

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 6

OUT/DEZ 2015

Doutrina Nacional / Aline de Miranda Valverde Terra / Daniela de Carvalho Mucilo / Daniel Bucar/ Luciano L. Figueiredo/ Paula Greco Bandeira / Rafael Ferreira Bizelli

Doutrina Estrangeira / Lorenzo Mezzasoma

Pareceres / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Heloisa Helena Barboza

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

CONTRATOS EXISTENCIAIS: CONTEXTUALIZAÇÃO, CONCEITO E INTERESSES EXTRAPATRIMONIAIS

Existential contracts: contextualization, concept and moral interests

Rafael Ferreira Bizelli

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Foi bolsista de Iniciação Científica pelo PIBIC-CNPq-UFU. Ganador do Prêmio Destaque UFU em Iniciação Científica e Tecnológica no ano de 2013. Advogado inscrito na OAB/MG.

Resumo: O artigo analisará a “nova” categoria dos contratos existenciais, provisoriamente conceituados como aqueles em que o interesse de pelo menos uma das partes contratantes não se volta ao lucro, compreendendo sua contextualização e efeitos. Para seu melhor estudo, será abordado o tema da funcionalização do direito, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada.

Palavras-chave: Funcionalização do Direito; direitos fundamentais; autonomia privada; contratos existenciais; interesses extrapatrimoniais.

Abstract: The article will examine the "new" category of existential contracts, provisionally conceptualized as those in which the interest of at least one of the contracting parties not to return to profit, studying its contextualization and effects. For a better study, we will study the theme of functionalization of law, the effectiveness of fundamental rights in private relationships and the passage of freedom of choice for private autonomy.

Key-words: Functionalization of Law; fundamental rights; private autonomy; existential contracts; moral interests.

Sumário: Introdução – 1. A Funcionalização do Direito – 2. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – 3. Da autonomia da vontade para a autonomia privada – 4. Contratos existenciais: algumas observações – 5. Conclusão

Introdução

Trata-se de tema inicialmente doutrinário, dogmático, fruto da criatividade e da ciência jurídica enquanto atividade intelectual, desvinculado do caso concreto. Entretanto, aqui está a importância da doutrina: trata-se de tema plenamente aplicável a milhares de situações concretas, que confere maiores e melhores possibilidades de se tutelar as situações existenciais/extrapatrimoniais da pessoa, isto é, situações relacionadas diretamente à dignidade humana, vértice da Constituição Federal de 1988. A procura de melhores meios de se tutelar a dignidade e a personalidade humana através do instituto do contrato é o que justifica esse trabalho.

Atualmente, vivemos no período pós-social, pautado pelo neoliberalismo, onde o Estado cada vez mais se retira do mercado – ou dele é retirado –, desregulando-o paulatinamente,¹ dando espaço para uma “sociedade de direito privado”.² Presenciamos, hoje, uma tensão entre a *Lex Mercatoria* e nossa Carta Magna, tensão que representa o conflito entre as demandas neoliberais e os anseios sociais-democráticos.³

Feito isso, o nosso trabalho, portanto, enquanto juristas, é buscar soluções para a preservação e promoção da dignidade e personalidade com as ferramentas que temos e que podemos construir, ao invés de apenas esperar “a boa vontade legislativa”, haja vista o atual cenário mostrar-se desalentador.⁴

¹ Nessa ordem sócio-econômica, de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica; suas “regras de mudança”, suas “regras de reconhecimento” e suas “regras de adjudicação”, que até então asseguravam a operacionalidade a funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora ineficazes; direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais há tempos institucionalizados são crescentemente “flexibilizados” ou “desconstitucionalizados”. Cf. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

² Acerca do da expressão: “Não é um termo preciso, mas antes a denominação de um tipo, por conseguinte, não se pode certamente fornecer uma definição exata, mas apenas referir as características mais importantes. Neste contexto, assume evidentemente uma importância fundamental o fato de o direito privado não desempenhar, nesta ordem social, um papel marginal, mas antes um papel constitutivo. Domínios importantes da vida jurídica e econômica devem, consequentemente, ser regulamentados através de meios de direito privado.” Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. (Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 51.

³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19-21.

⁴ Gustavo Tepedino, acerca das dificuldades para a promoção da pessoa humana frente à lógica do mercado, nos alerta: “De nada adiantaria aguardar a intervenção reformista do legislador, sendo mais útil, ao revés, e urgente, procurar soluções interpretativas que ampliem a proteção da pessoa humana, atribuindo-se a máxima efetividade social aos princípios constitucionais e aos Tratados internacionais que ampliam o leque de garantias fundamentais da pessoa humana.” Cf. TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. In.: *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46.

Utilizamos, como marcos teóricos, os autores Pietro Perlingieri,⁵ Antonio Junqueira de Azevedo⁶ e Teresa Negreiros.⁷

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar a existência ou não dos chamados contratos existenciais, apontando suas principais características para, ao final, oferecermos um conceito suficiente do instituto. Para que tal objetivo maior seja alcançado, traçamos outros mais específicos que, juntos, nos levarão ao principal.

Inicialmente, nos remeteremos ao movimento de funcionalização do Direito, iniciado na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade jurídica internacional despertou-se para a importância da preservação e promoção da dignidade humana, a chamada “virada kantiana”.

Em seguida, analisaremos a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, com suas subteorias. Tais estudos nos permitirão compreender a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, fenômeno que marcou e transformou os rumos do Direito Privado.

Compreendidas essas premissas teóricas, passaremos ao estudo específico da pesquisa, os contratos existenciais, buscando demonstrar o dualismo entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais, bem como a necessidade de diferentes regulamentações para cada tipo de situação.

1. A funcionalização do direito

A história do Direito é marcada por grandes transformações e evoluções de paradigmas. Assim se deu com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, e deste para o Estado Pós-Social. São transformações que influenciaram não somente o sistema jurídico, mas toda a sociedade, das políticas públicas aos modos de produção, das ideologias aos costumes, dentre inúmeras outras áreas.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. De MariaCristina De Cicco. 3. ed., ver., e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Passada a onda liberal,⁸ instala-se o constitucionalismo social. No Brasil, inicia-se o Estado Social com a Constituição de 1934. Surge, então, devido ao adjetivo “social”, outra função dos direitos fundamentais, além daquela de resguardo perante o poder estatal (entendido como direito público subjetivo). A esta nova função dá-se o nome de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁹ Da função meramente negativa, surge a função positiva, prestacional.

Na doutrina de Robert Alexy,¹⁰ os direitos fundamentais não têm mais somente a tarefa de defender o indivíduo perante o Estado, mas também exercem uma função de prestação, que subdivide-se em três atribuições: a) função de organização e procedimento, que se revela na exigência de normas que criem órgãos, instituições e procedimentos voltados à realização dos direitos fundamentais; b) função de prestação em sentido estrito, que vincula o Estado a prover as demandas sociais e econômicas da sociedade, caracterizando-se por pretensões normativas de índole positiva, em oposição à mera função de defesa exercida no Estado Liberal; c) a função de proteção, que obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios particulares.

O Estado Liberal cedeu lugar ao Estado Social, de modo que as políticas legislativas tiveram que se adequar às novas demandas da sociedade. Como reflexo desse fenômeno, o Direito sofreu transformações, na medida em que se adaptava para garantir e promover esses novos anseios. Dentre todos os ramos do Direito, talvez o que mais teve que se modelar aos novos tempos foi o Direito Civil (Direito Privado como um todo).

⁸ No constitucionalismo liberal, o âmbito de incidência dos direitos fundamentais era restrito, atuando exclusivamente na relação Indivíduo-Estado, pois, perante o Estado, todos os indivíduos eram iguais e não caberia à Constituição, vista apenas como Carta Política que regulava as relações estatais, interferir na vida privada. Assim, os direitos fundamentais eram oponíveis somente ao Estado. Para regular a vida privada existia o Código Civil, cujo maior expoente fora o Código Napoleônico. Afirma Daniel Sarmento que “o código civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil (...) nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº 9, 2007, p. 23. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 25/02/2012; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

⁹ O Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que deve guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana. Cf. SARMENTO, op. cit., p. 129.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 430.

Nas palavras de Teresa Negreiros, na obra “Teoria do contrato: novos paradigmas”,¹¹

(...) o Direito não está recluso em si mesmo, e que, por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes alterações nos institutos jurídicos. Com efeito, é hoje incontestável o fato de que o direito civil se mostrou tão suscetível às transformações econômicas, sociais e filosóficas quanto os demais ramos do Direito.

Com a passagem da ideologia liberal, de índole individual-patrimonialista, onde o Direito era visto como instrumento de proteção de liberdades e garantias individuais, para a ideologia social, o Direito passou a ser visto como instrumento de promoção, não só dos indivíduos, agora considerados como membros de uma coletividade e não como sujeitos de direito isolados em sua esfera íntima, mas também da própria sociedade, em diversas áreas. Desse modo, o Direito passou a ter uma nova tarefa, uma função promocional.¹²

A Constituição Federal de 1988 apresenta um forte caráter solidarista em seu texto, a ponto de o constituinte erigir à categoria de objetivo fundamental da República a “construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*”, como se observa em seu artigo 3º, inciso I. Há várias outras passagens na Magna Carta que acentuam esse aspecto solidário.

Nesse ponto é que se faz importante o surgimento da função promocional do Direito. O ordenamento, antes individualista, tinha como objetivo somente a proteção do patrimônio e da liberdade; agora, imbuído pela axiologia constitucional da solidariedade, recebe a missão de promover toda a sociedade, protegendo, além dos interesses individuais, os coletivos e difusos (interesses metaindividuais). Nesse diapasão, os institutos de direito privado como a propriedade e o contrato, por exemplo, devem ter uma dupla função: promover o interesse pessoal do proprietário e do contratante, mas também promover o desenvolvimento social.¹³

Os direitos subjetivos do proprietário e do contratante, agora, passam a ser relativizados, na medida em que devem ser funcionalizados em prol da sociedade.

¹¹ NEGREIROS, op. cit., p. 6.

¹² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 13.

¹³ NEGREIROS, op. cit. p. 1-24.

Não se trata de uma “perda” de direitos subjetivos, mas sim de sua funcionalização, de modo que não podem mais ser individualmente considerados, mas sim inseridos num contexto social.

Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy,¹⁴

Enfim, não estranha que ganhasse corpo essa relativização dos direitos subjetivos, no mesmo instante em que se impunha – como ainda se impõe – um novo modelo de Estado. Um Estado, como já se disse, posto que não de interferência absoluta, como, por exemplo, no modelo italiano corporativo, antes referido, incumbido não só de um mister negativo, protetor do lícito e repressivo do ilícito, mas também de uma atuação ativa promocional até de alteração da ordem, em que o direito deixa de ser focado tão-somente por sua estrutura orgânica, científica, como se fosse um sistema autônomo e independente, para ser examinado pela sua função, de que é pressuposto sua consideração como um subsistema integrado ao sistema social.

Foi pontuado, em outra oportunidade, que¹⁵

(...) a autonomia privada dos indivíduos, adiante analisada, deverá se manifestar não somente para a persecução de interesses particulares, mas também deverá haver uma utilidade social, algo que promova o interesse coletivo, isto é, o ato de autonomia privada deve voltar-se, ao mesmo tempo, para a satisfação de interesses privados e sociais, onde se percebe, então, a incidência do princípio constitucional da solidariedade. Não mais se admitem atos egoístas. Ressalte-se, por oportuno, que o ato privado que promova a dignidade do agente, indiretamente, atende ao princípio da solidariedade, posto que promoção da dignidade humana, fundamento da república, é um dos objetivos visados pelo solidarismo. Não se pode pensar que o solidarismo exige somente contratos com efeitos essencialmente sociais, altruísticos. O interesse coletivo também é atendido quando se satisfazem os interesses particulares, desde que lícitos e de acordo com a axiologia constitucional.

Ainda quanto ao processo de funcionalização do Direito, importa analisar uma mudança na técnica legislativa. Como sua tarefa inicial era apenas proteger bens jurídicos individualmente considerados, como liberdade e propriedade, o Estado Liberal se valia, basicamente, de normas protetoras-repressivas, de modo que, por meio

¹⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

¹⁵ BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social do contrato: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Revista de Direito Privado*. Ano 15, vol. 58, abr.-jun./2014, p. 111-137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 119.

de intimidações legislativas, o Estado visava preservar os interesses tutelados. No Estado Social, por sua vez, na medida em que visa a promoção dos indivíduos e da sociedade, ao lado da função protetora, surge a técnica de encorajamento, através das sanções positivas, com o objetivo de estimular a prática de atos considerados socialmente úteis e desejáveis.¹⁶

Norberto Bobbio compara as tarefas do Estado contemporâneo com as tarefas do Estado Liberal e conclui que, devido a esse acúmulo de atribuições, o Direito passa a ter a função promocional. Em suas palavras:¹⁷

Assim, porém, quem observar as tarefas do Estado contemporâneo e as comparar com as tarefas dos Estados de outras épocas, sobretudo a de controlar e dirigir o desenvolvimento econômico, não pode deixar de perceber que o Estado, por meio do direito, desenvolve também uma função de estímulo, de provimento, de provocação da conduta dos indivíduos e dos grupos, que é a antítese exata da função apenas protetora ou apenas repressora (...). Quando o Estado pretende encorajar certas atividades econômicas (e não apenas econômicas), vale-se, com maior frequência, do procedimento do incentivo ou do prêmio, isto é, do procedimento da sanção positiva (...). Trata-se de um fenômeno macroscópico, que não pode passar despercebido: ele caracteriza a produção jurídica dos Estados contemporâneos (...).

Percebe-se, desse modo, uma correlação entre a utilização de normas protetoras-repressivas com o ideal individualista e a utilização de normas promocionais, de encorajamento, com o ideal solidarista do Estado Social, o que demonstra a adequação do Direito às demandas sociais de cada tempo.

Assim, constatada a nova função dos direitos fundamentais, genericamente denominada de função prestacional, que impõe aos Poderes Públicos sua proteção e promoção, cabe ao Estado, por meio da legislação, adotar técnicas de encorajamento, de modo que os particulares guiem suas condutas sob o norte da proteção e promoção da dignidade humana. No campo contratual, como se verá, surge o fenômeno do dirigismo contratual.

O Direito Privado, por conseguinte, deixa de ser patrimonialista, passando a ser personalista, funcionalizado em prol da pessoa humana, e não para o patrimônio! Em sede de contratos existenciais, onde os interesses predominantes são de ordem extrapatrimonial, posto que relacionados à dignidade e à personalidade de ao

¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 13 e 24.

¹⁷ BOBBIO, op. cit., p. 100-101.

menos uma das partes contratantes, a função promocional do direito, de efetivação dos direitos fundamentais se mostra importante instrumento para a preservação desses interesses, devendo a legislação infraconstitucional, portanto, ter como objetivo sua proteção e promoção, utilizando-se tanto da técnica tradicional das sanções negativas, como da moderna técnica das sanções premiaias.

Dentre as consequências da influência do solidarismo e da funcionalização do Direito Privado, uma das mais importantes foi a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, que será adiante analisada, após o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

2. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Nesse movimento de funcionalização do direito e de incidência do princípio constitucional da solidariedade nas relações privadas, ganha relevo a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares. Nesse espeque, além da teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, três teorias se destacam: a) teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais; b) teoria dos deveres de proteção e; c) teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais.

Segundo Daniel Sarmiento,¹⁸ a doutrina da negação da eficácia dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, mas foi nos Estados Unidos da América que teve maior difusão, sendo lá considerada praticamente um axioma. Os adeptos dessa teoria defendem, em síntese, que os direitos fundamentais representam exclusivamente direitos de defesa perante o Estado, alegando que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fulminaria a autonomia da vontade, desfigurando o Direito Privado. Por sua vez, a teoria americana do *state action*, baseada na premissa de que os direitos fundamentais vinculam somente o Estado, representa o ideal liberal norte americano de exaltação da autonomia privada, de sorte que qualquer ingerência estatal nesse campo caracterizar-se-ia como afronta mortal às bases sobre as quais se assenta a sociedade norte-americana. Entretanto, buscando amenizar a rigidez dessa teoria, a Suprema Corte Americana vem criando mecanismos para permitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exemplo da denominada *public function theory*. Desse modo,

¹⁸ SARMENTO, op. cit., p. 188-191.

segundo alguns precedentes daquela corte, quando um particular exercer atividade tipicamente estatal, ou atividade particular patrocinada pelo Estado, estará vinculado também aos direitos fundamentais.

Wilson Steinmetz¹⁹ explica, sucintamente, o funcionamento judicial desse artifício:

Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão fundada. Recebida a demanda, o juiz ou tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública, etc.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) podem ser subsumidas ao conceito de *state action*.

O mesmo autor, ainda, elabora a seguinte objeção a essa teoria: haverá casos em que facilmente se imputará a atitude do particular ao Estado, como as empresas que atuam sobre concessão; em outros, claramente a atitude não poderá ser imputada; ocorre, todavia, que haverá casos limites, em que a atitude poderá ou não ser imputada, o que gerará insegurança jurídica, necessitando, portanto, de claros limites a serem construídos pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, Steinmetz tece a afirmação – com a qual plenamente concordamos – de que essa teoria tem aplicabilidade somente na Constituição americana, posto que essencialmente liberal. Essa teoria, portanto, não se aplicaria nas constituições redigidas no contexto do Estado Social de Direito, haja vista que essas constituições não visam somente regular a atividade estatal, mas também regular a vida social, a economia, entre tantos outros campos. Assim, exclui-se, desde já, a possibilidade de se utilizar essa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

A teoria da eficácia indireta ou mediata foi criada na Alemanha, na década de 50, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico. Em síntese, essa teoria defende que os direitos fundamentais não ingressam no campo privado como direitos subjetivos, assim reconhecidos somente perante o Estado, mas tão somente através da atividade legislativa infraconstitucional ou da atividade jurisdicional.²⁰ Sua

¹⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

²⁰ SARMENTO, op. cit., p. 197-201.

influência no direito privado seria indireta, isto é, atuariam como ordem de valores a nortear a interpretação e aplicação das normas privadas.

A atuação dos direitos fundamentais entre os particulares se daria em dois planos: primeiro, vinculando o legislador privado, que teria o dever de respeitá-los e a obrigação de promovê-los ao promulgar novas leis; segundo, norteadando a atividade jurisdicional, que deveria utilizar-se dos direitos fundamentais como valores, como ordem axiológica, na aplicação dos institutos do direito privado, de modo que eles respeitassem, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais e a autonomia privada dos particulares. Essa ingerência no direito privado se daria através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, que serviriam como “janelas abertas” para a infiltração das normas constitucionais.²¹

De forma semelhante, Canaris, maior expoente da teoria dos deveres de proteção, sustenta que somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais. Desse modo, o Estado tem uma dupla função: não apenas abster-se de lesar os direitos fundamentais, mas também o dever de protegê-los quando provenientes de lesões ou ameaças de terceiros (particulares). O professor alemão, ainda, denomina essas duas funções de “proibição de intervenção” e de “imperativo de proteção”, respectivamente. Para ele, a influência dos direitos fundamentais frente aos particulares encontra-se na vinculação imediata do legislador do Direito Privado ao respeito aos direitos fundamentais e na aplicação judicial do Direito Privado pelo Poder Judiciário, que deverá se abster de um julgamento causador de lesão aos direitos fundamentais, bem como buscar a efetiva sua efetiva proteção.²²

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, por sua vez, diz respeito à incidência dos mandamentos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares, vinculando-os de forma imediata e direta a esses preceitos. Isto é, não se necessita de outra atividade (legislativa ou jurisdicional) para se fazer valer entre os particulares. Nas palavras de Luís Roberto Barroso,²³

²¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240-241.

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 28-36 e 52-74.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 260.

(...) em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.

No mesmo sentido, na obra “Perfis do Direito Civil”, a lição de Pietro Perlingeri:²⁴

(...) a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.

Dentre as várias objeções à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, destacam-se as que alegam a teoria ser antidemocrática, gerar insegurança jurídica e interferir na autonomia privada. Dentre essas críticas, entendemos como mais importante a que se preocupa com a autonomia privada.

Como dito anteriormente, com o advento do constitucionalismo social, a autonomia perdeu seu caráter absoluto e pode, portanto, sofrer limitações frente a outros direitos e princípios fundamentais. Ao contrário do que defende a doutrina adversária, verifica-se que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas vem, entre outros motivos, inclusive para garantir a autonomia privada nas relações em que essa não se faz presente em sua forma real, como nos casos de contratos onde uma das partes é hipossuficiente. Desse modo, essa teoria, ao tentar garantir a liberdade, a igualdade e, em último caso, a dignidade do hipossuficiente, acaba por garantir sua autonomia privada, pois fornece-lhe os meios de equiparar-se à parte mais forte.

Importante, nesse ponto, que se faça alusão ao conceito de “condições mínimas de liberdade”. Uma vez que se constata empiricamente que a liberdade e a igualdade formal não garantem que a pessoa exerça sua autonomia privada plenamente em razão de desigualdades socioeconômicas, faz-se necessário um mecanismo que restabeleça essa igualdade. Nesse ponto, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais tem importantíssima função, na medida em que, ao permitir que a parte hipossuficiente levante algum direito fundamental como direito subjetivo frente à parte dominante, estar-se-á promovendo a preservação desse seu direito fundamental e, por conseguinte, da sua dignidade. Veja que, se a alegação do direito fundamental não fosse

²⁴ PERLINGERI. op. cit., p. 11.

possível, o mesmo restaria prejudicado contra a vontade da parte hipossuficiente, haja vista que ela não possui poder de barganha frente à parte dominante. Nesse caso, somente a parte dominante estaria exercendo sua autonomia privada, ao passo que a autonomia privada da parte hipossuficiente estaria comprometida pela desigualdade socioeconômica. Não admitir a invocação do direito fundamental como direito subjetivo frente ao particular quando há a relação de hipossuficiência é sentenciar que a autonomia privada da parte dominante está acima dos direitos fundamentais da parte hipossuficiente.

Foi mencionado, no capítulo 2 deste estudo, a função de prestação dos direitos fundamentais. Faremos, de forma singela, uma correlação entre a função de prestação na subespécie de atribuição de proteção dos direitos fundamentais e a teoria ora defendida, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Como alinhavado acima, a função de proteção obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios atores privados. Fernando Martins²⁵ ensina que

Os direitos fundamentais, nessa senda, condicionam o Estado a agir no sentido de proteger o indivíduo com o amparo, fomento e preservação dos direitos fundamentais, considerando, especialmente nos dias que correm, a intensidade de atividades particulares, cada vez mais preponderantes sobre aquelas próprias do setor público, o manejo de banco de dados por empresas ou associações privadas, as tecnologias avançadas com larga utilização comercial, a biogenética, a genética dos alimentos.

Nota-se, portanto, que as ofensas aos direitos fundamentais, hoje, não têm como remetente somente o Estado, como fora outrora no Estado Liberal. Pelo contrário, inúmeros danos causados aos direitos fundamentais, como o direito à imagem, à honra, à privacidade, à intimidade, à integridade psicofísica, são provenientes de atuações de agentes privados.

Necessário, aqui, um raciocínio lógico: se o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares frente às investidas dos próprios particulares, significa dizer que os particulares não possuem o direito de investirem entre si. Dito de outra maneira: o particular que ofende um direito fundamental de outro particular só deve ser coibido pelo Estado porque, justamente, não possui esse direito. Logo, conclui-se que, como o particular não possui o direito de ofender um direito

²⁵ MARTINS, op. cit., p. 232.

fundamental alheio, é porque – e aqui se mostra evidente – a esse direito fundamental está submetido, vinculado, haja vista que, se assim não o fosse, não estaria proibido de ofendê-lo.

Desse modo, negar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é, de fato, autorizar o desrespeito e fomentar o descaso para com os próprios direitos fundamentais.

Defende-se, portanto, que a função de prestação na atribuição de proteção dos direitos fundamentais tem como um de seus instrumentos a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. Negar essa teoria é transformar a função de proteção em mera retórica, desprovida de efetividade.

Importante que se entenda o seguinte: a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa necessariamente o abandono da legislação infraconstitucional. Caso haja essa legislação e ela seja suficiente e adequada para a efetivação e proteção do direito fundamental, ela deve ser usada. Por outro lado, caso não haja a legislação ou a mesma seja insuficiente ou inadequada, a incidência do direito fundamental deverá ser direta.

Não é outra a conclusão de Wilson Steinmetz.²⁶ Vejamos:

Quanto à forma (o modo, o “como”) e ao alcance (a extensão, a medida), a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – sobretudo a direitos fundamentais individuais – se materializa como eficácia imediata “matizada” (“modulada” ou “graduada”) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Ademais, nos casos concretos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica suficiente e conforme a Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus de argumentação), afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado.

A priori, parece-nos que essa última posição se mostra a mais coerente, haja vista que defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de qualquer maneira, exigindo a atuação legislativa infraconstitucional como meio para tal, o que garantiria maior segurança jurídica, mas, ao mesmo tempo, admitindo a aplicação

²⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 295-296.

direta dos direitos fundamentais quando for omissa ou falha a legislação infraconstitucional, de modo que a pessoa não restará prejudicada pela inércia legislativa.

Em sede de contratos existenciais, onde os interesses extrapatrimoniais, relacionados à dignidade e à personalidade de ao menos uma das partes contratantes, são de primeira ordem, são a razão de ser do contrato, importante que se adote a teoria mais protetiva, isto é, a teoria que, ao menos em tese, ofereça os melhores meios de proteção e promoção desses valores. Desse modo, incontestemente que a teoria da eficácia direta matizada dos direitos fundamentais nas relações privadas se mostra a teoria mais bem preparada a regular as situações subjetivas extrapatrimoniais presentes nos contratos existenciais.

3. Da autonomia da vontade para a autonomia privada

Fernando Noronha nos alerta, no início do seu capítulo “O princípio da autonomia privada”, que essa expressão tende a substituir a cunhada por Gounot, em 1912, do “princípio da autonomia da vontade”.²⁷

O princípio da autonomia da vontade para a liberdade contratual representava o ápice do liberalismo.²⁸ Era o princípio máximo do Estado burguês, onde todos eram iguais perante a lei e detinham a liberdade de escolha. Tal liberdade contratual absoluta deu origem à máxima *pacta sunt servanda*, segundo a qual as partes deveriam seguir, obrigatoriamente, o que haviam estipulado no contrato, já que esse representava o resultado da vontade livre das partes, fazendo lei entre elas. Com o Estado Social e, principalmente, com o Estado Democrático de Direito, as relações entre particulares passam a sofrer interferências constitucionais, numa busca pela igualdade material e justiça social, onde os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana mitigam o caráter absoluto do princípio da liberdade contratual, e essas relações, agora não mais fundadas na autonomia da vontade, passam a ser regidas pelo princípio da autonomia privada, o que significa que as partes detêm a liberdade de compactuar, mas devem obedecer aos limites legais.²⁹

Em outras palavras, enquanto que a autonomia da vontade fazia com que não se encontrassem obstáculos dentro do ordenamento jurídico para que o indivíduo

²⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111.

²⁸ NORONHA. *op. cit.*, p. 113.

²⁹ PACHECO, Keila Ferreira. *Abuso de direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 163-173.

exercesse sua liberdade contratual, já que os indivíduos eram considerados livres e iguais perante a lei – igualdade formal –, a autonomia privada se mostra como um corolário do princípio da igualdade substancial, do solidarismo e da funcionalização do direito, na medida em que o caráter absoluto dos direitos subjetivos são mitigados, relativizados em prol da sociedade, de modo que o ordenamento, agora, principalmente através da axiologia constitucional, fornece parâmetros legais para que o indivíduo exerça sua liberdade contratual.

O resultado do exercício dessa atual liberdade contratual fundada na autonomia privada continua a fazer lei entre as partes. Entretanto, seu traço distintivo em relação ao princípio antecessor reside justamente na imposição de limites legais a essa liberdade. Corroborando com esse entendimento, Luigi Ferri defende que o negócio jurídico é a fonte normativa que ocupa o escalão mais baixo no sistema escalonado de fontes e, desse modo, encontra-se subordinado à lei, o que significa dizer que o negócio jurídico será válido se estiver em conformidade com a lei, posto que fonte superior.³⁰

Ferri afirma que a autonomia privada é o poder normativo dos particulares. Em suas palavras,³¹

Com la expresión “autonomia privada” he designado el poder atribuído por la ley a los individuos de crear normas jurídicas em determinados campos a ellos reservados... pueden tener um contenido cualquiera las normas de formación privada o negociales, dentro, se entende, de los limites negativos que la ley impone a la autonomía privada.

Fernando Noronha também oferece seu conceito de autonomia privada, juntamente com o conceito de Larenz. Observa-se que, em ambos, há a ressalva ao limite à liberdade. Vejamos:³²

(...) pode-se dizer que autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, *quando possíveis*, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. Na lição de Larenz e mais concretamente, “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas *dentro de determinados limites* por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”.

³⁰ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001, p. 71-72.

³¹ FERRI, op. cit., p. 73 e 306.

³² NORONHA, op. cit., p. 115.

Nota-se, portanto, que a autonomia privada é o poder dos particulares de criarem normas jurídicas privadas que regulamentem situações a eles relacionadas. Esse poder, no entanto, não é absoluto, posto que o conteúdo dessas normas privadas deve estar em conformidade com a lei – fonte superior -, isto é, em conformidade com o ordenamento jurídico. Importante que se interprete o vocábulo “lei” em sentido amplo, de modo a abarcar todo o sistema jurídico.

A autonomia privada se mostra limitada, portanto, pelos princípios constitucionais, pelo valor da dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais, pelo princípio da solidariedade e, a nível infraconstitucional, pela proteção aos direitos da personalidade e pela função social³³⁻³⁴ dos contratos, entre outras normas de ordem pública, além dos bons costumes.³⁵

Ainda, de acordo com o que se sustentou acima, outro limite à autonomia privada, atualmente observado, é a aplicação da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que o contrato não pode dispor de cláusulas que atinjam negativamente os direitos fundamentais.

Assim, como os contratos existenciais são contratos que tratam de um objeto que, pelo menos para uma das partes, mostra-se essencial, nele é que a autonomia privada sofrerá a maior limitação possível, uma vez que os direitos e garantias fundamentais incidirão com toda sua força normativa, impedindo que o regramento particular contra eles disponha.

³³ Quanto à função social, foi aprovado o Enunciado nº 23 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com o seguinte texto: “A função social do contrato, prevista no art.421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Vê-se, portanto, que a função social é limite à autonomia privada.

³⁴ Nesse aspecto merece referência os termos do art. 421 do Código Civil: “em razão” e “nos limites” da função social dos contratos. O primeiro termo dá a entender que o contrato deve ser formado tendo como objetivo precípuo a função social, a promoção da coletividade. Não nos parece ser esse, contudo, o melhor entendimento. Cremos haver um duplo objeto em qualquer contrato: a satisfação do interesse particular, como objeto direto, e a promoção da coletividade, como objeto indireto, onde se verifica a função social dos contratos. O termo “em razão da função social dos contratos” deve ser interpretado em consonância com a funcionalização do direito, com a utilização das normas de encorajamento. Por sua vez, o termo “nos limites da função social dos contratos” refere-se ao conteúdo do contrato, isto é, a função social passa a ser requisito de validade do contrato. Desse modo, o contrato que não cumpre um mínimo de função social ou que deliberadamente a ofenda, como nos casos de terceiro ofensor, terceiro ofendido e ofensa a interesses metaindividuais, deve ser considerado nulo, não merecendo a proteção do ordenamento. Ainda, ressalte-se que os limites impostos pela função social incidem tanto no plano interno como no externo do contrato, como visto acima. Cf. BOYADJIAN; BIZELLI, op., cit., p. 134-135.

³⁵ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: *Obrigações e Contratos: princípios e limites*. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

Defende-se, portanto, que, nos contratos existenciais, onde o paradigma da essencialidade encontra o seu ápice, a autonomia privada sofra sua maior mitigação, sendo legítima, nesses contratos, uma maior ingerência estatal, sempre com o objetivo de resguardar a parte hipossuficiente, a parte que tem no objeto contratual um bem existencial, essencial.

Essa ingerência estatal pode aparecer sob a forma de normas específicas que regulamentem e/ou restrinjam o conteúdo desses contratos – a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho –, com vistas a atender ao interesse público de proteção e promoção dos valores e interesses extrapatrimoniais. Trata-se do fenômeno do dirigismo contratual, acima mencionado quando do estudo da funcionalização do direito.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo,³⁶

O dirigismo contratual forma com a liberdade contratual uma das grandes antinomias do direito (...). O dirigismo contratual pode ser entendido como forma jurídica de controle da liberdade contratual, por razões de ordem econômica ou pública (...). Os contratos têm de cumprir uma função social, que é medida por sua conformidade à ordem econômica dirigida e ao conseqüente favorecimento do contratante débil.

Ainda sobre o dirigismo contratual, Giselda Hironaka³⁷ o define

(...) como sendo uma técnica destinada a revelar melhor a proteção dos interesses do elemento economicamente fraco, restringindo a liberdade contratual do elemento economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio. Trata-se da sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual.

Percebe-se, com todo esse aparato teórico e normativo, que a ciência jurídica caminha no sentido da personalização do direito, isto é, no sentido de maior preocupação com a figura da pessoa humana em detrimento do patrimônio, objeto por excelência do direito civil em épocas passadas. É nessa toada que se originou a moderna classificação de Antonio Junqueira de Azevedo entre contratos existenciais e contratos de

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. In: *Obrigações e Contratos: princípios e limites*. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

³⁷ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: *Obrigações e Contratos: princípios e limites*. Org.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 747.

lucro, bem como o novo paradigma contratual da essencialidade, de Teresa Negreiros, e a divisão entre situações subjetivas existenciais e situações subjetivas patrimoniais de Pietro Perlingieri.

4. Contratos existenciais: algumas observações

Antes de analisarmos especificamente o contrato existencial, necessário que se faça a seguinte observação: o ordenamento jurídico admite a existência de interesses patrimoniais e existenciais (morais, extrapatrimoniais), haja vista a proteção à dignidade, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Contratos existenciais, como se verá, são institutos que, apesar de lidarem com objetos patrimoniais, refletem interesses extrapatrimoniais.

Analisando as situações jurídicas subjetivas, Pietro Perlingieri,³⁸ na obra “O Direito Civil na Legalidade Constitucional”, afirma que o

(...) fundamento justificador da situação é o interesse, que pode ser patrimonial, existencial ou, por vezes, um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento jurídico encontram espaço tanto as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada, quanto aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário.

Já se analisou, em outra oportunidade – num estudo acerca dos danos extrapatrimoniais, especificamente o dano existencial – a possibilidade de haver interesses juridicamente tutelados desprovidos de patrimonialidade. Vejamos:³⁹

Procurando resolver as imperfeições da teoria da diferença, de cunho liberal e patrimonialista, a doutrina, acompanhando a passagem do constitucionalismo liberal para o social, desenvolveu a teoria do interesse. Tal teoria, nas palavras de Sérgio Severo, entende o dano como “a lesão de interesses juridicamente protegidos”. Ao definir o dano como qualquer lesão a um interesse juridicamente tutelado, a teoria do interesse amplia o conceito de dano, desvinculando-o da ideia patrimonialista. Isso ocorre porque, agora, o que o Direito protege é o *interesse*, e não o *patrimônio* de uma pessoa. Desse modo, é sabido que as pessoas possuem todos os tipos de interesses, desde os interesses

³⁸ PERLINGIERI, op. cit., p. 669.

³⁹ PACHECO, Keila Ferreira; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. In: *Revista de Direito Privado*. Ano. 14, vol. 54, abr.-jun./2013, p. 11-43. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-17.

patrimoniais até os extrapatrimoniais. O vocábulo *interesse*, assim, abarca os danos patrimoniais e os danos extrapatrimoniais. A partir dessa teoria é que foi reconhecida a reparação por dano moral, visto que houve uma “libertação” da ideia de que somente os bens materiais poderiam ser reparados. Já que a pessoa possui o interesse em não ter seus direitos fundamentais, direitos da personalidade, ou de simplesmente não se sentir magoada, qualquer ação que se conduza contrariamente a esse interesse se configura em dano e, por isso, deve ser reparado. Adotamos nesse trabalho, portanto, conceito de dano como *toda e qualquer lesão a interesse juridicamente tutelado*.

Percebe-se, por conseguinte, que é plenamente possível a existência de interesses juridicamente tutelados desprovidos de patrimonialidade, o que não se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados a esses interesses. Dito de outra maneira, o dano a um interesse extrapatrimonial gera o direito patrimonial à indenização.

Pietro Perlingieri⁴⁰ afirma, sinteticamente, que

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesse de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não têm caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento.

Nesse sentido, em artigo sobre o tema, André Gustavo Corrêa de Andrade⁴¹ distingue

(...) a patrimonialidade da prestação e a extrapatrimonialidade do interesse do credor ou dos bens afetados. Embora a prestação tenha conteúdo patrimonial, o interesse do credor na prestação pode, conforme as circunstâncias, apresentar um caráter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade, ao seu bem-estar, à sua educação, aos seus projetos intelectuais.

Corroborando com o exposto,⁴²

A patrimonialidade ínsita ao vínculo obrigacional não significa que, notadamente nas relações de consumo, o inadimplemento fique,

⁴⁰ PERLINGIERI, op., cit., p. 760.

⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigação Contratual. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, p. 55 – jan./mar. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴² OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 93, p. 13 – maio/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

necessariamente, adstrito ao campo patrimonial. Como é cediço, interesses extrapatrimoniais podem ser a razão preponderante do contrato, nada obstante a patrimonialidade da prestação.

Tendo se fixado a importante distinção entre objeto prestacional e interesse, onde o primeiro possui patrimonialidade e o segundo poderá conter, também, extrapatrimonialidade, passamos ao estudo dos contratos existenciais.

Os contratos existenciais foram pensados por Antonio Junqueira de Azevedo, segundo o qual a dicotomia contratual do século XXI refere-se aos contratos existenciais e aos contratos de lucro. Essa dicotomia estaria para esse século assim como a dicotomia contratos de adesão e paritários estava para o século passado, de modo que, ao operador do direito, a importância está em, ao saber classificar determinado contrato como existencial ou de lucro, estará a saber qual regime normativo deverá ser aplicado.⁴³ Ainda com o mesmo autor:⁴⁴

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões.

Percebe-se, então, que contratos existenciais são aqueles cuja prestação consiste num objeto, num bem da vida destinado à subsistência da pessoa humana, sem que esta almeje lucro algum, como os contratos de “atendimento à saúde, à manutenção da vida, ao salvamento em situações periclitantes, acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao

⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. In: *Revista dos Tribunais*. n. 832, p. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2005.

⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

transporte, aos meios de comunicações e provedores virtuais, dentre outras possibilidades”.⁴⁵

Por sua vez, contratos de lucro são firmados entre particulares em igual posição socioeconômica, onde ambos buscam a circulação de riquezas, espaço em que a autonomia privada encontra seu ápice. Aqueles, por sua vez, geralmente são formados por particulares em posições díspares, onde uma parte tem no objeto do contrato um bem existencial e o outro contratante tem a prestação contratual apenas como mercadoria, visando o lucro. Antonio Junqueira de Azevedo, então, afirma que cada categoria contratual merece um tratamento normativo específico, pois produzem efeitos diferentes.

Em suas palavras,⁴⁶

Outro ponto interessante seria a exposição analítica das diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais mas não nos contratos de lucro), etc.

Na mesma toada, a Professora Teresa Negreiros propõe o “paradigma da essencialidade” para uma reclassificação dos contratos, de sorte que, quanto mais essencial o bem da vida objeto do contrato, maior deverá ser a ingerência de normas de ordem pública, pois mais intensa sua função social, haja vista a “primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”⁴⁷.

O chamado paradigma da essencialidade busca a caracterização do bem contratado – como bem essencial, útil ou supérfluo –, e essa qualificação passa a ser considerada um fator determinante para a disciplina contratual. Assim, quanto maior a essencialidade, maior será a interferência estatal em sua formação, desenvolvimento e (in)adimplemento⁴⁸.

No mesmo sentido, dispõe Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴⁹ que

O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é a de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja interna (equivalência),

⁴⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 79, p. 265. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011.

⁴⁶ AZEVEDO, op. cit., p. 304-305.

⁴⁷ NEGREIROS, op., cit., p. 449.

⁴⁸ NEGREIROS, op. cit., p. 388.

⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil* – V. 45 jan./mar. 2011 Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 106.

seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.

Ao menos em uma das partes de um contrato existencial, por conseguinte, o interesse envolvido estará diretamente relacionado com a dignidade e/ou à personalidade do contratante, visto que destinado à sua (sobre) vivência, de modo que são interesses, portanto, ditos extrapatrimoniais. Na linha exposta acima, por envolver interesses extrapatrimoniais, amparado na funcionalização do direito, possuem a notável função social, fundamental no ordenamento e na sociedade, de proteção e promoção da dignidade e da personalidade da parte contratante, razão pela qual devem submeter-se a um regime normativo ainda mais limitador da autonomia privada, bem como será legítima a atuação do juiz, no caso concreto, de preservação ou revisão do contrato, para garantir o adimplemento em favor da parte que almeja a prestação dita por essencial/existencial, de modo que as situações existenciais devem se sobrepor às patrimoniais.

Na análise dos contratos existenciais, há de se levar em conta a existência de interesse extrapatrimonial por uma parte contratante, além do interesse patrimonial. Dito de outra maneira, enquanto que para a parte dominante o objeto representa apenas interesse patrimonial, visto que visa o lucro, para a parte vulnerável/hipossuficiente o objeto apresenta duas ordens de interesses, sendo a primeira extrapatrimonial e a segunda patrimonial. Verifica-se, portanto, que para a parte vulnerável, a extrapatrimonialidade do objeto é mais importante do que a sua patrimonialidade, haja vista não ter em conta o lucro, mas sim um bem existencial, relacionado ao mínimo existencial.

Verifica-se, assim, que a “nova” categoria dos contratos existenciais, cujo objeto prestacional relaciona-se com a existência digna da pessoa, por ser, para ela, essencial, merece um tratamento normativo específico, adequado para a proteção da parte hipossuficiente.

Demonstrado, portanto, que há contratos em que o objeto prestacional configura-se um bem essencial, um interesse existencial para uma das partes, relacionado, por conseguinte, à sua dignidade e personalidade, imperioso, mais uma vez, que se reconheça a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, posto que, como visto, essas mesmas relações privadas podem tratar de direitos fundamentais, como saúde (contrato com empresas de seguro saúde), educação (contratos com instituições de ensino), moradia (contratos de aluguel, contratos de compra e venda pelo Programa Minha Casa Minha Vida, etc.), entre outras situações.

Ainda, ao se verificar esses possíveis conteúdos prestacionais, relacionados a bens e interesses fundamentais, é necessário reconhecer que a parte contratante cujo interesse é existencial na relação jurídica encontra-se em posição de desvantagem em relação à outra parte, cujo interesse na relação rege-se pelo lucro. Isso porque, claramente, a parte que tem o interesse existencial não poderá exercer plenamente sua autonomia privada, pois, invariavelmente, necessita do bem prestacional, dele não podendo abrir mão, o que faz com que, em regra, concorde com cláusulas abusivas. Desse modo, esse contratante encontra-se em posição de vulnerabilidade jurídica em relação à outra parte, situação adversa que obriga o direito a ter ferramentas aptas a corrigir esse desequilíbrio para restaurar a harmonia da relação.

Quanto à proteção dos vulneráveis, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁵⁰ afirmam que

O direito privado não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, firmada no direito privado solidário que emerge da Constituição.

O estudo da proteção dos vulneráveis se justifica porque, uma vez que um contratante tem o objeto por essencial e o outro contratante visa apenas o lucro, percebe-se que o primeiro se mostrará hipossuficiente/vulnerável, com sua liberdade contratual limitada em decorrência do poderio socioeconômico da outra parte.

Embora tratando especificamente da vulnerabilidade do consumidor, Fernando Martins e Keila Pacheco apontam que a vulnerabilidade possui intenso arrimo constitucional, pois “encontra seu fundamento no princípio da igualdade substancial e parte da presunção de que a intensa discrepância entre os agentes econômicos (fornecedor e consumidor), independente do exercício da capacidade, merece promoção e tutela”.⁵¹

Quanto ao tema da proteção dos vulneráveis, Ricardo Luis Lorenzetti nos brinda com as noções dos diferentes paradigmas possíveis de serem utilizados pelo jurista. Na obra “Teoria da Decisão Judicial”, o autor argentino esboça as premissas

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 17.

⁵¹ MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face da prática de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível). In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 98/2015, p. 105-134, mar.-abr./2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

teóricas de 06 (seis) paradigmas, sendo que, ao nosso tema de estudo, interessa-nos o “Paradigma de Acesso aos Bens Jurídicos Primários” e o “Paradigma Protetivo”.

Quanto ao primeiro, Paradigma de Acesso, Lorenzetti⁵² afirma que

(...) protege os excluídos. Seu fundamento constitucional é a igualdade real de oportunidades, e seu princípio estruturante é o acesso aos bens jurídicos primários. O jurista que adota essa visão está disposto a abandonar a neutralidade a respeito do mercado e a modificar as suas atribuições, está inclinado a intervir em todo tipo de relações, prioriza os resultados em relação às formas e por isso aceita um direito de menor qualidade formal, prioriza os critérios de justiça material (invoca com frequência os fundamentos sociológicos e econômicos).

Aplicado aos contratos existenciais, nota-se a total pertinência desse paradigma, pois relaciona-se ao acesso de bens primários. Bens primários são aqueles, no sentido aqui aplicado, considerados de primeira necessidade, isto é, indispensáveis à existência da pessoa. Bens primários são, portanto, existenciais, essenciais.

Em seguida, Lorenzetti trabalha com o “Paradigma Protetivo”, que também pode ser utilizado na temática dos contratos existenciais. Nas palavras do autor,⁵³

O paradigma protetivo tutela os vulneráveis e é consistente com o paradigma do acesso (...). O paradigma protetivo está voltado, em contrapartida, para quem não for vulnerável e estiver no mercado. Seu fundamento constitucional é a igualdade. Seu princípio estruturante é o da proteção à pessoa. O jurista que adota essa visão está disposto a buscar a igualdade e, portanto, a intervir em todos os tipos de relações. Prioriza o resultado sobre as formas e critérios de justiça material (...). surge um dos princípios de interpretação em favor do devedor, o *favor debilis*, em favor do consumidor, e logo em favor do indivíduo particular.

Nota-se, aqui, que a proteção aos contratos existenciais novamente se justifica. Apesar de não haver uma coincidência total entre as categorias, grande parte dos contratos existenciais serão, também, contratos de consumo. Priorizando, novamente, o critério da justiça material, o jurista que adota esse paradigma deve levar-se por princípios protetivos da pessoa humana, da pessoa hipossuficiente, da pessoa vulnerável. Na proposta de Teresa Negreiros, o jurista deve dar prevalência às situações existenciais sobre as patrimoniais.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. Notas de Claudia Lima Marques. 2. ed., ver., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 230.

⁵³ LORENZETTI., op. cit., p. 251.

Por esse paradigma, por exemplo, justifica-se a intervenção jurisdicional determinando a revisão contratual, nas hipóteses em que, apesar de lícito, frente às peculiaridades do caso concreto o contrato se mostrar leonino, oneroso a uma das partes.

Assim, uma vez constatada a presença desses interesses fundamentais em relações travadas entre particulares (parte forte e parte vulnerável), ao mesmo tempo em que há outras relações privadas destituídas desse caráter essencial (partes paritárias), como nos contratos de lucro (ex.: *trespasse*), necessário que a doutrina e jurisprudência delimitem campos de atuação normativa distintos. Não se mostra razoável aplicar iguais diplomas legislativos para situações tão díspares, para situações que tratem de interesses tão opostos.

Feitos os apontamentos acima, podemos conceituar os contratos existenciais, portanto, como aqueles em que, ao menos para uma das partes contratantes, não há objetivo de lucro, de modo que, para esta parte, o objeto prestacional se caracteriza mais pela sua expatrimonialidade do que pela sua patrimonialidade, haja vista ser um objeto relacionado à existência da pessoa, essencial à plenitude de sua dignidade e/ou personalidade, o que, por caracterizar uma situação subjetiva existencial, exige a proteção e aplicação de ferramentas normativas específicas, distintas das comumente utilizadas para as situações essencialmente patrimoniais.

5. Conclusão

Procuramos, ao longo do trabalho, elaborar fundamentos que, de alguma forma, possam contribuir para que a comunidade jurídica trabalhe cada dia mais com melhores mecanismos de proteção e promoção da pessoa humana, da sua dignidade e personalidade.

Como visto, o direito passou a ter uma função promocional, tendo a missão de transformar a sociedade, buscando a realização social, o que levou à mitigação do caráter absoluto de alguns institutos – para o presente trabalho, contrato e autonomia.

Ao estudarmos o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, defendemos a teoria da eficácia direta e imediata, como ferramenta da função de prestação na atribuição de proteção do Estado, na classificação de Alexy. Adotou-se, ainda, sua aplicação mitigada, o que significa que o jurista deverá utilizar a

legislação infraconstitucional para operacionalizar os direitos fundamentais, mas, no caso de sua omissão ou falha, está autorizado a aplica-los diretamente.

Em seguida, foi analisada a passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada, que, basicamente, significa a passagem da liberdade contratual absoluta para a liberdade contratual regulada, isto é, a autonomia se faz nos moldes daquilo permitido pelos princípios constitucionais.

Por fim, chegamos ao estudo específico dos contratos existenciais, onde se apontou sua contraposição aos contratos de lucro, bem como sua principal característica: hipossuficiência e/ou vulnerabilidade de uma das partes contratantes em decorrência do seu interesse extrapatrimonial no objeto prestacional ser mais relevante do que a patrimonialidade do objeto. Foi constatada a possibilidade de situações jurídicas serem mais bem caracterizadas pelos interesses extrapatrimoniais (relacionados à dignidade e personalidade) do que pelos interesses patrimoniais, isto é, situações em que a extrapatrimonialidade é o interesse de primeira ordem, relegando ao segundo plano o aspecto patrimonial.

Aqui, o principal exemplo é o contrato existencial.

Necessário que doutrina e jurisprudência, portanto, voltem os olhos para essa diferença e construam, paulatinamente, ferramentas normativas distintas para cada grupo contratual, haja vista ser incoerente e inadequado aos valores de realização social elencados na Constituição Federal de 1988 que se apliquem os mesmos institutos para situações tão divergentes: as patrimoniais e as existenciais.

Por fim, defende-se a adoção dos paradigmas do acesso e da proteção, como meios para que o operador do direito possa realizar uma hermenêutica e aplicação concreta do direito adequadas aos valores constitucionais de proteção da pessoa humana.

Recebido em 23/07/2015

1º parecer em 27/07/2015

2º parecer em 27/07/2015