de conduta;
(ii) função progresso, pois asseguram previsibilidade e atualização constantemente das soluções jurídicas;
(iii) função descarga, ao estabelecerem um consenso em torno do sentido da norma, tornando desnecessária qualquer fundamentação;
(iv) função técnica, uma vez que asseguram coerência na aplicação da norma para que se atinja determinado fim;
(v) função controle, ao permitir controle da correção do enunciado com parâmetros na experiência concreta, evitando-se contradições; e
(vi) função heurística, pois proporcionam os meios necessários ao intérprete para que dirija a sua atuação em determinado sentido, permitindo a necessária abertura ao sistema.[244]

Assim, a principal funcionalidade das cláusulas gerais é apresentar dispositivos legais admitindo que os valores orientadores do ordenamento jurídico se reflitam na sua interpretação, trazendo mobilidade ao sistema e viabilizando que os princípios constitucionais, em especial, os direitos fundamentais, expressem sua eficácia.

Como se viu, a primeira experiência no sentido de se estabelecer normas abertas e passíveis de integração diante do caso concreto se deu no *BGB*, o Código Civil alemão, que introduziu a concepção de boa-fé e confiança na interpretação das relações negociais e que trouxe novos elementos ao direito civil, com vistas a se promover um ordenamento jurídico integrado, sistemático e funcionalizado. Trata-se de concepção nova e mais aberta do direito, sensível a valores éticos e humanistas, que viabilizou à jurisprudência alemã maior liberdade na construção do direito diante do caso concreto, com base numa visão dinâmica e realista do direito.

---

[243] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79.
[244] CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. **O papel das cláusulas gerais para concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos. Acesso em: 31 mar. 2016.

As cláusulas gerais individualizam o sentido da norma, generalizando, criando tipologias sociais para a concretização de finalidades juridicamente perseguidas e promovendo a comunicação entre áreas do direito e acolhendo as normas constitucionais no sistema de direito privado.

Os contratos não devem ser interpretados e integrados simplesmente a partir da vontade das partes, uma vez que não mais prevalece a autonomia da vontade, mas a autonomia privada e a autonomia social.

Assim, nesse novo cenário, a interpretação do contrato se faz, de acordo com Judith Martins-Costa, funcionalmente, considerando-se a distribuição econômica do negócio jurídico e os riscos a ela associados; estruturalmente, partindo da expectativa de confiança que liga as partes contratantes e da finalidade concreta; e pela eficácia geradora do vínculo das partes, conforme o ordenamento jurídico.[245]

Objetivada pela lei, a vontade contratual extrapola a mera vontade das partes e o ordenamento jurídico vigente passa, nesse contexto, a ser imperativo às relações negociais. Ressalte-se que, nos sistemas jurídicos, há normas que conferem a capacidade aos sujeitos privados de realizar negócios jurídicos e conferem validade aos negócios, os quais, no âmbito da autonomia privada, manifestam uma vontade (normativa) subordinada a normas emanadas de fontes superiores.[246]

A boa-fé auxilia na intepretação dos contratos a partir dos seguintes postulados: a liberdade deve ser entendida dentro da situação fático-normativa; a confiança é a matriz e deverá integrar o negócio jurídico de acordo com critérios de correição, lealdade e probidade. Há que se aferir ainda a utilidade do contrato (funcionalidade econômico-social), conforme estabelecido pelos artigos 112, 113, 187 e 166, III, todos do Código Civil.[247]

---

[245] MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.
[246] FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
[247] MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

E é nesse ponto que reside o paradoxo da autonomia privada: as partes são livres para estabelecer o conteúdo do contrato, porém, devem agir com responsabilidade e atender às regras impostas pelo ordenamento jurídico. A autonomia privada deve conformar-se aos preceitos de proteção da coletividade, como solidariedade social e respeito aos princípios da liberdade, igualdade e democracia.

Assim, há que se reconhecer o papel fundamental das cláusulas gerais no movimento de abertura do sistema de direito privado conforme promovido inicialmente pelo Código Civil alemão. Desta maneira, foi deixado de lado o ideal de completude normativa para se admitir que o juiz deva integrar as relações negociais a partir de dados da realidade e da imposição de se dar efetividade aos direitos e aos valores constitucionais previstos.

É neste contexto que deve ser estudada a função social do contrato, que servirá como um importante instrumento para assegurar o direito ao desenvolvimento.

5.4 O princípio da função social do contrato

O negócio jurídico é a maneira típica de operar as relações econômicas e os interesses subjetivos dos particulares. Ao nascer, a função primordial do direito negocial foi a de instrumentalizar o direito de propriedade, conferindo segurança e legitimidade às transações jurídicas e à negociação de bens. A Revolução Francesa, ao buscar suprimir desigualdades e consagrar a liberdade individual a todos, produziu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual a propriedade se constituiria em direito inviolável e sagrado.[248]

Certo é que o contrato, em tal concepção, se define pela vontade e pela liberdade. Daí a lei trouxe a segurança necessária ao pacto contratual. A função do direito seria, então, a de garantir a força obrigatória dos contratos.

Sob esta ótica, a justiça contratual se realiza pela liberdade. Os indivíduos capazes, neste momento histórico, eram tidos por naturalmente iguais para manifestar sua vontade e responsabilizar-se por ela. Trata-se de um conceito de igualdade meramente

[248]Artigo 1º – "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum"; Artigo 2º – "A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão"; Artigo 17 – "Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém poderá ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização".

formal, que prescinde de qualquer análise quanto às condições econômicas, sociais ou intelectuais das partes envolvidas.

A evolução da concepção individualista do direito de propriedade desenvolveu a ideia de propriedade-função. O princípio da função social do contrato sobretudo atua com vistas a proteger a dignidade humana. Além disso, atua no controle de cláusulas abusivas, ponderando autonomia privada e solidarismo social. O proprietário capitalista passou a ser incumbido de uma função social a partir da noção de solidariedade.

Segundo a Constituição Federal de 1988, a República tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa, solidária e igual, com fundamento no Estado Democrático de Direito e na preservação da dignidade humana (artigos 1º, IV e 170 da Carta). O Código Civil também consagrou o princípio da função social do contrato (artigos 421 e 2035 do diploma em questão).

Por um lado, a função social do contrato possui um núcleo interno, cuja função é atender às finalidades sociais estabelecidas na Constituição Federal. A igualdade e a liberdade dos contratantes, a partir de então, não mais será formal e absoluta.

Sob essa ótica, o princípio da função social do contrato busca tutelar: (i) o dever de colaboração na condução dos negócios jurídicos; (ii) o equilíbrio real entre prestações contratuais, impondo trocas justas, úteis e legítimas; e (iii) o prestígio aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.[249]

Por outro lado, o núcleo externo do princípio extrapola a relação entre os contratantes. É que o conceito de "função", acrescido do adjetivo "social" significa que deve o contrato estar vinculado a certos objetivos, que ultrapassam os interesses dos titulares do direito e abrangem o interesse coletivo. [250]Como refere Fernando Augusto Cunha de Sá[251], os direitos e prerrogativas devem funcionalizar-se a um fim ou missão social.

Como consequência, o ato praticado, com quebra de segurança ou confiança poderá atingir toda a sociedade, reduzindo a qualidade de vida coletivamente. Nesse caso, estar-se-á diante do que Antonio Junqueira de Azevedo classificou como *dano social*. Conforme esclarece o autor, a jurisprudência brasileira não admitia os assim chamados pela doutrina norte-americana *punitive damages*, ou seja, a indenização destinada a

---

[249] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.
[250] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.
[251] CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

desestimular atividades nocivas. Entretanto, o artigo 944, do Código Civil não inviabiliza que a parte seja condenada também a uma indenização por dano social, visando restaurar o nível de tranquilidade social reduzida em razão do ilícito. Assim, trata-se de indenização por atos praticados com efeitos *ultra partes*, além de indenização dissuasória, se os atos provocarem redução na qualidade de vida da coletividade.[252]

O Código Civil de 2002 expressou em seus dispositivos uma série de princípios. Dentre eles o da operabilidade, o da eticidade e o da socialidade. Deste modo, as normas que regulam os interesses particulares devem também ter o papel de satisfazer interesses comuns e socialmente protegidos.

Vale referir, ademais, que, em 30 de abril de 2019, foi editada a Medida Provisória n. 881, denominada "Declaração de Direitos da Liberdade Econômica". O artigo 7º do texto legal alterou o artigo 421 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

> Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.
> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.[253]

Observe-se que a "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica", à qual deverá submeter-se a função social do contrato está prevista no artigo 3º da referida Medida Provisória.

Estes princípios foram assim resumidos por Flávio Tartuce:[254]

> *a)* desenvolver, para sustento próprio ou de sua família, atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de atos públicos de liberação da atividade econômica;
> *b)* produzir, empregar e gerar renda, assegurada a liberdade para desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, observadas as normas ambientais, as restrições do Direito Privado, incluídas as relativas à propriedade e à legislação trabalhista;
> *c)* não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente;

---

[252] Ainda: "os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382).
[253] Grifos no texto alterado.
[254] TARTUCE, Flávio. **A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil**. Primeira parte. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046-A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+codigo+civil. Acesso em: 11 maio 2019.

> *d)* receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;
> *e)* gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;
> *f)* desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;
> *g)* implementar, testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo privado e restrito de pessoas maiores e capazes, que se valerá exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em hipóteses de segurança nacional, de segurança pública ou sanitária ou de saúde pública, respeitada a legislação vigente, inclusive no que diz respeito à propriedade intelectual;
> *h)* ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato;
> *i)* ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto na própria medida provisória, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular receberá imediatamente um prazo expresso que estipulará o tempo máximo para a devida análise de seu pedido e que, transcorrido o prazo fixado, na hipótese de silêncio da autoridade competente, importará em aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas na lei; e
> *j)* arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equiparará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público.

Merecem especial atenção os incisos da "Declaração de Direitos da Liberdade Econômica", segundo os quais a boa-fé deve ser presumida (letra "e") e a liberdade contratual respeitada, a despeito das normas de ordem pública.

Estes dispositivos estão em total desacordo com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais que estabelecem o dever de se aplicar os princípios da boa-fé e da função social do contrato ao caso concreto; não cabem, portanto, generalizações como a exposta na referida Medida Provisória n. 881/2019. Tal norma, como se vê, contraria o modelo adotado pelo Código Civil de 2002, que dá ao juiz o poder de integrar os contratos de acordo com as especificidades da realidade concreta.

Esta Medida Provisória (n. 881/2019), por seu turno, deveria ser considerada inconstitucional, uma vez que inexiste no caso a urgência imposta pelo artigo 62 da Constituição Federal. Não há dúvidas de que o Código Civil, em vigor há mais de 16 anos, nunca trouxera entraves ao exercício da liberdade econômica.

Além disso, o processo legislativo exigido constitucionalmene para a aprovação de Código é diferenciado e mais complexo do que o exigível para as leis ordinárias. A redação do parágrafo 4º do artigo 64 da Constituição Federal, que exclui os projetos de Código da solicitação de urgência pelo presidente da República, denota que eles não podem ter urgência, pois não são leis que envolvem políticas públicas e contingentes. O processo legislativo é certamente mais lento.

Por outro lado, Paulo Lôbo expõe a existência de inconstitucionalidade material, uma vez que, ao pretender elevar a liberdade econômica a princípio fundamental, "na aplicação e interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas" (conforme artigo 1º, parágrafo 1º), a referida Medida Provisória n. 881/2019 afronta a norma constitucional. Isto porque o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabelece que o valor social da iniciativa privada é fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil.[255]

Ademais, ao acrescentar ao artigo 421 do Código Civil que a função social será exercida desde que "observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica" pretende-se, em verdade, excluir o dever jurídico de observância da função social nos contratos utilizados no exercício da atividade econômica, não apenas os interempresariais, mas também os que regulamentam a relação com os consumidores.

---

[255] "Note-se que o *caput* do artigo 3º da MP 881 indica como fundamento da "declaração" o parágrafo único do artigo 170 da Constituição, excluindo propositadamente o *caput* deste artigo, pois com este ela é incompatível, dado a que desconsidera seus explícitos princípios jurídicos, incluindo os da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente e da redução das desigualdades. O parágrafo único do artigo 170 não pode ser lido e interpretado com ignorância do que disposto no *caput*, como se este não existisse e no qual a livre iniciativa comparece como um dos fundamentos da ordem econômica, mas que deve observar os ditames da justiça social e os princípios que enuncia. O parágrafo único do artigo 170 integra o todo deste, e tem por finalidade esclarecer que o exercício da atividade econômica, salvo os casos previstos em lei, não depende de autorização de órgãos públicos, como ocorria com o Estado absolutista, na primeira fase do Estado moderno" (LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da "liberdade econômica" e o direito civil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil. Acesso em 11 jun. 2019).

Além disso, com a inserção da frase "a intervenção mínima do Estado" no artigo 421 e a nova redação dada ao artigo 423 do Código Civil, acrescidos dos artigos 480-A e 480-B do Código Civil, pretende-se limitar o poder de revisão judicial dos negócios jurídicos.

O poder de revisão judicial advém da construção jurisprudencial a respeito da interpretação dos princípios constitucionais, de modo que não caberia, por meio de Medida Provisória, pretender-se reduzir ou interferir na autonomia judicial.[256]

Fato é que a Medida Provisória n. 881 parece ter desconsiderado toda a doutrina e jurisprudência desenvolvida e consolidada no Brasil e em outros países a respeito da importância de se adequar as relações obrigacionais aos valores da socialidade impostos pela Constituição Federal.

O Código Civil de 2002 representou um avanço em relação à codificação de 1919, na medida em que trouxe maior abertura, com a previsão de cláusulas abertas que admitem soluções à luz dos direitos fundamentais e a aplicação da equidade e do equilíbrio econômico ao caso concreto. Atualmente, o modelo proposto pelo Código Civil encontra-se maduro tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, com as alterações apresentadas pela Medida Provisória n. 881/19, há uma tentativa de retorno ao antigo espírito individualista, desconsiderando diversas outras normas do Código Civil (a exemplo dos artigos 113, 187, 416, 422, 423, 424, 473 e 2035, parágrafo único). E, além disso, nega vigência a disposições constitucionais (a exemplo dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e 170) e viola o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.[257]

Assim, a função social do contrato deve servir na interpretação e aplicação dos direitos advindos do exercício da atividade econômica (artigo 170 da Constituição Federal de 1988). É que a liberdade de iniciativa econômica e o trabalho humano devem ser exercidos conforme os ditames da justiça social, da garantia de uma existência digna e da função social da propriedade. Mais ainda: o princípio da solidariedade deve permear as relações econômicas e negociais. Tudo com vistas a harmonizar o progresso e o

---

[256] LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da "liberdade econômica" e o direito civil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil. Acesso em: 11 jun. 2019.

[257] "Para que fosse possível a consagração do *princípio da intervenção mínima do Estado* como regramento contratual determinante, e na linha do que propõe a MP, seria necessário revogar todos esses dispositivos, que formam a *espinha dorsal* da codificação de 2002 a respeito dos contratos". (TARTUCE, Flávio. **A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil**. Primeira parte. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046-A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+codigo+civil. Acesso em: 11 maio 2019.

desenvolvimento econômico no Estado Democrático de Direito, eis que a autonomia social é o que orienta a leitura dos negócios jurídicos, como se demonstrará no próximo item.

5.5 O valor social do contrato, em interpretação conforme a Constituição – o conceito de autonomia social

Todo contrato possui um valor social que se expressa a partir da tríade: (i) o equilíbrio econômico, que estabelece o sinalagma – equação econômica do contrato e os riscos assumidos pelas partes; (ii) a função social do contrato, que funcionaliza e assegura uma inserção social ao contrato; (iii) boa-fé, que impõe a eticidade, atribui valor ao princípio da confiança, objetivando o negócio jurídico.

Assim, avançando em relação à autonomia da vontade e à autonomia privada, a autonomia social estabelece comportamentos às partes que se tornam vinculantes e impõem limites à liberdade contratual. A boa-fé objetiva está presente na substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada:

> [...] compreende-se, hoje em dia, que as intervenções heterônomas na atividade privada não decorrem tão-somente de imposições pontualmente limitadoras, tal como tradicionalmente consistia o papel das 'normas de ordem pública' ou inderrogáveis *ex voluntate.* Há limites que decorrem de um intuito de tutela a interesses comuns a certos setores sociais.[258]

O poder de autodeterminação das partes não exclui a obrigatoriedade de se atender a um padrão de comportamento ético-jurídico orientado a promoção de interesses coletivos e sociais. Assim, nasce a chamada autonomia social. Verifica-se, pois, que o contrato não serve apenas às partes contratantes, mas que existe uma obrigatoriedade de se atender ao coletivo, ao bem comum. O contrato, para além de instrumento da atividade econômica e da transferência, tornou-se também um modo para se efetivar diversos direitos fundamentais, de cobrir necessidades básicas. Conforme explica Antonio Junqueira de Azevedo[259], o contrato "humaniza-se" e passa a ter por objeto, inclusive, a vida e a dignidade humana e os demais direitos fundamentais.

Ser juridicamente pessoa é fazer valer esta condição perante os outros. É o que Pietro Perlingieri denomina *igual dignidade social* (*pari dignità sociale*):

---

[258] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 239.
[259] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

> Os princípios da solidariedade e da igualdade são resultantes da dignidade social do cidadão.
> Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de dignidade social como instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo posições a estas correspondentes [...]. De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade.[260]

A relação entre negócio jurídico e solidariedade estabelece que a solidariedade deve estar presente no vínculo obrigacional, a partir da noção de cooperação.

Conforme esclarece Giovanni Ettore Nanni[261], o dever de cooperação estabelece um relacionamento digno voltado ao adimplemento da obrigação assumida, de modo que, a despeito de possuírem interesses antagônicos, as partes devem cooperar com vistas a uma finalidade comum.

O artigo 170, da Constituição Federal protege o valor social do trabalho e da livre iniciativa. Como refere Antonio Junqueira de Azevedo[262], estas expressões levam a considerar que o contrato possui um valor social.

Há que se referir o "paradigma da essencialidade", que impõe a análise do objeto contratado, considerando sua maior ou menor utilidade.[263]São todos objetos ligados à dignidade humana, ao desenvolvimento humano, relacionados à moradia, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, ao vestuário, à higiene e ao transporte (artigo 6º da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, passa-se a analisar e verificar as premissas e as condições para que o direito ao desenvolvimento sirva como parâmetro constitucional na integração e na interpretação das relações negociais.

---

[260] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37.
[261] NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperar nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.
[262] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
[263] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução do direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

6 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO PRECEITO NORTEADOR DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

6.1 A utilização do direito ao desenvolvimento como instrumento de hermenêutica dos negócios jurídicos

O artigo 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 consagra: "a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento".

O direito ao desenvolvimento deve ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais e parte integrante dos direitos humanos fundamentais.

Amartya Sen lembra que o progresso e a superação de antigos modos de produção, o avanço na tecnologia e a mudança no modo de vida podem causar alguma angústia e um profundo sentimento de perda.[264] Mas, cabe à sociedade decidir o que pretende preservar e, para isso, analisar o custo-benefício da manutenção de antigos modos de vida, o que não é muito simples.

Os direitos econômicos previstos na Constituição Federal estabelecem regras com as seguintes especificidades: há valores constitucionais que fundam o Estado Democrático de Direito (por exemplo, os artigos 1º, 4º e 170), há programas que devem ser regulamentados pela legislação ordinária (por exemplo, os artigos 218 e 219) e há normas que possuem incidência imediata, como o direito ao desenvolvimento, a defesa do meio ambiente e a função social da propriedade e do contrato (por exemplo, os artigos 3º, 5º e 225, da Constituição Federal).

O direito ao desenvolvimento, como definido no presente trabalho, por um lado, tem como cerne ações políticas direcionadas ao crescimento econômico, ao progresso, ao aprimoramento do bem-estar da população e à distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. Por outro lado, do ponto de vista individual, exige ações orientadas à expansão da liberdade humana, da autodeterminação e da busca pela felicidade.

---

[264] "É como a extinção de espécies de animais mais antigas. A eliminação de velhas espécies em favor de espécies mais 'mais aptas' com condições 'melhores' para sobreviver e multiplicar-se pode ser lamentada, e o fato de as novas espécies serem 'melhores' no sistema de comparação darwiniano não necessariamente será visto como suficientemente consolador" (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 310).

A definição de desenvolvimento possui diversas dimensões: há o desenvolvimento econômico (crescimento econômico e progresso), o desenvolvimento social (busca de bem-estar social e direito à felicidade), o desenvolvimento político (governança e participação democrática) e o desenvolvimento sustentável (a busca por um meio ambiente saudável).

O direito ao desenvolvimento é um conceito que traz uma amplitude e complexidade, pois, assim como o ideal de dignidade da pessoa humana, é um dos fundamentos da República e um meio para a promoção de todos os outros direitos.

Sob outra ótica, tendo em vista que o contrato é o instrumento mais relevante da atividade econômica, há que se buscar os parâmetros que devem assegurar concretude ao direito ao desenvolvimento na interpretação dos negócios jurídicos, conciliando liberdade contratual e autonomia privada com desenvolvimento.

A utilização do direito ao desenvolvimento como norte na interpretação das relações negociais tem como principal fundamento o princípio da solidariedade. Isto porque é o ideal de solidariedade que regulamenta a relação do ser humano em sociedade e as aspirações humanas só podem ser atendidas pela coexistência humana.

A solidariedade decorre de uma ideia racional de que há a responsabilidade de todos pela manutenção do grupo. E o Estado passa também a cumprir uma função de união, assistência e de busca pela igualdade social.

Ademais, a solidariedade impõe: a cooperação de todos, visando a estabelecer diálogo para a participação de todos no patrimônio comum. Em políticas voltadas ao desenvolvimento, esse modelo institucional é fundamental, na medida em que permite a realização de ações governamentais envolvendo diversas áreas da sociedade civil, que, por meio de colaboração, atuam em conjunto e de forma concertada.

Aliás, no conceito de nova governança proposto, o direito administrativo deve dirigir-se também à realização dos fins sociais, assim como deve buscar adaptar-se a uma realidade em constante transformação. Na relação entre Estado e sociedade, o direito administrativo passa a estabelecer mecanismos de consenso, adesão, conciliação, reduzindo as medidas meramente imperativas e estabelecendo, de certo modo, medidas de natureza contratual para inclusão de todos os interesses envolvidos.

Assim, o direito ao desenvolvimento caracteriza-se como um direito humano de natureza protetiva e que visa a inclusão social de todos os povos do planeta, unindo questões globais, coletivas e individuais. Busca, não só satisfazer as necessidades primárias das pessoas, mas promover a justiça ambiental e social.

Por outro lado, o princípio da solidariedade é o fundamento da função social do contrato e conduz à funcionalização da relação negocial. Fato é que o princípio da função social do contrato impõe o dever de colaboração, transparência e boa-fé na condução dos negócios jurídicos, a tutela da confiança entre as partes contratantes, o equilíbrio real entre prestações contratuais e o atendimento aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.

Ademais, o núcleo externo do princípio da função social extrapola a relação entre os contratantes e impõe aos titulares do direito buscar interesses da coletividade, que, nesta medida, passam a cumprir uma missão social.

Já se sabe que o indivíduo não se realiza sem se acomodar ao grupo social ao qual faz parte, de sorte que a função social do direito privado é o que impõe a humanização e sociabilidade do direito privado, inserindo-o na visão do direito constitucional e superando a antiga lógica público-privado.

Como consequência, é por meio do núcleo externo da função social do contrato que o direito ao desenvolvimento passa a ser um dos vetores na qualificação e interpretação do negócio jurídico.

De acordo com Pietro Perlingieri, a qualificação e interpretação são entidades distintas, mas expressam um modo unitário de atuação. Trata-se da adequação, tipificação e valoração do ato negocial diante do caso concreto e do ordenamento jurídico. A qualificação não é um mero exercício de subsunção, mas considera a disciplina atual, bem como função sócio-jurídica do regulamento contratual.[265]

Assim, inspirado pelo perfil constitucional do direito privado, o contrato, na visão moderna, é funcionalizado e deve ser integrado pela Constituição Federal, que passa a ter efeito imediato. Aliás, a existência de diversos dispositivos de direito privado na Constituição Federal impõe a interpretação de suas normas a luz da sistemática constitucional.

Além disso, outro princípio que irá fundamentar a concretização do direito ao desenvolvimento nas relações contratuais é o princípio da boa-fé objetiva.

Como se viu, o princípio da boa-fé objetiva estabelece um aumento da responsabilidade dos contratantes, na medida em que o contrato deve conter em si uma

---

[265] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

promessa de justa expectativa estabelecida sobre um modelo de comportamento probo, confiável e honesto.

De modo que o negócio jurídico não poderá se dissociar do sistema de valores constitucionais vigentes.

E, como ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o princípio da boa-fé não é apenas um conceito ético, mas um vetor de natureza econômica, a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue.

> "São os dois lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio."[266]

Todo sujeito, dentro da esfera negocial, ocupa uma posição concreta, a qual é definida e categorizada pelo direito. De modo que, independentemente do vínculo que se possa estabelecer na realidade, o direito conceitua, classifica e tipifica a relação estabelecida e o ordenamento incide independentemente de relações e concepções subjetivas as partes[267].

Daí porque, considerando-se os princípios da solidariedade e da boa-fé objetiva, o direito ao desenvolvimento deverá ser um norte interpretativo das relações contratuais, orientando a leitura objetivada e funcionalizada dos negócios jurídicos.

Para tanto, inicialmente há que se demonstrar a diferença entre os contratos existenciais e os de lucro.

---

[266] AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 14, abr-jun 1995, p. 22.

[267] "A situação jurídica não empenha a pessoa como realidade integral nem se dá com coisas, atos ou qualificações socialmente tipificadas, na inteireza de realidades físicas, sociais ou psicofísicas, intencionais ou materiais. Empenha-os, enquanto tais realidades são vistas como participantes do escopo preciso da norma, em cada situação. [...] Participam os aspectos relacionais que a norma delas retira para lançar vista sobre suas construções situacionais." (CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 68).

6.2 Contratos existenciais e de lucro – nova dicotomia

De acordo com Ruy Rosado de Aguiar, há uma nova dicotomia contratual: os contratos existenciais e os contratos de lucro.

Os contratos existenciais são estabelecidos entre pessoas não empresárias ou entre uma pessoa empresária, desde que esta não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros.[268] Os contratos existenciais não se resumem aos contratos de consumo, há outras situações de hipossuficiência que devem ser consideradas, como os contratos de trabalho, de locação e de conta corrente, dentre outros.

Os contratos existenciais visam a subsistência de uma ou ambas as partes, pessoas naturais. Cabe ao julgador, em relação a estes contratos, atender às suas necessidades fundamentais, respeitar o direito à vida e à saúde. Tais contratos buscam realizar a função social e os valores inerentes à dignidade da pessoa humana e admitem a revisão judicial.[269]

Os contratos existenciais e de lucro passam a ter disciplinas diferentes. Nos contratos de lucro, o *pacta sunt servanda* possui uma atuação mais marcante e um regime de menor interferência judicial. E, os contratos existenciais sugerem uma maior incidência dos direitos fundamentais, na medida em que sofrem um controle jurisdicional mais atento.

Conforme ensina Marco Fábio Morsello, nos contratos de lucro, fulcrados em componente interempresarial destituído de qualquer hipossuficiência, a autonomia privada terá maior peso quando sopesada com os demais princípios nomeadamente sociais, que, embora não elididos, terão aplicação em menor grau, sob pena de se criar obstáculos ao tráfego contratual, com efetivo *spreading* indevido ao corpo social.[270]

Os contratos de lucro (ou entre empresas), em geral são relacionais, de longa duração. Eles buscam determinar seu conteúdo em elementos estranhos ao negócio jurídico, além de estabelecerem regras para o suprimento de lacunas, impondo a interação entre os contratantes. Qualquer incompletude contratual aumenta o risco; além disso, a

---

[268] De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo: "A nova dicotomia, própria do século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social, devem ser conciliados". (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 185).

[269] ROSADO, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Contratos existenciais e de lucro. *In*: **Revista Trimestral de Direto Civil**, v. 45, São Paulo, 2011.

[270] MORSELLO, Marco Fábio. **Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro**. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc27.pdf?d=636808166395003082. Acesso em: 18 abr. 2019.

imprevisão deverá resultar em prejuízo às partes. Há que se ter em vista, ademais, que, nos contratos de lucro, o empresário possui o dever de se informar a respeito de todas as condições e riscos inerentes ao contrato. Há, ainda, menor intervenção judicial sobre o seu conteúdo. Esse tipo de contrato é o que melhor se ajusta à ideia de obrigação como processo.[271]

A respeito da distinção entre contratos existenciais e contratos de lucros, ressalta-se o conceito de *law and economics*, que trata especificamente do impacto da lei sobre o comportamento dos indivíduos. Decorre disso a análise quanto à alocação de recursos materiais.

Os estudiosos de *law and economics* tratam o Estado como elemento exógeno ao processo econômico, dentro do ideal de que o mercado tende ao equilíbrio.

Sob esta concepção, entende-se que o Estado não possui a plasticidade necessária à infiltração dos direitos fundamentais.[272]

Trata-se de uma análise de elementos da economia para determinar: (i) os efeitos das normas; (ii) qual a regra legal mais eficiente; e (iii) entre mais de uma norma legal, qual a melhor do ponto de vista econômico. Além disso, são apresentadas noções como maximização, equilíbrio e eficiência, especialmente no comportamento racional das pessoas.[273]

Assim, ao estabelecer-se a integração dos contratos sob a ótica dos direitos fundamentais, em especial do direito ao desenvolvimento, há que se diferenciar os contratos existenciais e os de lucro. Sendo certo que os contratos de lucro, por sua própria natureza, serão menos sensíveis à infiltração dos direitos fundamentais, dada a maior possibilidade de discussão das condições negociais pelas partes.

Ademais, nas hipóteses de desequilíbrio contratual, como descrito anteriormente, há a possibilidade de resolução contratual (conforme estabelece o artigo 478, do Código Civil), se estiverem presentes três pressupostos: contratos de execução

---

[271] "Em resumo, contrato de lucro é a avença de natureza patrimonial da qual participam empresas no desempenho de sua atividade fim, de ordinário resultado de tratativas e de negociação entre as partes; também é contrato de lucro o celebrado pelo investidor, pessoa física, no mercado financeiro e de capital." (ROSADO, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Contratos existenciais e de lucro. *In*: **Revista Trimestral de Direto Civil**, v. 45, São Paulo, 2011).

[272] KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Welfare State* e desenvolvimento. **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 1, Rio de Janeiro, 2011, p. 129-156.

[273] IRELAND, Thomas R. The interface between law and economics and forensic economics, 7 **J. Legal Econ**. 60, 1997. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jole7&div=8&id=&. Acesso em: 11 abr. 2019.

continuada; excessiva onerosidade com extrema vantagem a parte contrária; e fatos extraordinários ou imprevisíveis.

Por outro lado, a doutrina, admite, nos casos de onerosidade excessiva por fatos supervenientes ou extraordinários e imprevisíveis, a revisão judicial. Porém, em contratos empresariais, cujo regime de interferência é reduzido, a revisão judicial poderia não ser admitida. Caberia, isto sim, em contratos existenciais, dada a maior proteção à pessoa humana, inclusive como previsto no Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso V.

São condições estabelecidas pela jurisprudência para revisão de contratos regidos pelo Código Civil: não ter sido concluído o contrato, com o recebimento do valor da prestação e não se encontrar em mora o contratante que pede a revisão[274].

Quanto à imprevisibilidade, esta pode estar relacionada não diretamente ao acontecimento em si, mas às suas consequências.

Torna-se, portanto, imprescindível analisar as formas de integração do negócio jurídico a partir da infiltração dos direitos fundamentais, em especial do direito ao desenvolvimento.

6.3 Formas de integração do negócio jurídico e a infiltração dos direitos fundamentais

Com efeito, ao integrar o contrato, o juiz deverá considerar os seguintes aspectos: a vontade real das partes declarada no negócio jurídico (de acordo com a fórmula de equidade e com os usos e costumes do lugar onde o contrato foi celebrado), o comportamento das partes durante a execução contratual, as tratativas preliminares, as cláusulas gerais de boa-fé objetiva, a função social do contrato, a vedação ao abuso de direito, as exigências do bem comum e os direitos fundamentais.

Para fins do presente estudo, cumpre a análise das formas de objetivação das relações obrigacionais por meio da aplicação dos direitos fundamentais.

Há várias formas de se estabelecer as relações entre as normas constitucionais e as normas ordinárias de direito civil, conforme esclarece Pietro Perlingieri:

---

[274] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 191.

(i) as normas constitucionais atuariam como limite à aplicação da norma ordinária de natureza civil, sempre de forma residual.

(ii) os princípios constitucionais seriam relevantes apenas na interpretação das regras de direito civil, buscando a realização de seus valores.

(iii) a Constituição atuaria como fonte para releitura das normas de direito civil. Nesse caso, a norma constitucional aplica-se ao caso concreto, não apenas de forma interpretativa, mas de maneira substancial por meio das cláusulas gerais. É o que parte da doutrina denomina "filtragem constitucional", ou seja, o ordenamento jurídico passa a ser entendido sob a ótica das normas constitucionais.[275]

(iv) a Constituição seria aplicada diretamente ao caso concreto, na hipótese de não existir legislação ordinária de direito civil específica a respeito do tema.[276]

Sob quaisquer das óticas descritas, deve-se considerar a relevância cada vez maior das normas constitucionais na interpretação e aplicação do direito civil. Ressalte-se, a esse respeito, que a Constituição atual possui diversas normas atinentes às relações privadas, daí porque essa área de conhecimento deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais.

Virgílio Afonso da Silva[277], refere que não somente o Estado, mas também os particulares seriam ameaças aos direitos fundamentais. Nesse caso, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações obrigacionais e privadas poderia se dar, na sua visão, da seguinte forma:

(i) diretamente, sempre que as normas constitucionais conferirem diretamente direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação contratual, sem necessidade de que uma norma infraconstitucional estabeleça a forma e a extensão da aplicabilidade ao caso concreto; e

(ii) indiretamente, nas hipóteses de reinterpretação do direito infraconstitucional com fundamento em normas constitucionais.

---

[275] SCHIER, Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

[276] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[277] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

Fato é que a Constituição se traduz em um sistema de valores aplicável ao ordenamento jurídico em sua integralidade, caracterizando-se também como uma garantia dos indivíduos contra o poder do Estado.

Os direitos constitucionais acompanham a pessoa humana em todas as instâncias de sua vida, inclusive nas relações negociais. Buscando harmonizar a autonomia privada e a aplicabilidade das normas constitucionais aos direitos privados, Juan Maria Bilbao Ubillos[278] apresenta como exemplo a violação por particulares do princípio da igualdade em situações de discriminação. E conclui que devem ser utilizados três critérios na análise negocial: se a conduta (em sentido estrito) é ou não tolerável, a sua repercussão social (a partir de um padrão de conduta padronizado) e a possível violação do núcleo essencial da dignidade ou integridade moral.

Juan Maria Bilbao Ubillos[279] conclui que os direitos fundamentais devem ser oponíveis nas relações entre particulares, na medida em que se consagram como valores norteadores do Estado Democrático de Direito, que devem servir como critério interpretativo e podem, inclusive, ser aplicados diretamente na falta de norma infraconstitucional regulamentadora.

Percebeu-se, pois, que as normas constitucionais não possuem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações, conforme inicialmente se supôs. Sob essa perspectiva, caberia ao intérprete apenas a atividade de revelar a aplicação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova visão do direito constitucional assenta-se no exato oposto desta proposição: as cláusulas constitucionais não se prestam ao sentido unívoco e objetivo, são normas de conteúdo principiológico, que exigem uma interpretação para o fim de se demarcar e desenhar uma moldura que imponha diferentes possibilidades interpretativas.[280]

Além disso, são elementos fundamentais na aplicação das normas constitucionais os fatos e o intérprete. Os primeiros definem a solução adequada a ser adotada, correspondente à vontade constitucional. Ademais, é a partir dos fatos que se

---

[278] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

[279] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

[280] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003.

obtém o resultado do processo interpretativo e seu impacto sobre a realidade. Já o intérprete estabelece a integração dos princípios, normas abertas e conceitos indeterminados, firmando os parâmetros para a ponderação de valores e interesses à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem realizados e dos fins a serem atingidos, com o objetivo de produzir a solução constitucionalmente adequada ao problema a ser resolvido.

Desta forma, o direito ao desenvolvimento, na qualidade de norma fundante do Estado Democrático de Direito, deverá servir como norte interpretativo e fundamento de objetivação e funcionalização das relações negociais. Nesse sentido há que se considerar especialmente que, como decorrência do princípio da subsidiariedade, o direito ao desenvolvimento possui uma função social de assegurar a coexistência humana em um cenário de crescimento econômico, equidade e justiça social.

Além disso, impõem-se, nas relações econômicas práticas colaborativas, que sejam harmonizados os diversos interesses sociais, buscando uma convivência social estabelecida de forma negociada e contratualizada.

Por isso, o movimento de constitucionalização das relações privadas e negociais aproxima-se do movimento de contratualização do direito administrativo, o que expressa o fim da distinção dos regimes de direito público e direito privado. É o que será analisado a seguir.

6.4 A aproximação das formas contratuais – a constitucionalização das relações negociais e a contratualização do direito administrativo

Do que se vê, ao mesmo tempo que o direito administrativo sofreu uma série de mutações especialmente quanto ao regime aplicável, com a introdução de legislação referente à contratação, à organização administrativa e à mediação de interesses privados de cunho social, o direito privado igualmente sofreu mutações que o aproximaram do direito público especialmente com a constitucionalização das relações negociais e objetivação dos contratos.

O direito administrativo passou a estabelecer uma atuação direcionada a harmonizar as exigências sociais e a atender aos interesses dos diversos atores existentes na realidade social. Para isso, estabeleceu um modelo voltado ao acordo, à colaboração, à coordenação de interesses. Como se viu, tratou-se de uma maneira concertada de convivência do direito público com o privado.

Com efeito, o direito administrativo passou a absorver e realizar os valores constitucionais, aproximando-se da realidade social e estabelecendo um maior balanceamento entre a autoridade pública e a conciliação dos interesses sociais.

O direito administrativo, do ponto de vista tradicional, foi estruturado sob uma ordem imperativa. Ao se admitir formas de negociação, de conciliação de interesses e de descentralização administrativa, observou-se um movimento de contratualização do Estado[281], que se aproximou dos institutos e do regime de direito privado.

Ao Estado foi conferido o dever de buscar um modelo de bem-estar, mediante a realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais, como educação, moradia e assistência social. Trata-se do 'direito administrativo social', que busca a inclusão, o desenvolvimento e a redução das desigualdades. Deste modo, impõe-se ao direito administrativo, sob a nova ótica do direito administrativo contratualizado, exigir prestações destinadas a propiciar desenvolvimento e condições de existência digna.[282]

A administração passa a utilizar processos de negociação, firmando, como resultado, acordos e contratos que regulamentam compromissos, colaborações e consensos. O contrato administrativo começa, então, a fazer parte do direito administrativo, a fim de atender aos interesses públicos e sociais em jogo.[283]

Esse formato estabelecido para a construção de um novo direito administrativo surgiu como uma ferramenta importante na promoção do direito ao desenvolvimento e no estabelecimento da governança moderna, que exige uma burocracia séria, profissional e comprometida com valores constitucionais. Além disso, estabelece-se uma aproximação do direito administrativo com atores privados, para promover os desígnios advindos dos princípios da solidariedade e da boa-fé objetiva, que impõe a busca do princípio da função social, tanto nas esferas do direito público, quanto do direito privado.

---

[281] "Nesse quadro, Jean-Pierre Gaudin refere-se à expansão de uma *política de contratualização*, a qual ensejaria *a contratualização da ação pública*. E, esclarecendo que na França, contratualização e descentralização são fenômenos imbrincados, afirma que nesse país a difusão de métodos contratuais operou-se em um enfoque de dupla renovação: (i) formas de participação e consulta pública e (ii) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública. Daí a expressão *governar por contrato*, a qual evocaria a necessidade de o Estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações." (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008, p. 25).

[282] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 429-460.

[283] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

Paralelamente, no direito privado, há o movimento de abertura e de infiltração dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais aos negócios jurídicos. As normas constitucionais se colocam como limites na aplicação da norma ordinária de natureza civil ou como valores iluminadores na interpretação e integração dos negócios jurídicos, a partir dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Além disso, a Constituição atua de maneira substancial por meio das cláusulas gerais. É o momento em que o contrato passa a ser entendido sob a ótica das normas constitucionais.

Sob quaisquer das óticas descritas, o direito privado aproxima-se do direito público.

Por outro lado, em relação ao Estado, os direitos fundamentais possuem eficácia vertical e, em relação aos particulares, eficácia horizontal. De acordo com Juan Maria Bilbao Ubillos[284], não é apenas o poder do Estado que ameaça os direitos fundamentais, pois existem de fato poderes privados também ameaçadores ao exercício destes direitos. Os direitos fundamentais nasceram para limitar o poder estatal. Atualmente, houve a ampliação dos destinatários destes limites pois percebeu-se a existência de violações praticadas por particulares.

Por tudo isso, tendo em vista a aproximação dos regimes de direito público e privado, o direito ao desenvolvimento, enquanto valor constitucional e direito fundamental da pessoa humana, será um vetor para a interpretação das relações negociais. Assim, passa-se a verificar os parâmetros e os critérios utilizados na busca da efetividade do direito ao desenvolvimento nas relações negociais.

6.5 Parâmetros e critérios para se buscar a efetividade do direito ao desenvolvimento nas relações negociais

A Constituição Federal estabelece uma série de valores que devem ser aplicados tanto ao direito público quanto ao direito privado.

No direito privado, Virgílio Afonso da Silva[285] aponta como marco à aplicação do conceito de constitucionalização do direito privado a decisão Shelley *vs*.

---

[284] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

[285] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

Kraemer, que aborda um contrato firmado pelos compradores de um loteamento na cidade de St Louis. O documento possuía uma cláusula pela qual os proprietários se comprometiam a não alienar os terrenos em favor de indivíduos não brancos. A Suprema Corte decidiu que esta cláusula feria a Emenda XIV da Constituição americana e, por isso, seria nula.

O conteúdo discriminatório da cláusula tratada no caso Shelley *vs*. Kraemer gera certa unanimidade dada a gravidade do ato, que possui uma condição negocial claramente racista. Porém, há situações menos graves que poderão gerar dúvidas sobre o cabimento ou não da renúncia a determinado direito fundamental. Nesse sentido,Virgílio Afonso da Silva apresenta como exemplo o caso dos *reality shows*, no qual as partes renunciam ao direito fundamental à privacidade e, muitas vezes, até à dignidade, mas, ainda assim, os contratos são válidos.[286]

Certo é que a Constituição experimenta sua supremacia, o que fez nascer o direito constitucional da efetividade,[287] apresentando preocupações voltadas ao reconhecimento da eficácia normativa e social das disposições constitucionais.

Nesse sentido, "as noções de igualdade material e desenvolvimento que presidem a principiologia da Constituição de 1988 impõem um dever de atuação otimizada à Administração, conferindo ao Estado o papel de protagonista e não subsidiário".[288]

Conforme esclarecem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

> As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil e a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional. [289]

A promoção do direito ao desenvolvimento por meio da objetivação e funcionalização das relações negociais deve ser assegurada, sendo certo que o direito ao

---

[286] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.
[287] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 429-460.
[288] HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014, p. 430.
[289] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003.

desenvolvimento é uma forma de priorizar igualdade de oportunidades, para se conferir liberdade aos cidadãos.[290]

Então, há que se traçar limites e parâmetros para situações em que os direitos fundamentais deverão surtir efeitos nas relações privadas e negociais e como isso se dará. Assim:

(i) deve ser avaliada a finalidade e o interesse social que o contrato buscou satisfazer;
(ii) deve-se buscar a definição das condições das partes e da forma de cumprimento da obrigação;
iii) os contratos de lucro devem preservar ao máximo o *pacta sunt servanda*, havendo, quanto a esses, uma menor incidência de preceitos constitucionais;
(iv) o direito ao desenvolvimento possui eficácia plena;
(v) o contrato, como relação complexa e funcional, deve ser influenciado pelas questões sociais especialmente ligadas ao desenvolvimento;
(vi) a Constituição passa a ser a principal referência na interpretação dos contratos, em um movimento de "elevação;
(vii) a distinção entre direito público e privado passa a ser relativizada, sendo a Constituição a norma de referência do ordenamento jurídico.[291]

Com efeito, a respeito da valoração e categorização de princípios constitucionais aparentemente em conflito, cumpre lembrar Robert Alexy. Para o jurista[292], as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra possui ou não validade jurídica; não são admitidas gradações. Ademais, ao contrário das regras, os princípios podem colidir e, de modo geral, um princípio poderá ceder, o que não significa que será declarado inválido. Ocorre que, diante do caso concreto e sob determinadas condições, um princípio acaba tendo precedência sobre outro, ou seja, há que se limitar a realização de um ou de outro princípio de forma parcial ou total, sempre tendo em vista a situação concreta apresentada e a aplicação de outro princípio ao caso específico.

---

[290] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
[291] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.
[292] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-117.

Além disso, aplica-se aos princípios a "máxima proporcionalidade", da qual decorrem a *adequação,* a *necessidade* (para os quais impõe-se a realização do exercício de sopesamento diante das possibilidades *fáticas*) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (que exige a aplicação do conceito de harmonização diante das *possibilidades jurídicas* da situação concreta).

Assim, a *adequação* gera a constatação da relação entre o meios e o fins adequados, sempre de forma legítima; a *necessidade* exige a verificação fática sobre a eventual possibilidade de aplicação de outra medida sem restringir princípios do ordenamento jurídico; e a *proporcionalidade em sentido estrito* impõe uma avaliação a respeito da necessidade ou da proporção de redução de um princípio em detrimento de outro, diante do sistema normativo como um todo.[293]

Ainda, de acordo com Robert Alexy,

(i) os direitos fundamentais não são apenas regras, mas se caraterizam também por um "ordenamento de valores objetivos";

(ii) os valores jurídicos fundamentais têm irradiação para todos os campos do direito, não prevalencendo apenas nas relações entre o Estado e os cidadãos; e

(iii) a colisão de princípios dentro de uma estrutura de valores deve ser solucionada pelo princípio da *ponderação*, ressaltando-se que, como *mandamentos de otimização*, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas sempre da melhor maneira possível.[294]

Na hipótese de colisão, nenhum dos princípios será declarado inválido. Requer-se, nesse caso, um *sopesamento,* para que se decida qual deles será aplicado ao caso concreto.

Assim, os princípios, diversamente das regras, devem ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, se apresentam nas seguintes situações: (i) na hipótese de um princípio que excepciona outro em algum ponto;

---

[293] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-117.

[294] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337.

e (ii) diante da existência de princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.[295]

Na definição acerca da eficácia dos direitos fundamentais há um esforço doutrinário para se distinguir regras e princípios, que não é recente. Assim, de acordo com Robert Alexy[296], há, de um lado, as normas constitucionais reconhecidas como valores, objetivos, fórmulas abreviadas e, de outro lado, há aquelas tratadas como leis.

Mas, Alexy[297] refere outros critérios na distinção entre regras e princípios. São eles: (i) os princípios são normas com alto grau de generalidade, diferentemente das regras, cujo grau de generalidade é baixo; (ii) os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras contêm determinações, não podendo ser cumpridas em parte; e (iii) na colisão entre princípios, um deles deve ceder, não porque seja inválido, mas há em razão da precedência de um princípio em relação ao outro no caso concreto. O conflito entre regras, de outro lado, se resolve por uma cláusula de exceção ou pela declaração de sua invalidade.

Assim como Bobbio[298], para quem os princípios compõem o "espírito do sistema", Virgílio Afonso da Silva[299] define os princípios como:

> Princípios são ´mandamentos nucleares´ ou ´disposições fundamentais´ de um sistema, ou ainda como ´núcleos de condensações´. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.

Eros Grau, por seu turno, entende que os princípios como "pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível. Não são, em si mesmos, suscetíveis de aplicação como se fossem regras, vez que não possuem o caráter formal de proposição jurídica.[300]

---

[295] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003.
[296] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
[297] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
[298] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed., Brasília: Ed. UNB, 1999, p. 159.
[299] SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latinoamericana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, 2003, p. 611.
[300] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 1998.

Além disso, é o princípio que dá a lógica, a racionalidade e a harmonia do sistema. Violar um princípio seria insurgir-se contra o próprio sistema, seus valores fundamentais, sua estrutura mestra.

Diante de tudo o quanto exposto, cumpre saliente que cabe ao Poder Judiciário definir o alcance e a forma de integração dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para Juan Maria Bilbao Ubillos[301], o juiz é o "senhor dos direitos fundamentais", é quem estabelece no caso concreto um cuidadoso trabalho de ponderação judicial, para aferir a eficácia dos direitos fundamentais frente às circunstâncias do caso, coordenando e harmonizando a autonomia privada e as normas constitucionais aplicáveis.

No que se refere à inteligibilidade e interpretação dos direitos fundamentais, devem ser considerados alguns parâmetros:

(i) a análise do plano histórico e cultural do qual emanaram os direitos em questão;
(ii) a realização de uma interpretação sistemática, que estabeleça as relações entre as diversas normas de direito fundamental e a forma de harmonização entre elas; e
(iii) a verificação do suporte fático no qual estão inseridos os direitos no caso concreto.[302]

Na aplicação das normas constitucionais, em especial ao promover o direito ao desenvolvimento no caso concreto, há que se considerar também o princípio da razoabilidade .

José Joaquim Gomes Canotilho[303] afirma, sobre isso, que o texto da norma constitucional não pode ser compreendido fora do seu contexto, mas dentro de um processo de concretização, na qual a norma passa a conviver com a realidade.

Claus-Wilhelm Canaris, por outro lado, apresentou as seguintes observações a respeito da influência dos direitos fundamentais no direito privado: em primeiro lugar, os direitos fundamentais dirigem-se não apenas ao Estado, mas também aos sujeitos de direito privado, de modo que não carecem de qualquer transformação para produzirem eficácia

---

[301] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.
[302] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83-94.
[303] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

direta às relações privadas. Como exemplo, o autor apresenta as situações de nulidade dos contratos que restringem direitos fundamentais, como os que impeçam ou limitem a liberdade sindical.

Em segundo lugar, afirma que os direitos fundamentais deverão atingir também os cidadãos, na medida em que no âmbito jurídico-privado, cabe ao Estado proteger os cidadãos na sua relação com os outros.

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais devem desenvolver seus efeitos nas relações negociais, tanto na função interpretativa, quanto para a concretizar cláusulas gerais.[304]

Conclui-se que, na efetivação do direito ao desenvolvimento nas relações negociais, genericamente, podem ser consideradas as seguintes situações:

(i) *Atuação contrária ao direito ao desenvolvimento* – no exercício de um direito contratual, poderá ser violado o fundamento material-valorativo do direito ao desenvolvimento como um todo, considerando-se os aspectos econômico, social e político do desenvolvimento. Ao desviar-se o seu fim social, o contrato poderá ser integrado pelo aplicador do direito, restabelecendo-se a sua funcionalidade a partir do seu programa contratual e dos valores constitucionais, em especial do ideal de desenvolvimento;

(ii) *Efetivação do direito ao desenvolvimento por meio da interpretação e integração das condições contratuais* - ao interpretar e integrar cláusulas gerais ou abertas, o intérprete deverá ter como fundamento o direito ao desenvolvimento e todos os seus desdobramentos, o que significa: especificar o sentido da norma e sua exata configuração; concretizar de finalidades juridicamente perseguidas; e acolher as normas constitucionais, em especial o direito ao desenvolvimento no sistema de direito privado.

(iii) *Atuação omissiva* – no exercício de um direito contratual, será omissiva a conduta que, ao realizar uma condição contratual, passe a inviabilizar os direitos advindos do preceito constitucional do desenvolvimento, assim considerados o direito ao crescimento econômico, progresso, bem-estar, garantia do meio ambiente saudável e erradicação da pobreza. Nesse caso, caberá ao juiz ajustar as condições contratuais por meio de integração, com vistas a assegurar a eficácia do direito ao desenvolvimento no caso concreto.

---

[304] CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52-74.

Vale lembrar que o sistema jurídico estabelecido no ordenamento comunitário apresenta-se como uma ferramenta relevante no estudo da promoção do direito ao desenvolvimento, na medida em que admite o autogoverno do mercado, porém considera um mercado maduro, guiado, assistido e governado. E o pacto social prevalece para assegurar a liberdade econômica funcionalizada pela realização das liberdades civis e pelos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, a centralidade do mercado está associada às normas protetivas dos direitos sociais e dos direitos fundamentais da pessoa humana. O desenvolvimento do mercado coloca-se sempre como instrumento destinado a promover ideais de socialidade e sustentabilidade. E, sob a ótica do direito comunitário, torna-se fundamental que os Estados atuem de forma concertada, voltando-se aos preceitos e ideais informadores da Comunidade Europeia.

O que aproxima o direito público e o direito privado são os princípios da solidariedade e da boa-fé, que definem e estabelecem as relações em ambos os sistemas.

O princípio da solidariedade, como se viu, é o elo de ligação do direito público com o privado. É o princípio que impõe que se assegure ao ser humano um tratamento digno e justo, evitando situações degradantes e moralmente injustas. E, nesta medida, a solidariedade consolida a coexistência humana.

É no princípio da solidariedade, ademais, que se impõe que os interesses pessoais não se sobreponham às necessidades sociais. Este valor aplica-se a todas as instâncias do ordenamento jurídico. O ideal de solidariedade direciona a interpretação das normas com vistas à liberdade e à igualdade humana. Conforme ensina Pietro Calamandrei, "justiça é a vontade de reciprocidade e de solidariedade humana."[305]

Por seu turno, a boa-fé, conforme ensina Celso Lafer, é o fundamento da justiça e caracteriza-se pela fidelidade e sinceridade nas palavras e nas convenções. Segundo ele, é empregado como critério de interpretação, seja na crença sobre a existência de uma situação, seja como atitude de lealdade que deve anteceder à negociação, elaboração e execução de todos os atos jurídicos. Trata-se de ingrediente fundamental ao funcionamento da economia desenvolvida, às relações jurídicas e à relação entre Estados.[306]

---

[305] CALAMANDREI, Pietro. La certeza del diritto e le responsabilittà dele dottrina. **Opere Giuridiche**. v.1. Napoli: Morano, 1965.
[306] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 255.

Antonio Junqueira de Azevedo[307] ressalta a importância da boa-fé objetiva também nas relações de direito público. Como se viu, a boa-fé protege as expectativas criadas, na condição de norma de interpretação (artigo 113, do Código Civil), além de atuar como limite ao abuso de poder (artigo 187, do Código Civil). E no campo contratual atua como cláusula geral estabelecendo deveres anexos e acessórios às partes (artigo 422, do Código Civil).

Nesse campo de aplicação, a boa-fé objetiva deve atingir tanto os sujeitos de direito privado quanto os sujeitos de direito público. Para Antonio Junqueira de Azevedo[308], são os seguintes os pressupostos para aplicação do princípio da boa-fé ao direito público:

(a) a existência de ato ou atividade da administração pública, que desperte confiança de licitude, legalidade ou razoabilidade;
(b) a presença de 'sinais externos' destes atos, os quais seriam aptos a fundar a confiança;
(c) o reconhecimento de situações jurídicas individuais por parte da administração;
(d) a presença de uma causa idônea; e
(e) o cumprimento dos deveres por parte do administrado que invoca a proteção da boa-fé objetiva.

Por tudo isso, diante: (i) da aproximação das esferas do direito público e privado; (ii) da importância do direito ao desenvolvimento, como valor fundante do Estado Democrático de Direito e como preceito que a assegura a coexistência humana, o bem-estar social e o crescimento econômico sustentável; e (iii) da necessidade de objetivação e funcionalização das relações negocias que passam a ser essencialmente dirigidas pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico -, o direito ao desenvolvimento será o preceito norteador na funcionalização dos contratos, lembrando que os contratos, por sua vez, caracterizam-se como instrumentos fundamentais ao exercício da atividade econômica.

---

[307]AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.
[308] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

7 CONCLUSÃO

Conforme se evidenciou ao longo desta tese, o direito ao desenvolvimento apresenta-se como um direito fundamental, que decorre especialmente do princípio da solidariedade.

Trata-se da busca por um ideal de "vida boa", que considere os seguintes elementos: desenvolvimento econômico e sustentável (promoção de crescimento econômico e progresso), desenvolvimento social (busca do direito ao bem-estar social e do direito à felicidade) e desenvolvimento político (atendimento aos critérios de incremento institucional e participação democrática).

Além disso, são fundamentos do desenvolvimento: a lei, que assegura, ao mesmo tempo, a integração de todos os aspectos da sociedade e até a melhoria da economia, sendo necessária a análise das relações entre direito e sociedade; e a qualidade institucional, na medida em que instituições sólidas e uma governança séria e comprometida com resultados asseguram a efetividade das políticas públicas, o estabelecimento de um direito administrativo que atenda a todos os atores sociais por meio de acordos e a integridade institucional.

Mais ainda, conforme ensina Amartya Sen[309], a finalidade do desenvolvimento é trazer liberdade. Para Sen, o desenvolvimento não tem como finalidade o crescimento econômico, por si só, mas sim assegurar ao indivíduo o direito de viver de acordo com os valores que escolher, expandindo suas oportunidades.

O direito ao desenvolvimento está previsto constitucionalmente no artigo 3º, inciso II e figura como objetivo da República. Está também previsto no preâmbulo da Constituição, como valor fundante do nosso Estado Democrático de Direito.

Parece, entretanto, ousado alcançar o desenvolvimento tal como definido atualmente, ou seja, como uma meta de crescimento e progresso econômico que, ao mesmo tempo, assegure um padrão de equidade, sustentabilidade e diálogo entre mercado e sociedade.

---

[309] SEN, Amartya. **Identity and violence** – the illusion of destiny. New York: Norton, 2006.

Para a finalidade aqui proposta, buscou-se um ideal de desenvolvimento associado à solidariedade, ou seja, trata-se de uma perspectiva em que o Estado e a coletividade atuam com vistas a assegurar aos indivíduos uma vida digna associada ao bem-estar social.

Então, visa-se ao bem-estar na sociedade contemporânea, tendo como centro o ser humano.

No que tange às relações entre direito e desenvolvimento, percebeu-se que o direito seria um importante elemento na promoção do desenvolvimento, devendo assegurar o cumprimento da lei, impor a equidade, estabelecer uma justiça eficiente e imparcial e proteger os direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, cabe ao Estado a missão de implementar as políticas públicas que assegurem o direito ao desenvolvimento.

Na relação entre direito e desenvolvimento, ademais, há que se considerar que o direito propõe a conciliação entre interesses individuais e coletivos e, sob essa ótica, assume a responsabilidade pelo desenvolvimento econômico, buscando expandir programas e metas de natureza jurídica.

Como visto, o presente trabalho filia-se ao pensamento de que o estado desenvolvimentista é essencial ao desenvolvimento com características que envolvam crescimento econômico, inserção global com equidade, distribuição de riquezas e participação democrática.

Fato é que o direito moderno é um instrumento para se alcançar determinadas metas racionalmente estabelecidas, pois traduz em normas claras e exequíveis as diretrizes de desenvolvimento conscientemente elaboradas, estimulando a sociedade a desempenhar determinadas atividades econômicas. E, sob esta ótica, os contratos e institutos do direito privado também são vistos como instrumentos do desenvolvimento.

Ademais, o direito encontra-se necessariamente comprometido com os valores constitucionais de equidade, participação social, e garantia dos direitos fundamentais.

Mas, percebeu-se posteriormente, que o direito, por si só, não é capaz de gerar desenvolvimento, dada a complexidade do cenário econômico e as especificidades de cada realidade. O Estado, através de seu arbouço jurídico e institucional, deverá estabelecer programas e metas para o futuro, fortalecer políticas públicas voltadas ao

desenvolvimento e criar uma abordagem multidisciplinar, que inclua acordos com diversos grupos de interesse presentes na coletividade.

O desenvolvimento, sob outra ótica, está associado à promoção de bem-estar, a fim de assegurar qualidade de vida. É certo, ademais, que o bem-estar deve ser aferido por critérios ligados a elementos subjetivos, como experiências e emoções vivenciadas e sentimentos ligados à felicidade e a elementos objetivos, que estão associados a saúde, educação, moradia e participação no processo democrático.

Além disso, o desenvolvimento há que ser sustentável, ou seja, as ações políticas e econômicas devem estar comprometidas com as gerações futuras, ainda que baseadas em padrões econômicos referentes ao tempo presente, prevalecendo, sob essa ótica, o princípio da precaução, que tem como finalidade gerir riscos ou impactos desconhecidos, sempre de forma garantista. No mais, devem ser harmonizadas as normas nacionais e internacionais.

O direito ao desenvolvimento, nesta medida, impõe uma governança séria e comprometida, o que significa que o Estado deve estar instrumentalizado para assegurar que os atores possam interagir para desenhar, implementar e acompanhar políticas públicas visando dar maior efetividade da ação pública, mediante regras acordo e cooperação, a fim de superar o conflito entre Estado, mercado e sociedade.

A administração pública deve possuir competências e responsabilidades acessíveis ao conhecimento e controle dos administrados, assegurando a efetividade da ação governamental.

E, no mais, a visão exclusivamente técnica e procedimental da burocracia é substituída por um conceito de *accountability* de desempenho, com reforço às regras de desempenho, resultados e transparência, impondo que as decisões sejam passíveis de fiscalização e controle.

Nesse sentido, importa o reforço do compromisso entre Estado, mercado e sociedade, que deverão agir de forma concertada, buscando equilíbrar o poder. Eis que a eficiência administrativa advém de relações estáveis caracterizadas pela confiança e pela participação social.

A governança ocorre em diferentes níveis: organismos internacionais, estados nacionais, instituições, agências governamentais locais, comunidades ou associações empresariais, que criam uma complexa rede de atores e interesses.

Outro aspecto importante da governança é a chamada “integridade”, que visa a blindar a administração pública contra a corrupção, acoplando noções éticas à agenda da administração pública. Tudo com vistas à promoção da credibilidade do Poder Público.

Deste modo, como instrumento na promoção do desenvolvimento, nasceu um novo direito administrativo, que, ao invés de estabelecer uma administração imperativa, trouxe a noção de “administração concertada”, que atua em conjunto com a sociedade, estabelecendo, acordos e conciliando interesses.

Atualmente, o direito administrativo deve adaptar-se a uma realidade em constante transformação, efetivando um vínculo equilibrado com os administrados e visando atender os interesses dos diversos atores sociais. E, como consequência, o direito administrativo passou a absorver e realizar os valores constitucionais, em especial os direitos fundamentais, com um maior balanceamento entre a autoridade pública e os interesses sociais, dentro de um modelo de administração voltado ao acordo, à colaboração e à coordenação de interesses.

Diante disso, o direito administrativo, nesta nova ótica, é um importante instrumento na realização do direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento, por seu turno, transcende as barreiras nacionais e, passa a ter um forte um viés internacional, daí a necessidade de se pensar o desenvolvimento também sob a ótica da globalização. Lembrando que a globalização traz a universalização de valores e padrões culturais.

Como exemplo concreto do ideal de direito administrativo aberto à colaboração e atento aos interesses sociais e especialmente voltado à promoção de desenvolvimento, foi trazido o direito comunitário, que, como visto, por um lado, não tem necessariamente competência para interferir diretamente no direito estatal e, por outro, estabelece normas nascidas da negociação e do diálogo. que são adotadas pelos países membros.

O direito comunitário, sob outra ótica, estabelece um sistema descentralizado que impõe mobilidade, adaptabilidade e capacidade de se ajustar às demandas sociais e políticas. Com isso, são reduzidas as barreiras existente entre as instâncias da administração e a sociedade.

O direito comunitário desenvolveu também um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, o qual preconiza que a boa administração deve assegurar aos administrados os direitos de igualdade, objetividade, equidade, imparcialidade, independência e proporcionalidade.

A importância da Comunidade Europeia decorre de sua configuração institucional, que exige a aplicação dos princípios da boa-fé, solidariedade e cooperação entre os Estados membros.

E um importante compromisso da Comunidade Europeia é com a promoção de progresso econômico e social, a elevação do nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável. Tudo por meio de coesão econômica, social e monetária. Além disso, a União Europeia tem como missão buscar o incremento da liberdade, da busca por igualdade e do respeito às diferenças.

Cabe salientar, ainda, que a concepção de desenvolvimento até aqui apresentada irá impactar tanto o direito administrativo, quanto o direito obrigacional. Ao mesmo tempo em que o direito administrativo tem sofrido uma série de mutações, com a introdução de legislação referente à contratação, à organização administrativa e à mediação de interesses privados de cunho social, o direito obrigacional desenvolveu o conceito de autonomia privada, com um modelo que se afasta de noções subjetivas, tornando-se funcionalizado e objetivado. Ambos passam a absorver os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico volta-se a encontrar uma coincidência das razões de mercado com as razões do interesse público e da justiça social. E o direito passa a realizar a redistribuição e o reequilíbrio das forças de mercado.

A diretriz constitucional de desenvolvimento identificada e analisada neste estudo busca o progresso, crescimento associados a bem-estar, equidade e respeito às diferenças. Assim, é fundamental que a iniciativa econômica se desenvolva a partir de tais orientações, coordenando-se as atividades econômicas, com os fins sociais constitucionalmente previstos.

O Estado, de acordo com texto constitucional, tem a função de intervir na atividade econômica a fim de cumprir os valores do Estado Democrático de Direito e construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

Com relação ao direito obrigacional, durante muito tempo houve um apego ao sistema fechado introduzido pelo Código Civil francês. Ao intérprete, incumbia apenas a missão de respeitar rigorosamente os preceitos do Código, não havendo espaço para a

revisão ou interpretação dos negócios jurídicos. O Direito Civil não se relacionava com outras áreas do direito, não se vislumbrando uma visão conjuntural. Nesse período, o Direito Civil não considerava o ordenamento jurídico como um sistema único.

A descodificação do direito civil passou a ser construída a partir de uma lógica de incorporação dos valores do Estado Democrático de Direito, com vistas a conciliar as normas constitucionais aos ditames do direito obrigacional, especialmente os ligados à liberdade contratual e ao respeito ao *pacta sunt servanda*.

Desse modo, as relações entre direito público e direito privado os tornam interdependentes, em um movimento conhecido como constitucionalização do direito privado. As normas constitucionais passam a servir como norte para a interpretação e integração do direito obrigacional, funcionalizando e objetivando o negócio jurídico.

Há um redimensionamento da vontade do indivíduo, que se torna vinculada a um regulamento contratual. Tudo em vista do equilíbrio e da justiça contratual.

Neste sentido, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato são aplicados essencialmente por meio da integração de lacunas, tornando o intérprete responsável por assegurar que, ao terem eficácia concreta, os negócios jurídicos atendam aos ideais sociais.

Como se viu, os princípios da boa-fé e da função social do contrato impõem um padrão de comportamento considerado probo, reto e leal e asseguram a justa confiança dos contratantes e a aplicação de valores éticos e sociais relevantes. Além disso, atuam no controle de cláusulas abusivas, ponderando autonomia privada e solidarismo social.

A aproximação do direito público com o direito privado, representado pelo movimento de constitucionalização do direito civil, concretizou o conceito de base objetiva do negócio jurídico, impondo que o negócio jurídico, muito embora nascido e estabelecido sobre um ato de vontade das partes, deva estar objetivamente vinculado ao programa contratual e à distribuição dos riscos contratuais. A funcionalização do contrato daí decorrente redimensiona sensivelmente o papel da vontade na definição do contrato.

E, nesta medida, os direitos fundamentais também passam a servir como critério interpretativo aos negócios jurídicos, especialmente tendo em vista que as cláusulas constitucionais são normas de conteúdo principiológico. E, os negócios jurídicos passam a ser essencialmente dirigidos pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico.

Fato é que, diante desses novos princípios, a relação obrigacional não se exaure com o seu cumprimento. São apresentados deveres anexos associados à confiança

e à justa expectativa (como o dever de segurança, de assistência, de transparência, de informação, de cuidado, dentre outros). A função econômico-social do contrato torna-se também fundamental e às partes incumbe o dever de mitigar eventual prejuízo e de colaborar.

Assim, os direitos fundamentais devem influenciar tanto o direito administrativo quanto o direito privado. E o direito ao desenvolvimento será um vetor para a interpretação das relações negociais e das relações com o Estado.

O que aproxima o direito público e o direito privado sob a ótica do desenvolvimento são os princípios da solidariedade e da boa-fé. Ambos trazem os fundamentos da publicização das relações privadas.

O princípio da solidariedade, por um lado, consolida a coexistência humana e regulamenta a convivência em sociedade, estabelecendo que os interesses pessoais não se sobreponham às necessidades sociais. Este valor aplica-se a todas as instâncias direciona a interpretação das normas com vistas a reconhecer a função social no exercício dos direitos.

O princípio da boa-fé, por outro lado, constitui o fundamento da justiça e impõe a fidelidade e a confiança nas convenções e relações de natureza privada. Os acordos e relações convencionais passam a impor padrão de lealdade que deve anteceder à negociação, elaboração e execução de todos os atos jurídicos. Trata-se de importante fundamento da economia, das relações jurídicas e da relação entre Estados.

E, na promoção do direito ao desenvolvimento por meio da integração dos negócios jurídicos devem ser considerados os seguintes parâmetros: (i) devem ser buscadas a finalidade e o interesse social que o contrato buscou satisfazer, ou o seu regulamento contratual; (ii) devem ser verificadas as condições das partes, para se aferir o tipo de relação negocial: existencial ou de lucro, sendo que os contratos de lucro impõe a preservação do *pacta sunt servanda*, havendo uma menor incidência de preceitos constitucionais; (iii) o direito ao desenvolvimento possui eficácia imediata.

Com isso, o negócio jurídico contrato, enquanto relação complexa, funcional e objetiva, deve ser influenciado pelos aspectos sociais e passa a servir como importante instrumento na promoção do desenvolvimento.

Como decorrência dos princípios da solidariedade e boa-fé objetiva, o negócio jurídico será um importante instrumento na construção do direito ao desenvolvimento, associando a liberdade contratual e a finalidade econômico-social do contrato aos valores sociais ligados ao crescimento econômico, ao bem-estar e à equidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de . Contratos existenciais e de lucro. *In*: **Revista Trimestral de Direto Civil**, v. 45, São Paulo, 2011.

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

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação e racionalidade. *In*: **Revista de Direito Privado** v. 6, n. 24. São Paulo: RT, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALPA, Guido. **I Principi generali**. Col. Trattato di diritto privato, a cura di Paolo Zatti e Giovanni ludica. Milano: Giuffré, 1993.

ALPA, Guido. **II diritto dei consumatori**. Roma-Bari: Laterza, 1999.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. **Rischio contrattuale e autonomia privada**. Napoli: Jovene, 1982.

ALPA, Guido *et al*. **Obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali**. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÀ, Stefano; ROMANI, Francesco. **Interpretazione giuridica e analisi economica**. Milano: Giuffré, 1982.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos civiles**. Comerciales de consumo. Teoría general. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto. **Contratación contemporânea**. Teoriá general y princípios. Bogotá: Temis, 2000; Lima: Palestra, 2000.

ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto. **Contratación contemporânea**. v. 2. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Bogotá: Temis, 2001; Lima; Palestra, 2001.

ALVES, Giselle Borges. Cláusulas gerais, vinculatividade jurisprudencial e uniformização de decisões: amarras decisórias? *In*: **Revista Síntese**. Direito Civil e Processual Civil v. 12, n. 89, 2014.

ALVIM, Agostinho. Da equidade. *In*: **Revista dos Tribunais**, v. 30. São Paulo: RT, 1941.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDREWS, Neil. **Contract law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

ATIYAH, Patrick. **The rise and fall of freedom in contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3. p. 78-87, set.-dez., 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caraterização da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Da boa-fé à formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 775, São Paulo: RT, maio 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico** – existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 9. n. 33, São Paulo: RT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. *In:* TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. **Good faith and fault in contract law**. Oxford: Clarendon and Oxford University Press, 2002.

BÉNABOU, Valérie-Laure; CHAGNY, Muriel (coord.) **La confiance en droit prvé des contrats**. Paris: Dalloz, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BESSONE, Darcy. **Do contrato** – teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia Política**, v. 19, n. 39, Curitiba, jun. 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffré, 1953.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile**: il contrato. Milano: Giuffré, 1987.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.

BOLETIM de Responsabilidade do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil, Ano 5, n. 51, 2010, Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/boletimrsa/BOLRSA201006.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGHI, Paolo. Responsabilità extraconttratualeper danno del prodotto. *In*: (org.) PREITE, F.; PUGLIESE DI COTRONE, A. Gazzanti. **Trattato di diritto internazionale privato e comunitário**. Torino, 2011.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 8. ed. Brasília: OAB, 2006.

BRASIL. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Violação positiva do contrato, obrigação como processo e paradigma do inadimplemento. *In*: **Civilistica.com**, n. 2, 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre o novo desenvolvimentismo e o desenvolvimentismo clássico. **Revista de Economia Política** n. 36, São Paulo, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Shuldrecht**. 30. ed. Munchen: C.H. Beck Verlag, 2004.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

BURTON, Steven J. **Principles of contract law**. American Casebook. USA: St. Paul Minn, 1995.

BYDLINSKI, Franz. Diritto, metodo e giurisprudenza. *In*: **Estratto Rivista Vita Notarile** – Esperieze Giuridiche, n.1. Palermo: Giuridiche Buttitta, 1994.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. O papel das cláusulas gerais para concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos. Acesso em: 31 mar. 2016.

CALAMANDREI, Pietro. La certeza del diritto e le responsabilittà dele dottrina. **Opere Giuridiche**. v. 1. Napoli: Morano, 1965.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos direitos difusos. **Revista do Ministério Público**, v. 1, Porto Alegre, 1985.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto. **República, democracia e desenvolvimento**: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

CARRILO SALCEDO, Juan Antonio. El derecho al desarrollo como derecho humano. **Revista Espanola de Derecho Internacional**, v. 25, Santiago de Compostela, 1972.

CARRIO, Genaro R. **Principios juridicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**, São Paulo, Saraiva, 1985.

CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**. Dissertação. Direito Civil. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of a global regulation. *In*: **Internacional Law and Politics**, v. 37, New York, 2004-2005.

CASSESE, Sabino. The globalization of law. *In*: **International Law and Politics**, v. 37, New York, 2004-2005.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *In*: **J Constitut**, L. 603, New York, 2012.

CASSESE, Sabino. Global standards for national administrative procedure. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 109, New York, 2004-2005.

CASSESE, Sabino. European administrative proceedings. *In*: **68 Law & Contemp**. Probs. 21 New York, 2004-2005.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHANGNY, Muriel; BÉNABOU, Valérie-Laure. (coord.) **La confiance em droit privé des contrats**. Paris: Dalloz, 2008.

CLERICO, Giuseppe. **Analisi economica del contratto**. Milano: Giuffré, 2008.

CÓDIGO EUROPEU de boa conduta administrativa. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/20061671.pdf. Acesso em: 04 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMUNICAÇÃO 335, UE (2014). Disponível em: eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:110202_1&from=PT. Acesso em: 3 maio 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. *In*: (org.) ROCHA, Maria Elizabeth T.R.; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desenvolvimento e desigualdade**: a dimensão jurídica de políticas sociais. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. 2 reimp. da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto; ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratación contemporânea**. Teoria general y princípios. Bogotá: Temis, 2000; Lima Palestra, 2000.

DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto; ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratación contemporânea**. v. 2. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Bogotá: Temis, 2001; Lima: Palestra, 2001.

DE VELASCO, José Ignacio Cano Martínez. **La decadência del contrato**. El derecho robot. Barcelona: Bosch, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción. Teoría del contrato. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **Sistemas de derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2003.

DINIZ, Eli. Desenvolvimento e Estado desenvolvimentista: tensões e desafios da construção de um novo modelo para o Brasil do século XXI. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 47, Curitiba, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUCLOS, José. **L' opposabilité**: essai d' une théorie générale. Paris: L.G.D.J, 1984.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESSER, Josef; SCHMIDT, Eike. **Schuldrecht**. Band I, Allgemeiner Teil. 5.ed. Munchem: C.F. Muller, 1975.

ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

EVANS, Peter. Harnessing the state: rebalancing strategies for monitoring and motivation. *In*: LANGE, Matthew et al (ed.). **States and development**: historical antecedents of stagnation and advance. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o direito ao desenvolvimento. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Alencar Mayer Feitosa. **Direitos humanos de solidariedade**. Curitiba: Appris, 2013.

FEITOSA, Maria Luísa Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada a regulação estadual e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**; apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2003.

FERNANDES, Ciro Campos Christo; SILVA, Mauro Santos; CUNHA, Bruno Queiroz; ALVES, Pedro Assumpção. **Arranjos institucionais e a burocracia de infraestrutura**: notas para uma história sobre a construção das capacidades estatais no Brasil. Texto para discussão n. 2293. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2293.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A intervenção do Estado no domínio econômico e a Constituição de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal**. 4ª Região, ano 24, n. 82, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FLÓREZ-VALDES, Joaquin Arce. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organizçaão, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. Tradução de Eduardo Brandão e revisão de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRIEDMANN, Daniel; BEATSON, Jack. **Good faith and faith in cantract law**. Oxford: Clarendon and Oxford University Press, 2002.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Avon Books, 1992.

GALIANO, José. **Derechos humanos**. Santiago: Arcis Universidad – LOM Ediciones, 1996.

GALTUNG, Johan. **Direitos humanos**: uma nova perspectiva. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GAURI, Varum. The judicialization of development policy. *In*: HELLER, P.; RAO, V. (eds). **Deliberation and development**: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies. Washington, DC: World Bank Group, 2015.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GENY, François. **Metodo de interpretacion y fuentes en derecho privado positivo**. Madrid: Reus, 1925.

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil**: les obligations; le contrat: formation. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988.

GIDDENS, Anthony. **Runaway world how globalisation is reshaping our lives**. London: Books, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e negócios jurídicos. *In*: (coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAF von WESTPHALEN, Friedrich; THUSING, Gregor. **Vertragsrecht und AGB-Klauselweke**. Munchen: C.H.Beck Verlag, 2014.
GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Museti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo e econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Museti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIA DE INTEGRIDADE PÚBLICA. Orientações para a administração púbica federal: direta, autárquica e fundacional. Brasília: Controladoria Geral da União, 2015.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento**. Texto para discussão n. 1824. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2013.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança**: cumprimento imperfeito do contrato. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEN, Daniel Wunden. Administração pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In:* (org.) MARRARA, Thiago. **Direito administrativo**: transformações e tendências. Coimbra: Almedina, 2014.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, jan.-mar. 1999.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland** 16. ed. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 1988.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMAN Development Report (1999). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/260/hdr_1999ennostats.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

HUMAN Development Report (2000). Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/261/hdr2000en.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

HURD, Ian. **Three models of the international rule of law**. Eidos n. 23, 2015.

IRELAND, Thomas R. The interface between law and economics and forensic economics, 7 **J. Legal Econ**. n. 60, 1997. Disponível em HeinOnline. Acesso em: 11 abr. 2019.

IRTI, Natalino**. L´Eta dela decodificazione**. Milão: Giuffrè, 1979.

JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

JARAMILLO J., Carlos Inacio. **Los deberes de evitar y mitigar el daño**. Funciones de la responsabilidad civil em el siglo XXI y trascendencia de la prevención. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad Juridicas. Bogotá: Temis, 2013.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Traduzido para o espanhol por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1976.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Welfare State* e desenvolvimento. **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 1, Rio de Janeiro, 2011.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. The brazilian social developmental state: a progressive agenda in a (still) conservative political society. *In*: WILLIAMS, Michelle (ed.). **The end of the developmental state?** New York: Routledge, 2014.

KOBRIN, Stephen J. Economic governance in na elletronically networked global economy. *In*: **The emergence of private authority in global governace**. Hall, Hodney Bruce e Thomas J. Biersteker. Cambridge: Cambrigde University Press, 2002.

KOURY, Ana Beatriz; SOUSA, Daniel Leão. O direito ambiental sob a perspectiva da proteção internacional à pessoa humana. **RDE da Universidade de Brasília**, n. 8, Brasília, 2009.

KUTTNER, Robert L. Developement, globalization and law. *In:* **26 Mich**. J. Int'l L. 19, Boston, 2004-2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arent. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. **Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts**. 7. ed. Munchen: Ch. Beck Verlag,1989.

LARENZ, Karl. **Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernandez Rodrígues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LARENZ, Karl. **Derecho civil** – parte general. Tradução espanhola de Miquel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

LARENZ, Karl. **Direito justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Erster Band, Allgemeiner Teil. 14. ed. Munchen: Ch. Beck Verlag, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Caloute Gulbenkian, 1983.
LARROUMET, Christian. A noção de risco de desenvolvimento: risco do século XXI. *In*: (coord.) DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0004&from=PL. Acesso em: 04 jun. 2019.

LEAL, Saul Tourino. **Direito à felicidade, história, teoria, positivação e jurisdição**. 365 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013.

LEE, Yong-Shik. Call for a new analytical model for law and development. **Law and Development Review**, 8(1), 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: (coord.) TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, v. 722, São Paulo, dez. 1995.

LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da "liberdade econômica" e o direito civil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil. Acesso em: 11 jun. 2019.

LOTUFO, Renan. A codificação: o Código Civil de 2002. *In:* (coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan (org.). **Direito civil constitucional**. Cadernos I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato**. Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In*: (org.) TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo** – novos paradigmas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 25, Rio de Janeiro, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Da boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé como modelo** (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). Disponível em: www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834. Acesso em: 31 mar. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção. *In*: **Revista de Informação Legislativa** n. 35, Brasília, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um 'sistema em construção' – as cláusulas gerais no Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais** n. 753, São Paulo, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura. *In*: (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZEAUD, Denis; JAMIN, Chiristophe. **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *In*: **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MENEZES, Anderson de; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina,1997.

MIGUEL, Carlos Ruiz. **El derecho a la protección de la vida privada em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos, fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Civil. Disponível em: www.idcivil.com.br. Acesso em: 6 fev. 2012.

MORSELLO, Marco Fábio. **Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro**. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc27.pdf?d=636808166395003082. Acesso em: 18 abr. 2019.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORSELLO, Marco Fábio. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. **Direito dos contratos**. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. *In*: (coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MUNCH, Ingo Von. Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemanha. *In*: (org.) COERCH, Pablo Salvador. **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada**. Madrid: Civitas, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperar nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In:* (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo** – reflexões sobre cinco anos do Código Civil em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado. *In*: **Revista de Direito Privado** n. 17, São Paulo, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: RT, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – apontamentos gerais. *In*: (coord.) FRANCIULLI NETO, Domingos; FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives

Gandra. **O novo Código Civil** – homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr., 2006.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. **Novo Código Civil** – exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Direito ao desenvolvimento**: teorias e estratégias de implementação. 322 p. Tese (Doutorado/Direito Internacional). Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.

OSBORNE, Stephen P. The (new) public governance: a suitable case for treatment? *In*: **The new public governance?** Emerging perspectives on the theory and practice of public governance. New York: Routledge, 2010.

PALADIN, Livio; CRISAFULLI, Vezio. **Commentario breve ala Costituzione**. Padova: Cedam, 1990.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique **Los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità constitucionale**. Napoli: Scientifiche, 1984.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **II Colóquio Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Brasil, 2002.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial. t. XXIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial** – o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

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

PULITINI, Fracesco; ALPA, Guido; RODOTÁ, Stefano; ROMANI, Francesco. **Interpretazione giuridica e analisi economica**. Milano: Giuffré, 1982.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**. São Paulo: RT, 1998.

RAMÓN DE PÁRAMO, Juan; PIETRO SANCHIS, Luis (coord.). **Constituición y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODATA, Stefano. Il tempo dele clausule generali. *In*: **Quaderni dela Scuola Superiori di Studi Universitari e di Perfeizionamento**. v.3. Milano: Giuffrè, 1987.

RODATA, Stefano; ROMANI, Fracesco; ALPA, Guido; PULITINI, Francesco. **Interpretazione giuridica e analisi econômica**. Milano: Giuffrè, 1982.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. **II contrato del duemila**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2011.

ROPPO, Vincenzo. **II contrato**. 2. ed. Milano: Giuffré, 2011.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. São Paulo: Manole, 2004. Coord. da série: Renan Lotufo e Cláudio de Godoy. Cadernos de Direito Privado. Série da Escola Paulista da Magistratura v.1.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos volitivos e declaração. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**. Brasília: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAIDOV, Djakhongir. **The law of damages in international sales**: the CISG and other international instruments. Portland, EUA: Hart Publishing, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Priscilla Ribeiro dos. O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e a nova agenda desenvolvimentista no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 65 (2), abr.-jun., 2014.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo (USP), v. 91, São Paulo, 1996.

SCHIER, Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SCHMIDT, Eike; ESSER, Josef. **Schuldrecht**. 5. ed. Munchen: C.F. Muller, Band I, Allgemeiner Teil, 1975.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **Identity and violence** – the illusion of destiny. New York: Norton, 2006.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Martin. The globalization of law. *In*: **1 Ind. J. Global Legal Stud**. 37, 1993-1994.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *In*: **Ajuri**, Porto Alegre, v. 2, n. 6, 1988.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico. **Revista dos Tribunais** v. 655, São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatschy, 1976.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Jacob de (org.). **Direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMULOVITZ, Catalina. Law and courts impact on development and democratization. *In*: CANE, Peter *et al*. **The Oxford Handbook of Empirical legal research**. Oxford University Press, 2013.

SOMBRA, Thiago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

SOTO, Carlos Alberto; ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis. **Contratación contemporânea**. Teoria general y princípios. Bogotá: Temis, 2000; Lima: Palestra, 2000.

SOTO, Carlos Alberto; ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis. **Contratación contemporânea** v. 2. Contratos modernos. Derecho del consumidor. Bogotá: Temis, 2001; Lima: Palestra, 2001.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – com comentários ao novo Código Civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos da propriedade privada. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TAMANAHA, Brian Z. **The primacy of society and the failures of law and development**. 44 Cornell Int'L. L.J, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil**. Primeira parte. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046-A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+codigo+civil. Acesso em: 11 maio 2019.

THUSING, Gregor; GRAF von WESTPHALEN, Friedrich. **Vertragsrecht und AGB** – Klauselweke. Munchen: C.H. Beck Verlag, 2014.

TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. **Advanced introduction to law and development**. New York: Edward Elgar Publishing, 2014.

TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. **What makes poor countries poor?** Institutional determinants of development. New York: Edward Elgar Publishing, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

TRUBEK, David. M. A coruja e o gatinho: há futuro para o "direito e desenvolvimento"? *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito. Um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Direito em debate** – o novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRUBEK, David. M. The *rule of law* in development assistance: past, present and future. *In*: DAVID, Trubek *et al*. (ed.). **The new law and economic development**: a critical appraisal. London: Cambridge University Press, 2006.

UDA, Giovanni Maria. **La buona fede nell esecuzione del contrato**. Studi di Diritto Privato. Collona direta da FD. Torino: Giappichelli, 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

VARELA, João Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1996.

VERDAGUER, Salvador Alemany. **Curso de derechos humanos**. Barcelona: Bosh, 1984.

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.

WALKER, Wolf-Dietrich; BROX, Hans. **Allgemeines Schuldrecht**. 30. ed. Munchen: C.H. Beck Verlang, 2004.

WESTERMANN, Hans Peter. **Código Civil alemão**. Direito das obrigações – parte geral. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Civitas, 1986.

WORLD BANK. **Governace and Law**. Part 1, 2017.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – the civilian experience reconsidered on the eve of a common european sales law. *In*: **European Review of Contract Law** (ERCL), v. 8, n. 4, 2012; Max Planck Private Law Research Paper n.12/30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2166765. Acesso em: 13 maio 2019.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**. Oxford: University Press, 1996.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 131151-RJ, 4ª Turma, DJ de 08.10.97, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 101-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 24.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em ADPF n. 347-DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJ de 09.09. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal REx n. 592.581-RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.15, DJU de 01.02.16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na ADIN n. 3.540, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3.2.2006.

DOCUMENTOS

CARTA ao povo brasileiro. Folha de S. Paulo. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u33908.shtml. Acesso em: 13 jun. 2019.

TRATADO de Amsterdã. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf. Acesso em: 26 maio 2019.

LIVRO Branco sobre o futuro da Europa. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro_branco_sobre_o_futuro_da_europa_pt.pdf. Acesso em: 30 maio 2019.

REPORT by the comission on the measure of economic performance and social progress. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/documents/118025/118123/Fitoussi+Commission+report. Acesso em: 07 jun. 2019.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração