

A GLOBALIZAÇÃO, O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS CONTRATOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA¹

GLOBALIZATION, CIVIL LAW CONSTITUTIONAL AND CONTRACTS IN CONTEMPORARY SOCIETY²

Pablo Malheiros da Cunha Frota♦

RESUMO

Este estudo tece comentário sobre os efeitos deletérios da globalização no direito civil e como a interpretação civil constitucional aplicada na seara contratual resiste aos aludidos efeitos. Isso faz com que o intérprete valide o diálogo entre as formas de expressão do direito, bem como, em uma perspectiva crítica, repense a legitimidade e a validade de certos mitos principiológicos do direito civil e do discurso neoliberal global.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; direito civil constitucional; princípios; contratos.

ABSTRACT

This study makes commentary on the deleterious effects of globalization in civil law and as the interpretation constitutional civil applied in contractual law resists the alleged effects. This makes the interpreter validate dialog between the forms of expression of law, as well as, in a critical perspective, rethink the legitimacy and the validity of certain mythos principiológicos of civil law and the speech neoliberal overall.

KEYWORDS: Globalization; civil law constitutional; principles, contracts.

SUMÁRIO

1. Globalização, sociedade, estado democrático de direito e soberania compartilhada
2. O que significa direito civil constitucional?
3. A perspectiva civil constitucional do contrato como contraponto aos efeitos deletérios da globalização
4. Referências.

¹Artigo recebido em 04 de maio de 2010.

²Artigo de conclusão da disciplina Direito e Sociedade ministrada pelo Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima para o curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná no 2º Semestre de 2009.

♦Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Unisul/SC. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professor da Faculdade Processus (DF) e de pós-graduação lato sensu. Associado de Caputo, Bastos e Fruet Advogados (DF). pablo.malheiros@yahoo.com.br

1. GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOBERANIA COMPARTILHADA

“Nasci em Praga, sou sobrinha-neta de Kafka. Você acha que decidi estudar o sistema financeiro internacional por qual razão? Não existe nada mais kafkaniano”.

(Stephany Griffith-Jones)

A globalização é a interconexão dos níveis da vida cotidiana em diversos lugares no mundo, por meio de técnicas, que vão da enxada à cibernética.³ Pode o instituto ser dividido em cinco fases: a) a primeira com a expansão da cultura grega pelo mundo;⁴ b) a segunda do Império Romano; c) a terceira referente às expedições e as conquistas européias dos séculos XIV a XVI; d) a quarta atinente à revolução industrial do século XIX até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918); e) a quinta do final da Primeira Guerra Mundial até os presentes dias.⁵ Esse fenômeno é estudado por intermédio da participação política, da política econômica ou do fenômeno jurídico, a fim de aprimorar a apreensão dos pressupostos da vida social na atualidade.

O significado do termo globalização é plurívoco e possui diversas dimensões, a saber: a econômica; a política; a social; a ambiental; a cultural, além da existência de outras espécies,⁶ embora os significados econômico e transnacional permitam analisar a globalização com maior nitidez, cujo intuito é demonstrar as mazelas político-jurídicas trazidas no bojo do fenômeno, a partir de uma perspectiva mundial.⁷ Ressalte-se que essa variedade de prismas põe em xeque a existência do instituto, pois, ele “apaga as linhas divisórias entre os diferentes reinos da sociedade – político, econômico, social e cultural”, de acordo com Kumar.⁸ Certo é que a globalização também possui aspectos positivos como a troca mais rápida de conhecimentos e de informação entre os povos.

Não obstante isso, os múltiplos enfoques de abordagem combinam complexamente as referidas dimensões e conectam-se com outros elementos sociais como a desigualdade, a explosão demográfica, os problemas ambientais, a fortificação da indústria bélica e a democracia formal, como condição de assistência internacional a países periféricos e semi-periféricos.⁹ Diante disso, a análise da globalização deve ser diacrônica, uma vez que a realidade é totalizante (compreensão aberta e dinâmica do que é compreendido – modelo marxista) e a perquirição da participação política e da jurídica abarcam a transdisciplinariedade das ciências sociais¹⁰.

Lembra Ricardo Marcelo Fonseca que o Direito não pode ser explicado pelo Direito, isolando-o do processo histórico em que se insere, visto que determina e é determinado pelo social, pelo político, pelo econômico, etc.,¹¹ sendo importante analisar o passado político-jurídico do Estado Moderno para se che-

³LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 122-124.

⁴GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

⁵Em sentido parecido, mas trabalhando quatro fases da globalização: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

⁶VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 80-100.

⁷LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 11-13.

⁸KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 113.

⁹SANTOS, Boaventura Sousa. Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 39.

¹⁰LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 20-22.

¹¹FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. Revista Sequen-

se chegar às soluções para o presente. A base dessa reflexão histórica é a Teoria da História de Walter Benjamin,¹² “o qual preconiza que o resgate do passado acontece quando o presente vive uma situação de perigo, que o passado neste momento preciso se revela ao presente” – a “redenção” do passado é a condição necessária para a “salvação” do presente, visto que o passado é volátil e trará respostas para as questões atinentes à globalização, que representa os riscos potenciais e/ou concretos do presente.

Nesse passo, percebe-se que a soberania e o Estado Moderno partem de uma noção de política moderna que se referencia num espaço limitado politicamente e territorialmente (Estado-nação) e nas teorias nacionalistas, o que aumentou a participação popular na formação e na defesa dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos, de acordo com a concepção de Marshall.¹³

A globalização está ligada à teoria econômica neoliberal, que prega intervenção estatal mínima, a redução dos mencionados direitos dos cidadãos,¹⁴ com pessoas jurídicas transnacionais rivalizando poder com os Estados, por meio da implementação de uma nova divisão internacional de trabalho que dispersa a produção em vários países. As políticas neoliberais procuram diminuir as responsabilidades estatais em prol do mercado, mantendo o Estado como garantidor do livre mercado e em detrimento das necessárias tutelas estatais atinentes às querelas sociais. Esses fatores afetaram o conceito de Estado, as suas fronteiras e a sua importância, a definição de soberania¹⁵ e valorizaram o mercado, gerando crise no modelo anteriormente construído de Estado-nação.

A transnacionalização do espaço político e a ausência de fronteiras territoriais demonstram que a participação política do cidadão diminuiu, perdendo-se um local de conquista, de exercício e de defesa de direitos, gerando consequências políticas e jurídicas. As primeiras foram a perda de poder político do Estado e a participação política dos cidadãos, que se distanciam das decisões e se tornam consumidores individualistas e egoístas daquilo que é imposto pela esfera política, a fragmentar a sociedade. O debate político se unifica, pois cinge-se ao critério econômico (dogma neoliberal), o que majora as desigualdades sociais e enfraquece as garantias trabalhistas. Isso impede que os cidadãos exerçam com clareza os seus direitos civis, econômicos, políticos e sociais, a expressar as mazelas jurídicas advindas da globalização econômica (exploração sem limites). A globalização afeta a democracia, haja vista que sempre os direitos dos cidadãos são relativizados em nome de uma suposta “integração dos países no processo de mundialização da economia”, cujas decisões políticas são tomadas por um poder deslegitimado e que representa os interesses mercadológicos em todo o mundo, com muitos governos governando para o mercado.¹⁶

Com a globalização econômica o Estado não controla o fluxo de capitais, o poder eleito perde a identidade e se curva ao poder sem representatividade do mercado, ou seja, primeiro poder é o econômico, o segundo, o midiático e o terceiro, o político. As pessoas não conseguem reivindicar os seus direitos a contento, bem como elas não se reconhecem nesse novo poder das gigantes transnacionais, com o locus do poder voltado para o mercado e para o pensamento econômico único,¹⁷ como salienta José Eduardo Faria:

CIA, n. 30, Edusc, 1995, p. 100-107.

¹²BENJAMIN, Walter. Teses sobre a filosofia da história. In: KOTHE, Flávio R. (Org.). Walter Benjamin (col. Grandes cientistas sociais, v. 50). 2.ed. São Paulo: Ática, p. 153-164.

¹³LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 22.

¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral., p. 60-61.

¹⁵David Held conceitua soberania como “a autoridade política, no seio de uma comunidade, que detém o direito incontestado de definir o sistema de normas, regulamentos e políticas de um dado território, e de governar de acordo com esse direito”. HELD, David. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. Revista Lua Nova, n. 23, março de 1991, p. 165-166.

¹⁶LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 25-27.

¹⁷LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 207-210. RAMONET, Ignacio. Geopolítica do caos. 2.ed. Petrópolis:

A Globalização, o Direito Civil Constitucional e os Contratos na Sociedade Contemporânea

“Essa concorrência selvagem e essas competições acirradas, é evidente, tendem a ser tanto mais cruéis ou perversas quanto mais as economias desses países encontram-se debilitadas por déficits fiscais crônicos, minadas por taxas insuficientes de poupança interna enfraquecidas, pela desvalorização de suas respectivas moedas e vitimadas pela perda das vantagens comparativas, em termos de controle de matérias-primas que até recentemente eram estratégicas. E revelam não apenas o grau de deslocamento do poder decisório do Estado-nação para o mercado, mas, igualmente, o sentido e o alcance de sua desterritorialização e fragmentação”¹⁸.

O voto dos indivíduos, no mundo globalizado, não mais influencia na condução da economia, retomam-se racismos e movimentos chauvinistas na Europa, restringe-se a democracia representativa e o pluralismo democrático, a desestruturar os vários segmentos em prol dos interesses do livre mercado global, dissociando a economia da realidade social, em que a estabilidade exigida pela globalização se extrai da homogeneidade, porque a diferença é a anomalia. Quem se opõe à globalização é considerado pária do mundo global, visto que “para viver-se no mundo globalizado, temos que nos despojar de nossas peculiaridades”,¹⁹ sendo o instituto uma armadilha para a democracia – do voto cidadão ao voto monetário.

A globalização econômica com esse cariz não promove estabilidade e democracia, já que entre a liberdade e a democracia, os neoliberais ficam com a primeira.²⁰ O neoliberalismo desponta um controle pela minoria da maior parte possível da vida social, com o fito de tutelar os benefícios individuais. Deve-se lutar contra isso, com base na lição de Chomsky, citada por McChesney: “Como diz Chomsky, se agirmos com a idéia de que não haverá possibilidade de mudança para melhor, estaremos garantindo que não haverá mudança para melhor. A escolha é nossa, a escolha é sua”²².

Além disso, a globalização e o capitalismo incluem aqueles que conseguem viver neste ambiente e excluem os que não têm esta sorte, porque o interesse da sociedade foi substituído pelo interesse do mercado mundial. O sujeito perde suas crenças e suas ideologias, situação refletida na comunidade com o esfacelamento dos valores fulcrais do corpo social. Estes valores foram substituídos por uma ética econômica, que traz em seu bojo novas situações sociais subjetivas e objetivas, constituintes de retrocessos ante as conquistas democráticas.²² A ideologia global e capitalista prega o fim da história, à medida que não seria possível a filosofia e as ciências sociais descobrirem outro modo de produção que resolvesse os problemas sociais. Pregam o fim da história também cientistas contemporâneos com o triunfo do capitalismo como modo de produção e da democracia como sistema de governo e de acesso aos bens de consumo, dado que o importante é a felicidade material.²³

Corroborar-se com o assentado acima, a crise econômica instalada no mercado mundial a partir do segundo semestre de 2008, que colocou em xeque ou, no mínimo, remodelou as práticas supercapitalistas defendidas pelos neoliberais, como aponta o Presidente da França Nicolai Sarkozy: “É necessária uma re-fundação global do capitalismo, baseada em valores que ponham as finanças a serviço dos negócios e dos cidadãos, e não vice-versa”.²⁴ Nessa linha, afirma Stephany Griffith-Jones que “Antes da crise, os gover-

Vozes, 1998, p. 72-73.

¹⁸FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 107.

¹⁹LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 211-215.

²⁰LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 174-176.

²¹CHOMSKY, Noan. Ou o lucro ou as pessoas. 5.ed. trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 15-17.

²²COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 30/60 e ss.

²³COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro., p. 49-65.

²⁴SARKOZY, Nicolai. Por um novo capitalismo. O GLÔBO, ano LXXXIV, n. 27.464, de 16 de outubro de 2008, p. 21.

nos foram muito mal, não houve prevenção. Gente como Greenspan foi completamente irresponsável. Eles acreditaram na eficiência do sistema. (...) é absurdo os governos terem sido forçados a resgatar os bancos, criando pacotes keynesianos para compensar a queda do crédito privado porque não tiveram alternativa, e agora os mercados queiram vir castigar esses mesmos governos. É no mínimo um paradoxo”.²⁵

Busca-se, contudo, o desenvolvimento sustentável, focalizado na pessoa humana, nos direitos humanos, nas liberdades fundamentais funcionalizadas e constitucionalizadas, particularmente no que toca às titularidades e ao trânsito jurídico, visto que os institutos jurídicos servem para efetivar a cidadania plena e material dos membros da sociedade. Nesse passo, a globalização interfere na sociedade, no Estado, no direito e nos contratos, mormente quando fomenta a tecnocracia com as normas eficazes preponderando sobre as justas, vilipendiando as Constituições em homenagem a *lex mercatoria*.

A globalização econômica faz com que o indivíduo não seja realmente cidadão, integrando-o na sociedade hiperconsumista de maneira frágil, ansiosa e solitária,²⁶ em que a busca da felicidade pelos membros desta se transforma na ordem do dia. Foca-se o aspecto material, não abarca a completude da existencialidade dos seres humanos e majoram-se as suas frustrações, carências e decepções.²⁷ Procura-se também reduzir direitos e garantias fundamentais constitucionais e atacar legislações protetivas de determinados grupos sociais, por “obstacularizarem” o “crescimento econômico, social e político” da sociedade.²⁸

Destrói-se a cultura dos povos em nome de um sistema padronizado e único. É o chamado discurso da global governance, que mitifica o mundo real, fomenta o neoliberalismo e multiplica o acesso aos bens e aos objetos materiais, mantidos concretamente para parcela diminuta da população.²⁹ A solução para resistir à tirania da global governance é o Estado e a sociedade praticarem a boa governança, que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, tem como pressupostos e medidas de implementação, segundo Mário Lúcio Quintão Soares, a(s):

“a) identidade coletiva; b) deliberações que legitimem as ações políticas estatais; c) sistema político eficiente e responsável; d) primado da ética na gestão de recursos públicos; e) reconhecimento, por parte de uma comunidade política, de uma responsabilidade compartilhada; f) outorga de necessárias competências aos órgãos estatais incumbidos de prevenir e combater a corrupção. (...)”

*a) revitalização da sociedade civil na qual se fundamenta sua estrutura; b) democratização das forças políticas, através de mecanismos eleitorais incisivos e transparentes; c) racionalização dos meios de produção, por intermédio da criação de instrumentos constitucionais que possibilitem a permanente distribuição de rendas”.*³⁰

Dessa maneira, segundo Miguel Reale, o Estado Democrático de Direito traduz a opção pela democracia social, “isto é, para uma democracia na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, mas sem prejuízo do primordial papel criador atribuído aos indivíduos”.³¹

²⁵ GRIFFITH-JONES, Stephany. O mercado e a barata. Carta Capital. 24 de fevereiro de 2010 – Ano XV – n. 584, p. 48-50, p. 48-49.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 46-47.

²⁷ LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 153/157-158/168-171.

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro., p. 76.

²⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 360

³⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização., p. 369-370.

³¹ REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias. 3.ed. São Paulo: Saraiva,

O Estado Democrático de Direito detém quatro dimensões – juridicidade, sustentabilidade ambiental, socialidade e democracia³² – que impõem a todos o respeito e o cumprimento real delas, sob pena de as constituições democráticas do período atual se tornarem meros pedaços de papel. Esse Estado se constrói diuturnamente do povo para o parlamento com o fito de atender as querelas sociais e para promover a justiça socioambiental, visto que a democracia nesse tipo de Estado é representativa e participativa ou procedimentalista. Esta não impõe conteúdo normativo, mas externaliza a forma pela qual devem se comportar Estado e sociedade. O cidadão reconhece os problemas e procura solucioná-los efetivamente por intermédio das condições postas pelo Estado, tendo em vista o princípio da subsidiariedade, efeito também derivado da globalização. Os destinatários das normas jurídicas são os seus próprios autores.³³

Esse tipo de Estado normatiza os direitos fundamentais, aplicáveis diretamente em qualquer relação jurídica e valoriza os princípios, essência, substância e tecido das Cartas Magnas, com destaque para o da dignidade da pessoa humana, porque a soberania constitucional é a soberania dos princípios, como apontado por Bonavides.³⁴ Esse Estado, portanto, deve enfrentar as consequências perversas que atingem a sociedade contemporânea global, denunciadas por Luiz Edson Fachin:

*“Nos campos e cidades, no povo, nos burgos e nos arraiais, encontrou-se o tempo do vazio e o espaço do consumo. (...) Basta uma lei, pura e simples, para quem quer que seja. Em suma, a pessoa deixou de ser a medida de todas as coisas e os objetos passaram a ser a medida das pessoas (...). Quem sabe se deva começar pela compreensão de que a fome não é a falta de bens e sim a ausência de direitos”.*³⁵

Os aludidos fatores colaboram para a relativização dos poderes do Estado-Nação, das suas fronteiras nacionais, mormente pela implantação de políticas neoliberais, a influenciar a participação política dos povos. O Estado partilha a soberania que possui com instituições nacionais, internacionais, multinacionais, transnacionais, caracterizando-se como Estado-rede e a soberania como compartilhada,³⁶ sendo muitas vezes o Estado sendo comandado pelos interesses das grandes sociedades empresárias. Isso afeta o aspecto social de um povo, visto que os centros decisórios são extranacionais e supranacionais, com decisões nacionais ficando a reboque das deliberações internacionais, a violar o princípio da cidadania de cada indivíduo.³⁷

Percebe-se que o fenômeno da globalização obsta a concretização dos objetivos traçados pelo Estado Democrático de Direito, que 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”, conforme preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988.

As questões postas pela sociedade atual levam ao seguinte paradoxo: os aludidos fatores alargam as desigualdades sociais nos países, principalmente do Ocidente, ao mesmo tempo em que a maioria das

2005, p. 43.

³²BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41–56.

³³Veja SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização., p. 213–216.

³⁴BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51–59.

³⁵FACHIN, Luiz Edson. O seqüestro da sociedade. Jornal Gazeta do Povo. Opinião do dia. Curitiba, p. 2, ano 90, edição 28.780, 22 de agosto de 2008.

³⁶DUPAS, Gilberto. Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 102-103.

³⁷LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico., p. 186-189.

Constituições das respectivas nações traz como espécie estatal o Estado Democrático de Direito, sendo certo que um dos objetivos deste é reduzir as mencionadas desigualdades.

Torna-se necessária, destarte, a construção de uma teoria crítica e impura do Direito³⁸, que estatua este com a ontologia do social, na qual o intérprete participe da mudança do fenômeno jurídico por intermédio de uma interpretação prospectiva dos institutos jurídicos ao adequá-los ao momento histórico e à realidade contemporânea,³⁹ realizando o Direito de maneira justa e legítima, mesmo se afrontar a legislação estatal posta, muitas vezes desconectada da realidade concreta da sociedade. Ianni assevera que devemos pensar, “compreender e explicar essa sociedade, tanto em suas singularidades e particularidades como nos horizontes da história universal”.⁴⁰

2. O QUE SIGNIFICA DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL?

Sabe-se que o Direito é uma das ciências que serve ao desenvolvimento da sociedade e para minimizar os problemas decorrentes da evolução social. Percebe-se, assim, o Direito como Ciência prática e volvida para encaminhar, juntamente com as demais ciências, as soluções necessárias para a resolução dos problemas jurídicos, econômicos, culturais e sociais que afligem a sociedade. Como destaca Luiz Edson Fachin, o Direito não pode ser somente isso que está aí, mas sim uma síntese de múltiplas determinações e de conquistas sociais, sempre almejando saber “para que serve e a quem serve o Direito”.⁴¹

O Direito contemporâneo não pode ser o resultado daquilo que a classe dominante prega como melhor, correto e justo. Deve aquele promover efetivamente a dignidade da pessoa humana, a cidadania material, a igualdade substancial, os valores sociais, econômicos, ambientais, a democracia, a fim de que a sociedade seja justa, solidária, tolerante com as diferenças e que seus cidadãos sejam realmente emancipados intelectualmente e não objetos de manobras alienantes por quem detém o poder, principalmente em uma relação contratual, meio de realização da ordem econômica⁴² e de síntese de direitos fundamentais.

Nessa linha, os institutos civis devem ser interpretados de acordo com os reclamos da sociedade contemporânea, que, para alguns seria por meio da metodologia civil constitucional, também chamada de direito civil constitucional. A gênese do “direito civil constitucional” fundamenta a ideia da incidência da Constituição no Direito Civil, tema recorrente, segundo Perlingieri, em países com novas constituições após a 2ª Guerra Mundial. O conceito de direito civil constitucional comporta uma análise inicial do exame da Constituição como norma jurídica além de política, abandonando o seu tradicional caráter programático, atribuindo-a eficácia direta e imediata e supremacia no ordenamento jurídico, com a norma constitucional assumindo uma função promotora de transformação das instituições tradicionais do direito civil. Examina-se se a pessoa em si considerada – sujeita de um patrimônio e membro de uma família – aparece dotada na Constituição, sendo a norma constitucional a infra-estrutura do direito civil.⁴³

Luiz Edson Fachin alude que não realizar a leitura hermenêutica dos institutos privados “à luz da Constituição de 1988 é fazer trabalho lacunoso, sem o rigor jurídico-científico assaz necessário aos juristas”,⁴⁴ a salientar a afirmação de Paolo Grossi de que o jurista autêntico é aquele “immerso nel suo tempo

³⁸Veja sobre a Teoria Impura do Direito em LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, 2004, Ediciones Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia.

³⁹COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7–8.

⁴⁰IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 15.ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008, p. 113-115.

⁴¹FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11–20.

⁴²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral.*, p. 57.

⁴³Veja FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid, 1986, p. 13, 17-20.

⁴⁴FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Juruá: Curitiba, 2009, p. 17-32, p. 22-23.

senza restarne prigionero”.⁴⁵ Saliente-se que, não obstante o movimento de constitucionalização do direito civil tenha se iniciado no direito italiano, com Pietro Perlingieri como seu maior formulador, a produção científica no Brasil é autêntica, ampla e rica.⁴⁶

Virgílio Afonso da Silva nega a criação de um direito civil constitucional, porque as normas de direito civil não deixam de ser de direito civil por estarem no texto constitucional, bem como se equivoca quem pensa que parte do direito civil esteja completamente imune às influências da normativa constitucional, pois todo o direito civil recebe a mencionada influência, a perder o sentido da referida expressão direito civil constitucional, “a não ser que a expressão direito civil, sem qualificativos, seja abandonada, por deixar de fazer sentido”.⁴⁷ Frise-se que não existe, por exemplo, Direito civil constitucional diferente do Direito civil, mas a expressão civil constitucional, administrativo constitucional etc. serve para destacar e para qualificar a leitura feita do ‘ramo’ jurídico a partir da Constituição. É método e significado na construção do novo Direito Civil,⁴⁸ transformado pela axiologia constitucional.⁴⁹ Além do mais, não há disputa de espaço entre a normativa supra-nacional e a legislação de cada país, da normativa constitucional com a legislação infraconstitucional, mas o compartilhamento de regramentos, de princípios, de valores e de experiências culturais. Certas vezes, importa realçar uma expressão para que não se corra o risco de se analisar determinado instituto de forma equivocada, mormente diante da aversão da maioria dos juristas e operadores do direito à quebra e à modificação de paradigmas existentes.

Isso rompe a arquitetura jurídica tradicional, diante da perspectiva renovada de uma leitura do Direito estribada na normativa constitucional, a qual, entendimento de Luiz Edson Fachin, não se limita ao texto expresso, já que se almeja um direito além da circunscrição codificada, da legislação especial e da extravagante, apreendidos e iluminados pelos princípios constitucionais.⁵⁰ Afasta-se a interpretação jurídica da simples revelação do texto de lei, que possui significado potencial e deve ser complementado pela atividade do intérprete na produção da norma.⁵¹ Ressalta Gadamer que “a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo” –⁵² a fim de compreender e de realizar o Direito de acordo com a época e com o contexto cultural da sociedade, visto que a interpretação não é atemporal.

Antônio Manuel Hespanha precisa o momento de mudança com a seguinte assertiva: “(...) por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade de sentido”,⁵³ a talhar uma novel perspectiva de exame dos pilares do Direito, v.g., o contrato – interpretado sob o influxo das alterações procedidas pela sociedade contemporânea. O repto do jurista na

⁴⁵GROSSI, Paolo. *Nobiltà del diritto: profili di giuristi*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 739.

⁴⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 21-36, p. 26.

⁴⁷AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 171–172.

⁴⁸Veja sobre as configurações espaço-temporais (existência, validade e eficácia) e as dimensões (formais, substanciais e prospectivas) do Direito civil constitucional FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 14–20.

⁴⁹Veja MORAES, Maria Cecília Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Instituto de direito civil. Disponível em <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em: 30 de out.2008.

⁵⁰FACHIN, Luiz Edson. *O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional*. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Angélica. *Revista autônoma de direito privado*. Curitiba, n. 1, p. 161-178, out/dez. 2006, p. 176.

⁵¹AMARAL, Francisco. *O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil (Coords). Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 1-24, p. 15, 16, 19, 20 e 22; NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1, p. 13–20.

⁵²GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada 3.ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006.

⁵³HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 19.

contemporaneidade é construir um futuro sem ser a sombra do que passou, por meio da “reconstitucionalização” do Direito,⁵⁴ mormente o civil, dado que o Direito preocupa-se com a tutela dos centros de interesses juridicamente relevantes, protegidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da formal, da cidadania formal e da material e da solidariedade constitucional, a fim de saber para que serve e a quem serve o Direito.⁵⁵

Nesse passo, qualquer tipo de instituto jurídico se submete à normativa constitucional, o que minora a fratura entre a realidade social e a legislação posta, sendo certo que o Direito Civil constitucionalizado concretiza os valores sociais efetivos.⁵⁶

Diversos são os exemplos da influência constitucional no direito civil e no do consumidor, a saber, a situação jurídica proprietária não vista como um direito individual de característica absoluta, mas plural e vinculada à função social e à ambiental; as famílias deixam de ter hierarquia, se igualam no plano interno e se pluralizam na origem – casamento, famílias simultâneas ou redes familiares, famílias gestadas do poli-amor, união estável, uniões homoafetivas, anaprental, eudemonista, monoparental; as relações contratuais sofrem intervenções estatais voltadas para os interesses de categorias específicas como o consumidor, o idoso, a criança e o adolescente, como também se amplificam as hipóteses de incumprimento obrigacional ou de cumprimento defeituoso; desloca-se o eixo da responsabilidade civil para o direito de danos com a perspectiva analisada a partir do dano sofrido pela vítima e não pela conduta do ofensor. Busca-se, com isso, a justiça socioambiental.

A Constituição Federal de 1988 detém dez passagens sobre direitos da personalidade, quatorze sobre direito de família, nove sobre direito contratual, doze sobre responsabilidade civil, trinta acerca da situação jurídica proprietária, duas sobre direito sucessório, cinco sobre pessoas jurídicas não-empresárias, afora as situações atinentes ao direito do consumidor, ao direito do trabalho, ao direito ambiental e ao direito empresarial.⁵⁸

Outra crítica que se faz à constitucionalização do direito civil é a de o fenômeno ter surgido como um contraponto aos Códigos Civis oitocentistas, todavia viu-se uma revisão (p. ex. BGB, em 2002) e o surgimento de novos códigos no mundo, por exemplo o da Hungria em 1959 e o do Brasil em 2002, sendo o Código Civil “lei básica, mas não global, do nosso direito privado”, como apõe o art. 1º do Código Civil brasileiro de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁵⁹ redação praticamente igual a do art. 2º do Código Civil de 1916 – “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. À vista disso, Francisco Amaral afirma que o referido artigo se estabelece “como âmbito prioritário de eficácia de direitos, pretensões e ações de natureza civil, o que deve levar ao refluxo a ideia de interpenetração supra mencionada do direito civil com o constitucional, nos termos formulados”.⁶⁰

⁵⁴FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 14.

⁵⁵FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro., p. 20.

⁵⁶LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 253.

⁵⁷Veja PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 582–589; FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico–doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil–constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12–17; MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil–constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29–41, p. 29–38; FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós–1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262–281; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1–15.

⁵⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil., p. 20.

⁵⁹AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 191-192

⁶⁰AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução., p. 192.

Esse entendimento aponta que o Código Civil está submetido à Constituição e não deve conter regras inconstitucionais, o que não ocorre na realidade, como, por exemplo, se extrai do art. 1.641, II do CC, que impõe ao maior de sessenta anos a obrigatoriedade do casamento sob o regime da separação obrigatória de bens, em homenagem a uma pseudo prevenção patrimonial, quando, na realidade, afasta-se do caso concreto e ofende o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, entre outros,⁶¹ a afastar a argumentação aduzida pelo Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, até porque o artigo que apóia a sua premissa é praticamente idêntico ao do CC/16, que reconhecidamente é ultrapassado, como reconhecido pelo próprio Francisco Amaral em sua obra.⁶²

Mantém-se o entendimento de que os problemas sociais não podem ser resolvidos exclusivamente pelo Direito, o que viceja a transdisciplinariedade desta ciência prática com as demais ciências existentes, em razão de a sociedade ser plural e não monolítica. A constitucionalização é um dos caminhos para a realização justa do Direito, sem olvidar que muitas questões jurídicas estão submetidas à arbitragem (v.g. resolução de diversos contratos particulares), a sobrelevar a importância de conscientização dos árbitros para essa pluralidade metodológica, das formas de expressão do Direito e da própria sociedade.

O Código Civil de 2002 e a Constituição continuam interligados, cuja aplicação do primeiro demanda cuidados, “para que o núcleo normativo da Constituição sobre direito civil se expresse com vigor”, de acordo com Paulo Lôbo.⁶³

A única situação que não pode acontecer é a dos intérpretes não se atentarem para esses fatores e arrumarem, segundo Sérgio Staut, uma “vestimenta nova para um corpo em decomposição”. Noutros termos, querer resolver as questões jurídicas com soluções universais, abstratas e vistas a partir de um só prisma.⁶⁴ Cada decisão é parte para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, congregadora dos interesses de todos e não somente dos mais afortunados (CF/88, art. 3º). Alude Paulo Lôbo que a “certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe –à durabilidade pela pertinência com as mutações sociais”,⁶⁵ tornando-se precisa a frase de Carlos Rêgo: “Que as lanternas do direito civil–constitucional permaneçam acesas. Para sempre”.⁶⁶

A perspectiva civil constitucional, portanto, abarca os direitos individuais (aqueles que tutelam a autonomia privada da pessoa humana ou jurídica, para que haja com liberdade e não sofra a interferência indevida do Estado ou de terceiro) e os direitos coletivos (direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito e, por ficção legal, os individuais homogêneos), como se extrai do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, com a normativa constitucional vinculando integralmente toda a comunidade social. Frise-se que muitos desses direitos podem ser considerados fundamentais – “direitos que tutelam, no plano global ou no plano interno, de forma direta ou até reflexa, a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana”, como aludido por Gregório Assagra.⁶⁷

⁶¹Veja sobre o exemplo de inconstitucionalidade em FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALVES, Vivian de Assis. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João batista Amorim de Vilhena (Coord.). Família e Sucessões: reflexões atuais. Curitiba: Juruá Editora, 2009, v. 1, p. 333-353. Veja uma crítica acurada ao Código Civil de 2002 em BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução crítica ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1–14.

⁶²AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução., p. 191.

⁶³LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral., p. 43

⁶⁴STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 267–288.

⁶⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral., p. 43.

⁶⁶FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós–1988 e do constitucionalismo hoje., p. 281.

⁶⁷ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 603.

Menelick de Carvalho Neto⁶⁸ alude que não existe um só direito que seja individual e que não tenha repercussão social e nenhum direito coletivo que não atinja a esfera íntima do cidadão, a tornar somente didática uma possível nova dicotomia individual e coletivo, como propugnada Gregório Assagra.⁶⁹

Não obstante a mencionada discussão, os direitos individuais e os coletivos são solapados pela globalização, já que a sua teoria econômica neoliberal fomenta “a propriedade privada, a grande corporação, o mercado livre de restrições políticas, sociais ou culturais, a tecnificação crescente e generalizada dos processos de trabalho e produção, produtividade e a lucratividade”, como destacado por Ianni.⁷⁰

Analizados os efeitos da globalização na sociedade, no Estado e a metodologia civil constitucional, como se tutelam os direitos individuais e coletivos no âmbito contratual, tendo em vista ser o contrato uma síntese dessas realidades?

3. A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL DO CONTRATO COMO CONTRAPONTO AOS EFEITOS DELETÉRIOS DA GLOBALIZAÇÃO

Por conta desses fatos retratados nos tópicos anteriores, os contratos ganham relevo de há muito, chegando ao ponto de Jorge Mosset Iturraspe, em sua obra Teoria general del contrato, apontar que nas economias liberais todas as pessoas estão no âmbito de uma relação contratual, mesmo as que não possuem bens materiais. Lembre-se a lição de Orlando Gomes,⁷¹ que prega serem os contratos conteúdo (plexo de direitos e deveres para as partes e para terceiros) e eficácia (atividade produtora de uma relação jurídica que gera efeitos para as partes e para terceiros).

Uma maneira de mitigar os efeitos da globalização econômica é a utilização pelo intérprete das três dimensões (formal, material e prospectiva) da constitucionalização do Direito, explicadas por Fachin:

“É possível encetar pela dimensão formal, como se explica. A Constituição Federal brasileira de 1988 ao ser apreendida tão só em tal horizonte se reduz ao texto positivado, sem embargo do relevo, por certo, do qual se reveste o discurso jurídico normativo positivado. É de grau primeiro, elementar regramento proeminente, necessário, mas insuficiente.

Sobreleva ponderar, então, a estatura substancial que se encontra acima das normas positivadas, bem assim dos princípios expressos que podem, eventualmente, atuar como regras para além de serem mandados de otimização. Complementa e suplementa o norte formal anteriormente referido, indo adiante até a aptidão de inserir no sentido da constitucionalização os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. São esses dois primeiros patamares, entre si conjugados, o âmbito compreensivo da percepção intrassistemática do ordenamento.

*Não obstante, o desafio é apreender extrassistematicamente o sentido de possibilidade da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da resignificação dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito”.*⁷²

⁶⁸NETO, Menelick de Carvalho. Os direitos fundamentais e a crise institucional do Distrito Federal. Palestra proferida na Faculdade Processus do Distrito Federal em 22 de fevereiro de 2010.

⁶⁹ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 603.

⁷⁰IANNI, Octavio. A era do globalismo. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 263-264.

⁷¹GOMES, Orlando. Contratos. 26.ed. atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14-15.

A concepção constitucionalizada e prospectiva do Direito combate os efeitos da globalização econômica, a fim de gerar mais igualdade, cidadania e solidariedade substancial a todos, mormente na defesa de seus dos interesses individuais e sociais, que estão conformados por toda principiologia lastreada em um ordenamento jurídico.

Destaca Paulo Lôbo que a desconsideração dos direitos nacionais, tendo em vista a globalização econômica, ocorre pela aposição massificada de condições gerais contratuais, cuja força é semelhante a de lei, por as características destas condições serem “a generalidade, a abstração, a uniformidade e a inalterabilidade”. Dessa maneira, as referidas condições incidem sobre todos os destinatários; são padronizadas para os tipos de serviços que açambarcam, assim como são predispostas abstratamente para situações futuras e inalteráveis por quem a elas adere. Essas condições gerais são utilizadas no mundo inteiro.⁷³

Dessa maneira, surgem os seguintes questionamentos na contemporaneidade: o que é contrato? quais são as suas funções? existe diferença entre o contrato civil e os outros contratos? há um conjunto principiológico supracontratual que transita, a partir da teoria dos contratos, tanto no ramo cível como nos outros?

Nesse passo, os pactos podem expressar o querer de quem detém o poder na mencionada relação jurídica e gerar desequilíbrios entre as partes, mormente em uma sociedade em que os seres humanos não são cercados por seres humanos, e sim por objetos – sociedade de hiperconsumo e tempos de consumismo. Certo é que os contratos não podem ser máquinas de alienação de seus protagonistas nem instrumentos de dominação do futuro pelas partes, como se pregava no período liberal. Avulta dessa afirmação a importância dos contratos na sociedade contemporânea, da sua principiologia e dos deveres inerentes aos pactos, porque estes podem ser meios de inclusão e de exclusão social.

Pensa-se que uma adequada leitura da atividade contratual no século XXI poderá evitar que os obstáculos legislativos, a distribuição assimétrica de riquezas, a apropriação desfuncionalizada das titularidades e que a intervenção estatal a favor dos interesses dominantes e mercadológicos se mantenham na sociedade atual, o que exigirá estudo profundo e sério do intérprete, bem como uma postura pró-ativa deste na concreção do Direito justo ao caso concreto, mesmo que seja contra legem.

Ressalte-se, contudo, que esse não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em muitos casos, como o descrito no Enunciado 381 – “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” Este enunciado absorve de forma clara a ideologia global e neoliberal e despreza as dimensões civis constitucionais atinentes aos contratos. Como se sabe, os contratos bancários são um manancial de abusividades e de injustiças em relação às partes aderentes, contrariamente ao posto nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, qual é a razão de o aludido tribunal editar enunciado com tal conteúdo e que viola frontalmente a principiologia contratual, civil, consumerista e constitucional?

Os contratantes, por conseguinte, devem ter um comportamento ético e solidário que, num passado próximo, não se buscava, uma vez que o primacial era a segurança dos pactos, consistente no seu cumprimento, independentemente da análise da essência de qualquer contrato, que é a ideia de comutatividade (equilíbrio nos direitos e deveres das partes), também porque é direta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, inclusive nas contratuais.

Por isso, utiliza-se uma ideia conceitual⁷⁴ contemporânea de contrato, construída a partir de uma perspectiva civil constitucional e pós-positivista, aduzindo para uma atividade que conjuga objetivamente interesses materiais e/ou existenciais para o atingimento de um fim pelos contratantes, cuja autonomia privada molda-se à observância dos deveres contratuais gerais (função social, função ambiental, boa-fé,

⁷²FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-15, p. 12-13.

⁷³LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral., p. 63.

⁷⁴Veja sobre o conceito contemporâneo de contrato em NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

equivalência material, solidariedade, confiança, informação, equidade/justiça e cooperação), haja vista a produção de efeitos jurídicos do pacto perante terceiros, de forma direta ou indireta.⁷⁵

Os deveres contratuais gerais são multifacetários, essenciais, conformam a atividade contratual, são mais importantes que a obrigação principal e que o dever principal, não estão atrelados ao adimplemento, mas o vincula, podem ser demandados autonomamente, detêm eficácia erga omnes e interpartes e fortalecem viés filosófico do paradigma judicativo decisório, do inferencialismo e da argumentação, já que somente as peculiaridades do caso concreto ensejarão a real e a efetiva observância dos seus postulados.

Isso porque se constrói uma nova categoria jurídica, um gênero em que se agrupam pela afinidade de conceitos e de funções, direitos fundamentais (alguns deles) normas, cláusulas gerais, tratados, costumes, conceitos jurídicos indeterminados, conceitos determinados pela função, direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições, direito potestativo funcionalizado – cooperação impositiva – apostos nesta categoria denominada deveres contratuais gerais. Estes refletem e plasam os contratos ao modo e feição da axiologia constitucional e infraconstitucional, mormente diante da sociedade transmoderna em que vivemos.

O dever contratual da solidariedade consagra a mútua relação entre os sujeitos concretos e a coletividade, em que se repartem responsabilidades para que se atinja o horizonte ético e coletivo traçado pela Constituição Federal para os contratos, a efetivar o valor fundamental do bem comum, incluindo-se a possibilidade de conteúdo contratual de natureza não-material, mas com economicidade (Código Civil italiano, art. 1174 e Projeto Preliminar de Código Europeu dos Contratos, art. 26), o que torna o conteúdo contratual útil para a sociedade. Não se confunde com a solidariedade obrigacional ou com aquela atinente ao dever de reparar.

O dever contratual geral da cooperação surgiu com a mudança de concepção da obrigação que passou de estática e desfuncionalizada para uma percepção complexa, unitária e de cooperação entre os seus integrantes e terceiros, que não poderão prejudicar, mas sim facilitar o adimplemento contratual, mormente em uma fase em que existem em quantidade diminuta no seio social.

Do dever de colaboração passa-se para o dever contratual geral de confiança (criação legítima de expectativas em outrem), pois esta esteia a atividade contratual justa e coíbe o abuso de direito, já que ela rege a atividade contratual de forma integral, inclusive podendo ser causa (tutela da confiança) ou efeito (responsabilidade por quebra do dever de confiança) de uma atividade contratual.

A funcionalização social e ambiental do contrato não se confunde com a solidariedade contratual, porque as aludidas funções detêm a finalidade de promover o ser humano no âmbito social (perfil da função social) em relação ao meio ambiente (fio da função ambiental, visto que o meio ambiente equilibrado é direito fundamental da humanidade).

O dever contratual geral da função social conjuga o interesse das partes com o da sociedade, sem destruir os interesses individuais, tendo em vista o papel desempenhado pelos contratos na sociedade, mormente no que se refere aos efeitos externos diretos e indiretos produzidos perante terceiros e internos relativos aos contratantes. Esse dever lapida e não limita a autonomia privada dos contratantes.

O dever contratual geral da função ambiental condiciona o contrato e as partes, ao conformar a autonomia privada à preservação e conservação do meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações, a atender o art. 225 da CF/88 e a promover a cidadania e a justiça ambientais.

O dever contratual geral da equivalência material traduz o valor igualdade, que, por sua vez, remonta à concretização da justiça, da segurança no direito e do bem comum, ao reconhecer as igualdades e as desigualdades hauridas do caso concreto, cujo resultado equânime será extraído da adequação de ambas as situações, no que toca à equivalência de direitos e deveres.

A boa-fé é dever contratual geral que moraliza o contrato, já que devem as partes agir com honestidade, lealdade (Enunciado CJF 26), lisura, probidade nas fases contratuais, sem que uma das partes obtenha

⁷⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Juruá: Curitiba. Trabalho no prelo e com previsão de publicação para 2010.

na com o pacto vantagens desmedidas, respeitando-se a legítima expectativa dos contratantes, mesmo que não haja previsão legal ou contratual.

A imbricação da intenção com a conduta de forma intensa e inseparável tornam desnecessária as divisões procedidas pela doutrina em relação à boa-fé, já que o termo boa-fé ou boa-fé conglobante abarcaria todas as espécies relatadas.

A boa-fé conglobante na desmerece a intenção e a conduta, porque além de uni-las, preocupa-se com as expectativas geradas pelas partes entre si e perante terceiros. Importa é a relação intersubjetiva e não a análise da conduta e/ou da intenção de maneira fragmentada.

Passa-se do voluntarismo para a objetivação das expectativas e não das condutas ou das intenções. Faz-se um paralelo com a mudança da responsabilidade civil, cujo critério de valoração da determinação da responsabilidade é a culpa (subjéctiva) ou o risco (objetiva), para o direito de danos, em que o critério de valoração da responsabilidade é o dano sofrido ou a sofrer por parte da vítima. Diante disso, o intérprete se preocupará, ao analisar a boa-fé conglobante no caso concreto, com as expectativas geradas e não cumpridas ou realizadas de maneira defeituosa.

O dever contratual geral da informação leva o fornecedor em qualquer relação jurídica a informar o contratante sobre as características do serviço ou do bem oferecido, bem como acerca do conteúdo do contrato, a fim de que quem contrate apreenda efetivamente o pacto.

A justiça como dever contratual geral abarca a relação intersubjetiva dos contratantes, eliminando os excessos comportamentais, econômicos e jurídicos, bem como destes com a sociedade no momento em que obsta qualquer ato ou atividade de terceiros que prejudiquem a execução do pacto. Dessa forma, o dever contratual geral de justiça não se confunde com o da equivalência material, já que abarca toda a atividade dos contratantes e não se restringe, como o dever de equivalência, à justeza das prestações.

Torna-se imprescindível ao estudioso das relações contratuais conjugar essas nuances teóricas com a prática cotidiana, a fim de que se construa diariamente um direito contratual real, efetivo e concreto, distante do contrato concebido de forma contemplativa, abstrata, opressora e irreal, sobretudo em uma época de hiperconsumo, de necessidade de contratar, e não mais de vontade de contratar, sendo a maioria dos pactos realizada por adesão às condições gerais, impostas unilateralmente por uma das partes.

A concretização dos direitos fundamentais, destarte, perpassa a necessária leitura civil constitucional dos institutos jurídicos,⁷⁶ que submete a interpretação destes aos valores e aos princípios constitucionais, com o objetivo de minorar a distância entre o Direito posto e a realidade social e que abarca as relações contratuais e os seus múltiplos efeitos.

Com isso, busca-se a utopia de realização justa do Direito e de uma sociedade solidária, sem que haja exclusões inclusivas, com o coletivo domesticando o individual e tornando-se mais individual do que o próprio individual, sendo factível se pensar as utopias. Isso porque o Direito torna-se um mito, se não tivermos por utopia a concreção da realidade, mormente diante dos efeitos deletérios globalização econômica e da importância dos contratos para a sociedade contemporânea, até porque, como aponta Stephany Griffith-Jones, baseada em Joseph Stiglitz, “a mão do mercado é invisível porque ela simplesmente não existe”,⁷⁷ no que tange à correta regulação dos interesses sociais.

4. REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. Constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil (Coords). Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 1-24.
- AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito pú-

⁷⁶FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷⁷GRIFFITH-JONES, Stephany. O mercado e a barata., p. 48.

- blico e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução crítica ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1–14.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BENJAMIN, Walter. Teses sobre a filosofia da história. In: KOTHE, Flávio R. (org). Walter Benjamin (col. Grandes cientistas sociais, v. 50). 2.ed. São Paulo: Ática, p. 153-164.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CHOMSKY, Noan. Ou o lucro ou as pessoas. 5.ed. trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- DUPAS, Gilberto. Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. O seqüestro da sociedade. Jornal Gazeta do Povo. Opinião do dia. Curitiba, p. 2, ano 90, edição 28.780, 22 de agosto de 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11–20.
- FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (Coords.). Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Juruá: Curitiba, 2009, p. 17-32.
- FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Angélica. Revista autônoma de direito privado. Curitiba, n. 1, p. 161-178, out/dez. 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico–doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil–constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12–17.
- FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-15.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rumos cruzados do direito civil pós–1988 e do constitucionalismo hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262–281.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. El derecho civil constitucional. Madrid, 1986.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. Revista SEQUÊNCIA, n. 30, Edusc, 1995, p. 100-107.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALVES, Vivian de Assis. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João batista Amorim de Vilhena (Coord.). Família e Sucessões: reflexões atuais. Curitiba: Juruá Editora, 2009, v. 1, p. 333-353.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Juruá: Curitiba. Trabalho no prelo e com previsão de publicação para 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada 3.ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006.

- GOMES, Orlando. Contratos. 26.ed. atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GRIFFITH-JONES, Stephany. O mercado e a barata. Carta Capital. 24 de fevereiro de 2010 – Ano XV – n. 584, p. 48-50.
- GROSSI, Paolo. Nobilità del diritto: profili di giuristi. Milano: Giuffrè, 2008.
- HELD, David. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. Revista Lua Nova, n. 23, março de 1991, p. 165-166.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.
- IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 15.ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008.
- IANNI, Octavio. A era do globalismo. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- KUMAR, Krishan. Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político – jurídico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). Leituras complementares de direito civil. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 21-36.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá, 2004, Ediciones Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.
- MORAES, Maria Cecília Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Instituto de direito civil. Disponível em <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em: 30 de out.2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29-41.
- NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- NETO, Menelick de Carvalho. Os direitos fundamentais e a crise institucional do Distrito Federal. Palestra proferida na Faculdade Processus do Distrito Federal em 22 de fevereiro de 2010.
- NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- SARKOZY, Nicolai. Por um novo capitalismo. O Globo, ano LXXXIV, n. 27.464, de 16 de outubro de 2008, p. 21.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Poder e Contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, v.2, p. 267-288.
- VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.