

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA

FACULDADE DE DIREITO CURITIBA

GABRIELA MELISSA LAUREANTI

**A PRINCIPIOLOGIA FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS APLICADA
À REVISÃO CONTRATUAL**

CURITIBA

2018

GABRIELA MELISSA LAUREANTI

**A PRINCIPIOLOGIA FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS APLICADA
À REVISÃO CONTRATUAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito do Centro Universitário Curitiba.

Orientadora: Prof^a Dr^a Karla Pinhel Ribeiro

CURITIBA

2018

GABRIELA MELISSA LAUREANTI

**A PRINCIPIOLOGIA FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS APLICADA
À REVISÃO CONTRATUAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientadora: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de novembro de 2018.

A minha mãe VERA, por toda ajuda sempre prestada.

Ao meu pai SALVATORE, eternamente lembrado.

A todos meus professores que sempre me auxiliaram,

A BRIU, FRAN, LAU, LHO, MARIO, TIA CLEUSA.

E ao meu amorzinho JOSÉ CARLOS.

AGRADECIMENTOS

Um caminho não se trilha sozinho. Para se conquistar um sonho, são necessárias lutas. Essas que, além do próprio esforço de quem as constrói, são corroboradas por outros.

Familiares, professores, amigos, estranhos que nos estendem as mãos. Agradeço à professora Karla pelos ensinamentos que me fizeram alcançar este trabalho.

Agradeço ao professor Eros, pelo ilustre livro Da revisão dos contratos, que me auxiliou na produção desta monografia, servindo como fonte de inspiração. Um eterno
obrigada a todos!

“É loucura odiar todas as rosas porque uma te espetou”.

O Pequeno Príncipe de **Antoine de Saint-Exupéry**

RESUMO

Este trabalho pretende apresentar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e verificar sua aplicabilidade ao campo das revisões contratuais, principalmente ao instituto da revisão. Para isso, usou-se os autores contemporâneos, John Rawls e David Gauthier. Buscando também a fundamentação teórica e histórica com John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques- Rousseau. E, por fim, fez-se uma análise dos contratos à luz dos princípios fundamentais do direito, trazendo uma resposta a aplicabilidade dos princípios para sua elaboração, quanto *a posteriori*, em sua revisão.

Palavras chave: Hermenêutica. Princípios Fundamentais. Liberdade. Pós positivismo. Justiça.

Abstract

This work is intended to present the basic principles of the democratic state of law and check its use in the field of contractual amendment, mainly at the amendment institute. Modern authors such John Rawls and David Gauthier were the main inspirations for that. The historic and theoretical basis were found among the ideas of John Locke, Thomas Hobbes and Jean-Jacques-Rousseau. Lastly, an analysis of the contracts based on the basic principles of law was made, bringing an after - answer to the use of the principles for its elaboration in the amendment.

Key words: Basic Principles. Freedom. Post-Positivism. Hermeneutics. Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DOS PRINCÍPIOS	12
1	CONCEITO, APLICABILIDADE E DISTINÇÕES	12
2	O PRINCÍPIO DA LIBERDADE - O INÍCIO DE QUALQUER NEGÓCIO	18
3	LOCKE - A TRÍPEDE DOS DIREITOS CONTRATUAIS	23
4	A LIBERDADE EM SANTO AGOSTINHO E EMMANUEL KANT E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA	25
5	DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA VISÃO ROUSSEAUNIANA	27
3	O CONTRATUALISMO CONTEMPORÂNEO	31
3.1	O CONTRATUALISMO CONTEMPORÂNEO: OS PARADIGMAS DE UMA RELAÇÃO JUSTA	31
4	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
1	DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>VERSUS</i> DEMOCRACIA – UM PARALELO ENTRE A FILOSOFIA MODERNA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA	37
2	DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE	39
3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	41
4	CLÁUSULAS PÉTREAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
5	O MODELO DE ESTADO E SUA INFLUÊNCIA NO ÂMBITO PARTICULAR	45
5	O DIREITO FUNDAMENTAL À REVISÃO CONTRATUAL	50
1	OBRIGAÇÃO NO SENTIDO CLÁSSICO	50
2	AS IMPOSSIBILIDADES QUANTO A PRESTAÇÃO DA OBRIGAÇÃO	51
3	A TEORIA DA IMPREVISÃO : TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E A TEORIA DA BASE NEGOCIAL	53
4	A CRISE DOS CONTRATOS	55

5 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	56
6.0 CONCLUSÃO	58

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história, os intelectuais se indagavam sobre a origem das coisas. Buscavam explicações acerca daquilo que para eles era relevante. Assim, ao longo do tempo, a fundamentação dos bens o qual o homem mais valorizou, sofreu alterações. No entanto, sua essência continuou a mesma. Bens tais como sua liberdade, vida e a luta pelo reconhecimento da isonomia entre uns com os outros, foram estudados por pensadores de diversas partes do mundo, durante milênio- a este trabalho abordará-se o aspecto da igualdade formal, apenas.

O respeito e a valorização destes bens, se elevaram ao patamar do direito, o qual com o objetivo de resguardá-los, transcreveram-nos a Códigos e leis esparsas. Assim, ultrapassados os entendimentos jusnaturais que justificaram sua origem, através de explicações sobrenaturais, adveio a era positivista. Em que, em meio a modernidade e com influências de Emmanuel Kant, em especial, fundamentou de maneira racional a conduta humana. Conduta esta que estaria envolta a um certo tipo de liberdade. Liberdade que também existira na Idade Média, com os ideais cristãos. Contudo, sob uma ideologia diferenciada à moderna e posteriormente à contemporânea.

Logo, a liberdade, propulsora das possibilidades de modificação do comportamento humano, também teve seu resguardo sob o viés positivista. Porém, a ciência do direito traçava sob novas perspectivas. Deu-se espaço para que, além reconhecimento da existência de leis naturais, as leis positivadas e outros elementos pudessem compor seus institutos. Passou-se a compreender o direito como um conjunto entre regras e princípios. Assim, frente a casos de difícil solução, os quais a lei por si só não traria uma resposta adequada, elencou-se os princípios para trazer maior efetividade ao direito.

Ademais, em face a economia mundial, a ascensão da industrialização, a expansão do comércio marítimo e novas formas de transações, resultando no apogeu do capitalismo, trouxeram ao direito uma necessidade de proteção a essas relações. Visto o acelerado ritmo de troca de informações, as possibilidades de se fazer um negócio e posteriormente deseja-lo alterá-lo. Seja para extingui-lo integralmente, visto uma melhor oferta, ou para modifica-lo parcialmente, visto novas

condições para executá-lo , a exemplo, a ciência jurídica coube a proteção dos bens envolvidos nestas transações como aos direitos. Desse modo, a partir dessa contextualização e de um viés pós positivista, o tema principiologia fundamental das relações negociais aplicada a revisão contratual será abordada.

-

2.0 DOS PRINCÍPIOS

Neste capítulo será feita uma análise e um estudo sobre os principais princípios norteadores dos contratos e de sua possível alteração, a partir de uma visão filosófica.

2.1 Conceito, aplicabilidade e distinções

Ao se falar em princípios, inicialmente, deve-se ter noções rudimentares a seu respeito. Como por exemplo o seu conceito. Conceituar segundo o dicionário Michaelis seria atribuir qualidades ou ainda emitir juízo a algo. Também poderia ser a emissão de ideia a respeito de algo o qual se mantém uniforme a sua semântica. Portanto, o conceito deve ser algo único a todos os doutrinadores. No entanto, aos princípios não se pode obter uma única conceituação. Visto que para os jusdoutrinadores, ele representa um entendimento diverso dos positivistas. Ainda, para a comunidade externa ao direito, poderá se ter ainda uma outra premissa. Como a deste trecho, retirado de um site aleatório da internet, a definição de princípio foi “são preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar”¹. Também,

[...] Amor, felicidade, liberdade, paz e plenitude são exemplos de **princípios** considerados universais. Como cidadãos – pessoas e profissionais –, esses **princípios fazem parte da nossa existência** e durante uma vida estaremos lutando para torná-los inabaláveis. Temos direito a todos eles [...]²

De toda maneira, é possível verificar que, até os não acadêmicos do direito reconhece- no como expressivo vocábulo o qual acreditam ser: universal, logo creem que a todos deve abranger indistintamente. Indicador de regras, os

¹ MENDES, Jerônimo. Princípios, valores e virtudes. 13, jan.2015. Disponível em < <http://www.jeronimomendes.com.br/principios-valores-e-virtudes/>>

² Id.

princípios são geradores de normas e que, portanto, preexistem a elas. Como cidadãos, especificou tanto na área seja qual for ela, profissional ou não, um conjunto de valores os quais rotinamente passam por nós. E finalmente possuímos direito a eles, somos dignos a gozar de tais preceitos.

Um outro entendimento, é o de Luíz Díez Picazo, renomado jurista espanhol. O qual pressupõe serem a partir dos princípios “onde designam as verdades primeiras”³. Também relata serem “premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*”⁴. Ainda relata serem verdades objetivas, as quais pertencem ao mundo do dever ser, possuindo assim vigência, validade e eficácia.

Já na obra de F. de Clemente, inspirado por Uger, como relata Paulo Bonavides, a ideia de princípio seria ‘o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um direito positivo’⁵.

Para Paulo Bonavides, Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.⁶

Desse modo, mostra-se mais uma vez, a relevância do estudo deste tema e sua contribuição para o campo jurídico.

Ainda, em 1956 a Corte Constitucional Italiana, formulara, através de uma sentença, o que se entendia, a época e contextualização sobre:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter

³ PICAZI, 1983 apud. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

⁴ Id.

⁵ CLEMENTE apud. BONAVIDES, 2002.p. 229.

⁶ PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2001.p. 2001.

geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.⁷

Na corrente jusnatural, mais precisamente a de John Locke, instigou-se a sua origem para com a as leis naturais. Para ele, elas coexistiriam ao mesmo tempo. Assim como mesmo atestou ‘existe uma fonte de obrigações diferentes das fontes da lei positiva’⁸. Portanto, seria legítima a sua existência.⁹

Aduziu também em sua obra, as distinções das obrigações impostas tanto pelos princípios quanto pela lei. Primeiramente referiu-se que a lei natural, entendida como os princípios, derivariam diretamente de um poder celestial, e não de um poder delegado. Explicitou que ‘ a lei natural conteria tudo que fosse necessário para tornar uma lei condicionada a uma pena’, ‘se a lei natural não obrigasse, também não seria obrigatória a lei positiva divina – que tem o mesmo fundamento de obrigatoriedade, diferindo só com respeito ao procedimento de promulgação e ao modo como conhecemos’¹⁰; ‘ se a lei natural não obrigasse, a própria lei positiva humana não existiria, no sentido de que não obrigaria pela consciência, mas só pelo medo da penalidade’. Logo, resta evidente de que a lei expressa é uma derivação do jusnatural. No entanto, por quais motivos aparentes remete-se ao positivismo uma maior eficácia?

A isso Locke também respondera, com base em duas premissas. Se a lei natural seria perpétua e universal. De início, quanto a perpetuidade remete-se a sua afirmação. Porém, os comandos de ordem imperativa, ou seja, os que ensejam numa figura omissiva do agente, denotam sua obrigatoriedade em não fazê-la a

⁷ GIUR, 1956, apud. BONAVIDES.p. 2002.

⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, 7ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997. pag. 148.

⁹ Locke considerava a natureza um conjunto de instintos e inclinações. Assim se referindo a lei natural, quis dizer que existiam regras de condutas as quais a razão encontrara. Também, que a lei natural seria a única entre todas as leis comum a todos. Dito isso, ela seria universal. (Texto levemente modificado)

¹⁰ Ibid., pag. 125.

qualquer tempo. Por um exemplo, o comando não mateis, implica que não se pode violar essa premissa. Seja qualquer a circunstância ou momento. Eis que o bem jurídico vida deve ser resguardado - aqui, não adentrando nas questões penais a respeito dos valores jurídicos impostos a cada um dos bens. Os que poderiam ou não se sobrepor a outro - já nos comandos de ordem comissiva, estar-se-ia obrigado a fazê-lo somente no momento e nas circunstâncias em que a obrigação pudesse ser cumprida.¹¹

Quanto a universalidade, elencada por Locke, expos que existiriam leis naturais as quais deveriam ser cumpridas sem distinção de modo, sendo destinatários delas todos os seres humanos. No entanto, existiriam ainda leis naturais as quais sua universalidade abrangeria apenas a situação ali imposta. Dito que seriam universais àquele determinado espaço e tempo.

Portanto, pode-se analisar de antemão que, o caráter obrigatório das leis positivadas também recaía sobre os princípios.

Dessa maneira, ultrapassado o entendimento jusnaturalista o qual acreditava haver normas as quais deveriam prevalecer diante das demais em razão de sua natureza celestial e moral. Onde a lei seria a razão, a consciência moral do indivíduo. Passou-se ao entendimento positivista do tema.

Nesta corrente, acreditou-se que os princípios deveriam ser fontes subsidiárias a interpretação do direito. Não um norte ou base como os jusnaturalistas acreditavam. Eles deveriam dar segurança jurídica caso as leis não positivadas fossem omissas. Como Luís Roberto Barroso elencou, no positivismo buscou-se a objetividade jurídica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica¹²

Dessa forma, com a superação do jusnaturalismo e a queda do positivismo em virtude do contexto histórico o qual passara. Ruptura política fascista e nazista europeia face a seus argumentos que buscaram a legitimação de seus atos por meio legal, fez com que um novo método a interpretação do direito fosse alcançado. Com isso nascera a era pós-positivista.

Como referência Barroso,

11 Ibid., pag. 127.

12 Ibid., pag. 128.

pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹³

À vista dessas considerações, avistou-se um novo rumo a ciência do direito. Deu-se margem para que além das leis positivadas e codificadas, outros elementos pudessem compor suas estruturas e institutos. O diálogo entre ética e direito foram interligados. Passou-se a compreender o direito como um conjunto de normas¹⁴ dinâmicas as quais fariam parte de um sistema aquém do que os códigos de outrora traziam. Formava-se assim uma maior efetividade às suas aplicações.

Ulteriormente, com o advento no Brasil, da Constituição Federal da República de 1988 fora proclamada a era dos direitos fundamentais. Nela, a respeito do que acontecera no cenário europeu e aqui, frente a constituições de outrora opressivas, encarou-se uma nova hermenêutica. Visando garantir maior efetividade a suas palavras, invocou-se não somente à interpretação, como também foram positivados alguns princípios cuja aplicabilidade se achava fundamental aquele instante. Tais foram o da dignidade humana, taxado em seu artigo primeiro; o da isonomia, artigo terceiro, inciso quatro; o da legalidade artigo quinto, inciso cinquenta e quatro; dentre outros.

A estes princípios, para uma didática mais aprofundada, foram estabelecidos alguns critérios, os quais os separaram em categorias. Sendo elas: a dos princípios gerais de direito, os princípios fundamentais, os princípios constitucionais, os princípios próprios de cada instituto do direito, como os princípios processuais cíveis, os princípios do direito do trabalho e afins.¹⁵

¹³ BARROSO, pag. 146.

¹⁴ Ibid., pag. 145

¹⁵ Op.cit., pag. 146.

Respeitado o valor dos princípios e suas contribuições, a eles, foi concebido o status de norma jurídica. Sendo norma o gênero. Princípios e regras sendo suas espécies.

A distinção entre esse binômio se dá, basicamente, quanto a sua aplicabilidade. As regras possuem caráter mais específico e descritivo. Contém em sua base objetividade. São narradoras de condutas. Enquanto os princípios possuem enunciados mais genéricos, podendo se adequar a uma vasta gama de situações. Em razão do tipo de interpretação que se pode dar a eles, o sentido que se obterá, poderá ser diverso do que fora pretendido pelo legislador. Dessa maneira, “não se pode elencar todas as possíveis formas de aplicação que os princípios podem ensejar, por enunciarem razões que indicam determinada direção”.¹⁶

Por esse motivo é que existe a hermenêutica. Ela trabalhará minuciosamente as possibilidades de se chegar a um esclarecimento mais conciso respeito do assunto.

Os mais famosos representantes das teses o qual distinguira regras de princípios foram Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para Dworkin, a utilização de princípios, é fundamental dentro de um sistema jurídico principalmente em se tratando de casos difíceis (*hard cases*). Ele aproxima o direito à justiça.¹⁷ Trazendo ao direito menos formalismos e maiores considerações morais¹⁸. Basicamente, ambos os princípios como as regras guiariam o interprete a decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstancias, mas diferem quanto ao caráter da orientação.¹⁹

Robert Alexy, distinguira-os sob o aspecto qualitativo ou lógico. Acredita que os princípios são mandamentos os quais devem ser cumpridos só que em diferentes graus. Dependendo de possibilidades do caso como as jurídicas. Contudo, as

¹⁶ ALEXY, 1988 apud. PEREIRA, 2001.

¹⁷ Id.

¹⁸ “Princípio é um standard que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”.

¹⁹ Ibid., pag. 9.

regras, não possuem graus e, portanto, ou cumprem o que lhes é exigido no plano jurídico ou não. Como ele explica

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.²⁰

Também,

A convivência dos princípios é conflitual, ao passo que a convivência de regras é antinômica. Isto significa que os princípios coexistem, enquanto as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem-se exigências (mandados de otimização), permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Portanto, não obedecem, como as regras a lógica do tudo ou nada.²¹

Logo, a efetivação das regras se dará com base na sua aplicabilidade integral ou se houver o entendimento de que ela não seja a solução mais adequada, não haverá o seu uso. Já no choque entre uma regra e um princípio, sendo este mais relevante, no atual caso, a regra será afastada. Aplicando-se apenas o princípio. Dessa forma, na tensão entre duas ou mais regras, apenas uma delas deverá ser escolhida. Cabendo ao interprete o papel de verificar a hierarquia entre elas, cronologia ou especialidade.

Quanto a aplicação dos princípios, esses poderão ser utilizados de forma integral ou gradual. Devem ser sopesados ao caso em razão de possuírem uma dimensão de importância, que não está presente nas regras.²² Havendo colisão entre mais de um princípio, o interprete deverá fazer um juízo de valor a eles, e, na

²⁰ Ibid., pag. 17.

²¹ Ibid., pag. 18.

²² DWORKIN, 2001, pag. 130.

sequencia aplicar de forma integral o que deduzir ser de melhor eficácia. Porém, deverá aplicar residualmente, os demais princípios envolvidos. Ponderando os valores que cada um trará. Dessa maneira, a partir de regras da razoabilidade e da proporcionalidade. Se alcançará obter um juízo justo a respeito do(s) bem(ns) tutelado(s) no caso.

De qualquer modo, a distinção entre elas vale apenas para solucionar demandas em casos de colisão.

Finalmente, podem ser verificadas as suas diferenças a partir de uma distinção chamada de quantitativa ou de grau fraco. Seu representante é Guastini. Primeiramente observa que os princípios seriam um fim para a consecução das normas, e que elas derivariam deles. Também, que os princípios, por serem normas genéricas, dariam amplo espaço a linguística, podendo assim ser utilizada conforme o arbítrio do interprete. Em razão de seu grau de abertura, os princípios poderiam ser examinados sob diversas perspectivas.²³

2.2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE: O INÍCIO DE QUALQUER NEGÓCIO

Thomas Hobbes aborda em seu capítulo destinado aos contratos menção ao *jus naturale*, ou seja, ao direito natural. Segundo ele, direito natural é “a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, preservando assim sua natureza”²⁴. Diz também o significado de liberdade. Sendo ela a ausência de empecilhos externos, que, por ventura poderiam reduzi-la ou até mesmo cerceando-a completamente. Logo, liberdade seria, na concepção dele, a auto capacidade de o ser humano realizar atos de vontade de acordo com seu discernimento. Portanto, a cada um dos seres humanos é dado esclarecimento o suficiente para que possa preservar-se. No entanto, essa mesma liberdade poderia vir a ser vilã dentro de uma comunidade. Eis que ela não impede de que o direito alheio seja tomado arbitrariamente. Pois se há liberdade plena, entenderia-se poder agir de maneira a exerce-la incontestavelmente.

²³ Ibid., pag. 9.

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores. p.47.

Assim é o que Hobbes afirma ao dizer que a condição humana inicialmente seria a de guerra. Os homens agiriam contra eles mesmos. Restando evidente de que a finalidade primeira e segunda da guerra seria então a sua própria defesa, de tudo e de todos e conseqüentemente, zelando a integridade do homem. Assim, temendo a vida, os homens agiam avançando sobre o direito do outro. Visando a não violação de seus direitos, mesmo que para isso tivessem que violar o direito de outro. O homem agiu em estado de defesa, em estado de necessidade. Acreditou que, caso ficasse inerte, seus direitos seriam tomados por outros, por isso deveria agir.

Outra observação importante é a de que o homem buscaria a paz através da guerra. Isto é, ele buscaria encontra-la, mesmo que ela não exista em sua condição inicial, e mesmo que para isso deva contradizê-la. Pois do contrário, estaria renunciando seu direito. Direito natural a vida. Se tornado uma presa aos demais. Razão pela qual explicaria suas ações antitéticas.

Isto posto, é perceptível que, a liberdade em demasia, ou seja, o poder amplamente tido sem limitações, ocasiona o caos. Logo houve a necessidade de uma intervenção a ela. Assim, a liberdade e demais direitos foram renunciados, salvo a vida. Esperando-se que com esta decisão traria-se benefícios a sociedade. Sendo o mais importante dos benefícios tidos, a manutenção da vida. Deste modo, fora através de um contrato, o meio pelo qual os homens abdicaram-se de parte de seu direito natural visando, mesmo assim, obtenção de uma vantagem.

E é dessa maneira que se iniciaram as primeiras negociações da história do Estado Moderno. Sendo realizado com o ente estatal. Contudo, o que diz ser um contrato, na realidade foi um pacto feito com o soberano. Não realizou-se um contrato. Fora realizado um pacto. Pois em um pacto pressupõe-se que os detentores e eventuais responsabilizados por sua má celebração seriam os homens e não o soberano. O soberano ficou fora do pacto. Estando livre de sanções. O soberano era detentor do monopólio de poder. Não existindo nenhum poder acima dele. Dessa forma, não haveria motivos que justificassem sua punição pelo inadimplemento contratual. Até porque, não seria ele quem o cumpriria. No caso dos contratos os direitos e deveres são mútuos. Portanto ambas as partes são equinânicas. O ônus é recíproco. Contratos são sinalagmáticos.

Todavia, isso não ocorre no pacto idealizado por Hobbes. Ainda, fala-se em pacto de submissão. Onde o soberano não era considerado tirano ou injusto. Pois quando estabeleceu-se a negociação, deu-se a ele plena autonomia. Autonomia da escolha. Já que em um ambiente onde recursos eram escassos e o homem não conseguia relacionar-se com seu semelhante de forma cordial. Acreditou-se, que a anarquia, entendida em sua concepção negativa, deu segmento a criação estatal. Houve a necessidade de um terceiro intervir no caos que ocorrera. Um mediador. Assim, criou-se o Estado Moderno Um mediador deveria retirar os meios os quais tinha-se animosidade e faria as escolhas deles. Acreditando-se que este sujeito, o soberano, faria melhores escolhas do que os homens fariam. Portanto. Viu-se na necessidade da preservação do homem uma oportunidade para que um terceiro detivesse de um poder o qual o imporia diante dos demais, inicialmente, para a recomposição de uma sociedade harmônica. No entanto, preliminarmente, idealizou-se uma transferência mútua de direitos. As quais ao confiarem e cederem parte de sua liberdade ao terceiro, dele se esperaria que obtivessem algum tipo de proveito. Falara-se então de transferência mútua de direitos.

Quando há transferência de um direito e perante essa espera-se obter animosidade, ou ainda uma recompensa celestial, fala-se em doação. Para se ter certeza de que fora realizado um contrato de transferência mútua, existem alguns indicativos. Um exemplo seria através consequências das palavras referidas no acordo. São as chamadas inferências. Que também podem decorrer do silêncio, ação ou omissão do contratante. Dessa maneira, é o que se entende no Código Civil Brasileiro. Mais especificamente no Livro III, Título I, Capítulo I, dos negócios jurídicos. Conforme disposto no artigo 112 " nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".²⁵ Portanto é a consequência da real vontade que gerará eficácia, e não simplesmente o ato isolado da comunicação seja ela, omissivo, comissivo ou silencioso o qual deverá-se interpretá-la sistematicamente a outros fatores elencados adiante para completa eficiência do pactuado.

Disse Hobbes que, a confiança mútua gerada em um acordo em seu sentido amplo), geraria desde o início obrigações e deveres para com seus acordantes.

²⁵ BRASIL, Código Civil. Organizado com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.142.

Assim um acordo robusto e sério traz um ônus aos pactuantes. Um dever a ser cumprido. Desse modo, caberá a quem restar no pacto a cumpri-lo, executando sua obrigação. Ficando a cargo de que já o cumpriu, no caso do primeiro contratante, a espera. E nela a confiança de que o pactuado será colocado em prática. Aí reside um outro princípio, o da boa-fé.

No entanto, dentre várias paixões que habita no homem, difícil aquela à qual se afasta deixando a inibir seus vícios. A tendência é que o homem, por ter liberdade plena, em um estágio inicial, incline-se a valorar-se daquilo em que acha que poderá satisfaze-lo momentaneamente. Esquecendo-se de suas incumbências. Destarte, necessita-se de um poder apto a coagir os que inspiram a desrespeita-lo. Esse poder advém de uma fonte a qual esses mesmos pactuantes delegaram algum direito que por ventura fora transferido a este terceiro. E dele, porém há de advir algum tipo de direito recíproco. No caso, seria o poder de imposição ao cumprimento a um ato que fora de pronta maneira realizado voluntariamente. As únicas maneiras as quais alguém pode ver-se livre de seu compromisso seria realizando-o ou sendo perdoado. E se o objeto pactuado fora considerada impossível de ser cumprido ,desde seu início. O pacto nem sequer existira. Considerando-o inexistente. Contudo se se tornara inexistente, a responsabilização para supri-lo seja com seu valor ou equivalente ainda existe e deve ser cumprida, nem que seja parcialmente. Pois do contraria acarretaria danos. Devendo imediatamente repará-lo. Como pode ser verificado no artigo 927 do Código Civil

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.²⁶

Outro motivo o qual escusa a realização dele, seria pelo surgimento de fatos supervenientes. Assim, fatos novos aptos a causar dano ao negócio surgem como

²⁶ Ibid., p.176.

uma espécie de escape a sua celebração inicial. Todavia, somente os que dele não houverem responsabilização é que poderão desobrigar-se do contrato.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.²⁷

Também pode-se dizer que através da boa-fé, um princípio geral do direito, mas também específico dos contratos civis, poderia-se impedir a celebração de um novo negócio se já houver sido pactuado o mesmo direito pleiteado. Ou seja, a transmissão de um direito, feita *a priori*, cria um vínculo os acordantes, impedindo com que novo acordo seja feito para com este direito, estando o objeto já permeado no outro negócio. Nova celebração para com o direito seria considerada nula. Portanto as forças naturais que fazem com que um homem cumpra sua palavra neste negócio jurídico seriam o medo do resultado que poderia advir do não cumprimento ou ainda pela honra de cumpri-lo. Esse medo poderia ser resultante de alguma obra divina, onde poderia recair à sua desgraça perante os céus ou ainda referente a alguma sanção, não mais punição advinda do poder civil. “A natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, e essa validade começa com o estabelecimento de um poder civil que obrigue os homens a cumpri-los, é também diante dessa instituição que tem início o direito de propriedade²⁸”. Deste trecho, retirado do capítulo, de outras leis naturais, *Leviatã*, existe algumas conclusões a serem observadas. A primeira é a de que a justiça e as negociações cíveis possuem vínculos, e essas se vinculam ao Estado para seu cumprimento imposto. Portanto a justiça se prevaleceria quando palavras forem cumpridas. Quando houver negócios

²⁷ *Ibid.*, p. 154.

²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores. p.52.

iniciados e finalizados. Dando a cada um à sua devida proporção. Tido como conceito de justiça na escolástica dar a cada um o que fora acertado.

Não sendo satisfeita a obrigação caberá ao Estado fazer com que ele seja executado. Logo há a necessidade de haver uma força maior que a dos contratantes que possa lhes exigir cobrança de suas promessas. Se pergunta ainda porque um terceiro deveria interferir no assunto de outrem?

Hobbes fala em intervenção pura do Estado Absoluta. Sendo o ente estatal o tomador de decisões de seus homens. Não havendo liberdade de escolha nessa ideologia contratual e por conseguinte, implicando na ausência de liberdade contratual. Portanto para Hobbes, o único direito a ser respeitado no mundo dos negócios é a vida. Os outros são relativos.

Já Locke reflete a relação entre Estado e homens, diante de princípios fundamentais, de modo diverso. Como se verá adiante.

2.3 LOCKE: A TRÍPEDE DOS DIREITOS CONTRATUAIS

No contexto histórico em que Locke encontrava-se, existia certa paz na sociedade. Isto quer-se dizer, que o homem conseguia dominar as paixões que possuía. Conseguia relacionar-se com o outro. Não havia a necessidade de um mediador para decidir sobre as escolhas de cada um. O homem era capaz de realizar suas próprias escolhas. O homem possuía liberdade para fazer o que desejasse. Possuía liberdade natural. Era livre de qualquer poder a ele superior em sua condição pré-social. Valendo-se na razão como instrumento de discernimento de suas ações. Assim, a razão impediria o conflito social. Contudo, embora virtuoso, restavam vícios a ele.

No que tangia a aquisição material, Locke defendia a ideia de que o homem nascia proprietário. E o que a justificaria esse direito, seria sua transmissão a futuras gerações. Locke acreditava que a propriedade, assim como a vida e a liberdade seriam direitos fundamentais. E que, mesmo realizando o contrato com o Estado, não deveriam ser abdicados. O homem com seu talento e trabalho poderia

adquirir o que estivesse em seu alcance, transformando esses bens em propriedade. Haveria oportunidade a todos, porém somente os que se esforçassem por meio do trabalho a conquistariam. Quando fala-se que os homens teriam as mesmas condições, tratou-se da igualdade material, e, que portanto a desigualdade seria natural. Fruto da omissão do homem consigo.

Também, a igualdade seria condição pré existencial do ser humano. Todos os homens partiriam das mesmas condições. Mas somente com seu esforço se distinguiria dos demais. Locke além de defender a propriedade e a vida, mencionou a igualdade como um elemento pré social. Que se dissolverá pela sociedade conforme as elevações individuais.

Assim, defendeu a ideia de democracia. Partindo da ideia de igualdade. Em que o poder seria legítimo quando defendesse o interesse de todos. Fiou-se na democracia representativa. Onde um grupo seria eleito segundo suas capacidades naturais, para que garantisse a vontade da maioria da população. Não sendo atingidas as expectativas de que fora representado, haveria sua destituição.

Dessa maneira, o contrato realizado pela sociedade com o Estado seria a ideia mais original de que se tem atualmente. Pois caso as expectativas da população não fossem atendidas pelo grupo de homens legisladores, eles seria retirados do poder. Seria um *trust*. Esperaria-se que ambas as partes cumprissem conforme o que fora pré estabelecido por elas. Caso não fosse cumprido, haverá uma sanção. Desde a sua retirada do poder, no caso do contrato social de Locke, à aplicação de cláusulas penais ou de alguma medida responsabilizável.

Entretanto, John Locke, crê que os homens gozam de certa autonomia que lhes garante aptidão a solucionar seus problemas. Assim, ao retirarem o indivíduo do poder e colocar em seu lugar outro, o qual acreditam que conseguirá atender a seus anseios, reconhece-se não haver mais problemas sociais. Problemas estes derivados da propriedade, já que o Estado foi criado com o objetivo de resguardá-la.

Quanto ao plano dos contratos atuais, seja realizado entre particulares ou não, poderá-se valer da relativização contratual. Os contratos não precisam ser executados conforme o que fora pré estabelecido. Tem-se uma nova visão da *pacta*

sunt servenda. Pelo fato do homem possuir discernimento e ser responsável por suas decisões, ele poderá junto a outro, cogitar no melhor deslinde de seu caso. Poderá valer-se da relativização contratual.

Dessa forma, pode ser visto em Locke os primeiros sinais da autonomia da vontade, gerando como consequência a modificação *a posteriori* de um negócio.

2.4 A LIBERDADE EM SANTO AGOSTINHO E EMMANUEL KANT E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA

Fazendo um mapeamento histórico sobre os fundamentos da justiça, pode-se observar que, para as culturas gregas e romanas, ela poderia ser encontrada a partir da natureza, da *physis*. Pois as leis dos homens se baseavam naquela. Logo, tudo que fosse e estivesse em conformidade com a natureza, ou seja, tudo o que por ela fosse respaldado estaria seguindo a lei, e, com isso seria justo. Assim havia uma relação entre a natureza, lei e justiça. A Justiça sem seu significado grego, provinha da palavra justa medida, ou seja, harmonia. Assim uma conduta humana poderia ser avaliada a partir deste critério. Uma ação que não fosse escassa, mas também não fosse exacerbada, seria justa. Estaria em conformidade com a natureza. Nem a mais nem a menos. Na medida justa. Justa medida. Destarte, o homem, para gregos e romanos, poderia e teria a liberdade para fazer o que bem entender. Desde que obedecesse os bens que a natureza lhe aprovera. Se fosse escravo, deveria agir como tal. Poderia gozar de todas as condições que seu *status* lhe propiciara.

Já no cristianismo, com Santo Agostinho, surge os resquícios do que posteriormente se entendeu como liberdade. A justiça cristã explanara que ao homem foi dado o conhecimento, através de seus discernimento, do bem e do mal. E que, poderia transgredir em quais destes caminhos o quisesse. O homem portanto teria o livre arbítrio concedido por Deus para fazer suas escolhas. Desse modo o homem seria livre. Sua natureza, como acreditavam gregos e romanos, não

condicionaria mais suas escolhas. Haveria liberdade tanto para as boas, quanto para as más escolhas. O homem seria livre condicionado à vontade de Deus. Assim, a justiça para os cristãos seria a escolha do bem, mesmo tendo a possibilidade de se escolher o diverso.

Na justiça moderna, instruída por Kant, pode-se observar que, em um panorama social, há o fenômeno da centralização do homem, lugar antes ocupado por Deus. O homem, faz uso de sua autonomia e emancipação divina²⁹, a partir da sua racionalidade. Assim, ao lugar da metafísica divina medieval, obteve-se uma racionalidade. Racionalidade pura de mistificidade. Da metafísica. Destarte, o homem teria condições de direcionar seus próprios pensamentos e transcende-los, sem interferências externas.

A mente, ao contrário do que se falava, não é um espaço em branco preenchido pelas sensações e experiências, e sim um órgão que molda, coordena e transforma essas sensações em ideias, ordenando o caos. Esse poder de transformar o caos das sensações em um feixe organizado de pensamento é que faz do homem um ser racional e, portanto, diferenciado.³⁰

Assim, o homem seria além do condutor de seu destino- não existindo mais um determinismo quanto as escolhas do sujeito acreditadas pelo cristianismo- o responsável por àquele. Que a ética o qual Kant pregou, seria com base no uso da razão. E que essa, seria livre de anseios pessoas.

Frisa-se também, que na modernidade, apogeu do Estado de Direito, eleva-se a lei, como centro da política-social. Têm-se a supremacia das leis positivadas. A justiça seria então as escolhas de acordo com a lei. Já que a lei tipificaria condutas consideradas certas e as erradas.

²⁹ Sua liberdade não estaria condicionada a um bem maior, à vontade de Deus.

³⁰ DURANT, W apud CORDEIRO, Eros Belin de Moura. Da revisão dos contratos. Rio de Janeiro:Forense, 2009.P.61.

Assim, as escolhas dos homens, para Kant, seriam fundamentadas sem quaisquer finalidades pessoais, mas pautada no “agir por dever”³¹. A moral portanto seria o cumprimento de uma conduta o qual, mesmo com a possibilidade de não fazê-la, o faz de acordo com sua moralidade. Conforme sua retidão pessoal. Age com liberdade. Escolhe agir moralmente porque assim as leis determinam.

Dessa forma, para Santo Agostinho a justiça seria àquela a qual as leis divinas o dizem. Para Kant, aquela as quais a lei positivada menciona. E portanto, pode-se concluir que em ambos os tempos, o ser humano teve liberdade de agir, porém suas justificações para tomar uma conduta ou não foram alteradas ao longo ao tempo.

2.5 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA VISÃO ROUSSEAUNIANA

No apogeu do uso da racionalidade pela Europa, surge o Iluminismo. Movimento intelectual predominantemente o qual se insurgia contra o modo de pensar da época. Criticava-se o uso do poder celestial pela igreja para justificar seus abusos, o mercantilismo e a monarquia. Prezavam que os dogmas deveriam ser rompidos através do uso da razão. Deste modo, denominou-se século das luzes.

A partir deste breve contexto histórico, Rousseau, um dos pensadores do movimento Iluminista esclarece em seu livro ‘O Contrato Social’ seus ideais e políticos repercutidos em acepções sociais.

Pontifica que a comunidade deve ser baseada na vontade da maioria, na qual todos devessem estar no poder. Que o mesmo homem súdito, é soberano. Súdito quando se submete ao soberano e esse quando exerce cidadania. Sendo cada indivíduo soberano na condição de cidadão. Defende ainda de que a função estatal seria meramente administrativa e de que o povo, através de seus funcionários a faria.

³¹ Ibid., p. 63.

A respeito do surgimento do contrato social, este se dá no momento em que um primeiro homem, a partir de um direito que possuía – “todo homem tem direito a tudo que é necessário”³² – pega para si, ou melhor, se apropria de um terreno a qual a todos pertencia. Apartando dos demais de seu gozo. Embora a comunidade aceite essa apropriação, reconhecendo-a como válida, ‘ao aceitar os bens dos particulares, a comunidade os despoja, e outra coisa não faz senão assegurar-lhes a posse legítima’, tem-se um falso contrato. Pois, a essência de um contrato caracteriza-se justamente como um ato bilateral, de realização imediata, o qual objetiva um fim pretendido pelas partes, de conteúdo negocial, decorrente da autonomia privada... Desse modo, analisa-se que o primeiro contrato fora imposto de um único homem para com todos da comunidade, sendo assim um ato unilateral. Descaracterizando-o como um contrato.

Dessa forma, seria necessário a realização de um segundo contrato a fim de reparar o primeiro. Resgatando assim a soberania dos demais membros da comunidade. Pois, como dito por Rousseau “[...]as forças da Cidade são incomparavelmente maiores do que as de um particular, a posse pública é também, na realidade mais forte e irrevogável [...]”³³. Neste sentido, trazendo essa expressão a um sentido mais contemporâneo no direito brasileiro, pode-se entender que o bem público goza de mais força do que o de um particular. Consequentemente remete-se a ideia de soberania estatal, a qual deve ser prevalecido o interesse público sobre o privado.

É válido ressaltar, que de ruim, nada acha o Estado nessa apropriação. Visto que para ele, o particular nada mais é que um mero depositário do bem público. Incumbindo-lhe o resguardo do bem de um eventual invasor externo ao país. Como demonstrado adiante:

³² Liberdade natural pode ser compreendida como a ausência de poder superior a ele. Ausência de poder divino que inteviesse nas decisões humanas

³³ ROUSSEAU. Jean Jacques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Globo, 2000 (coleção os pensadores).p.77.

O que há de singular nessa alienação consiste em que, ao aceitar os bens dos particulares, a comunidade os despoja, e outra coisa não faz senão assegurar-lhes a posse legítima, mudar a usurpação num verdadeiro direito e a fruição em propriedade. Então, os possuidores, considerados como depositários do bem público, com seus direitos respeitados por todos os membros do Estado, e mantidos por todas as suas forças contra o estrangeiro, em virtude de uma cessão vantajosa ao público e mais ainda a si mesmos, adquirem, por assim dizer, o que tinham dado: paradoxo facilmente explicável pela distinção dos direitos que o soberano e o proprietário possuem sobre o mesmo solo.³⁴

Também,

Pode também acontecer que os homens comecem a unir-se antes de nada possuírem, e que, apropriando-se em seguida de um terreno suficiente para todos, o desfrutem em comum ou o dividam entre si, seja em iguais porções, seja segundo as proporções estabelecidas pela soberania. De qualquer modo que se faça tal aquisição, o direito de cada particular sobre sua parte do solo está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre o todo, sem o que não haveria solidez no laço social nem força real no exercício da soberania.³⁵

Isto posto, podem ser observados deste trecho várias características inerentes ao estudo da propriedade. A primeira seria de que os que nada possuem, vocábulo de Rousseau, poderiam pegar para si, parte de uma área a qual seria de interesse público e abdica-la para. Frisa-se que a menção os que nada possuem refere-se a propriedade essencialmente privada. Pois na ideologia de Rousseau, o bem público pertence a todos, portanto eles detinham propriedade. Logo, possuíam algo. O que legitimara a obtenção de um bem público é que, seu possuidor seria soberano. No entanto também seria súdito.

Dessa maneira, em respeito ao interesse social, ao qual, prezava-se pela igualdade, a vontade geral deveria ser mantida, pois visava os interesses em comum da sociedade, enquanto que ela manteria unida através desse liame. Ao passo que a vontade de todos, quebrara esta premissa, pois somou-se as vontades individuais de cada proprietário de terra, ao fincar cercas e estabelecer seu território. Ao invés de zelar pelo bem comum de toda uma coletividade. Consequentemente, através deste entendimento nasciam os primeiros resquícios de desigualdade.

34 Ibid., p. 79.

35 Ibid., p.81.

As relações humanas foram se estreitando, não haverá mais tantas terras a serem aderidas. E assim a família fora constituída. Assim como o contrato instituiu a propriedade também instituíra a família. Cada qual chefe de família debatia entre si interesses de cunho público. Os homens tratavam de assuntos da *res publica* enquanto as mulheres ficavam em casa atarefando-se com os serviços que eram necessários a preservação dela e de seus membros. Mais uma vez, as desigualdades foram sendo ressaltadas... Até que se observou, não haver mais terras para os que não a tinham possuído. O interesse privado se sobressaiu ao público. As perspectivas individuais de cada benfeitor de terra geraram conflitos com os demais não detentores. De repente estes deveriam trabalhar para garantir o seu subsistente e o da família. Já que não se tinha terras para produzir.

Dessa forma, ao analisar tal contexto é que se chegara na conclusão de que a propriedade atualmente só pode ser autorizada, se trazer benefícios para com os demais membros da sociedade. Pois assim, um benefício individual, a vontade de todos, gerará proveitos também a uma coletividade. Prevalecendo-se assim o bem comum, a vontade geral. Fundamento de uma sociedade justa.

Assim como John Locke, Jean Jacques Rousseau defendeu a ideia de que o Estado será o garantidor da propriedade privada. Ou seja, sua criação foi necessária para que a propriedade fosse respeitada pela coletividade. Paralelamente aos ideais contemporâneos a despeito das relações negociais, instiuiu-se uma terceira figura na sociedade, para que essa , na visão de Rousseau, faça ser cumprido o que os negociadores acordaram entre si . Contudo, a função dos contratos dentro do mundo dos negócios para John Locke é diferente do que Rousseau pensa. Para aquele, a função dos contratos devem assegurar respeito ao que os pactuantes trataram e beneficiar os eleitos a gozar destes privilégio. É uma visão eletista. Já para Rousseu, observa-se a real função social que se entende hoje. Nele, toda a sociedade é beneficiária dos frutos de um negócio. Mesmo não fazendo parte dele diretamente. Mesmo que seu nome não conste nas tratativas. Um exemplo disso é a geração de empregos dentro de determinado local. Embora o indivíduo se quer soubesse da instalação de um comércio em sua cidade, se beneficiou ao ser empregado nele. Ou mesmo tendo a valorização de sua residência pelas obras

geradas por aquele. Ou ainda, pela circulação de dinheiro em sua cidade , que gerou desenvolvimento urbano.

3.0 CONTRATUALISMO CONTEMPORÂNEO

Aqui serão abordados o contexto social o qual cercavam os homens , assim como suas influências aos pensamentos de dois filósofos em específico, que muito contribuíram para os ideais acerca dos princípios igualdade e liberdade, e, finalmente à concepção de justiça.

3.1 O CONTRATUALISMO CONTEMPORÂNEO – OS PARADIGMAS DE UMA RELAÇÃO JUSTA

A passagem entre o que fora negócio no século XVII e XVIII e o que se tornara atualmente, pode ser observado através de alguns critérios. Isto quer dizer que não houve uma ruptura quanto ao conceito de contrato. O que foi considerado um contrato, ou seja, as relações negociais realizadas nos séculos passados foram sem dúvidas essenciais para se alcançar seus desígnios atuais. Isto posto, quer-se dizer que, as mudanças sociais principalmente foram as responsáveis por um novo pensamento contratual, como será visto a diante.

Os séculos permeadores das obrigações contratuais modernas, encontravam-se acobertados por instabilidades políticas. A Europa passava por diversas transformações. Cada país tentava resolver seus dilemas a seu modo. E a maneira para solucionar tais adversidades era através da política. Na Inglaterra, a monarquia absolutista junto aos senhores feudais hostilizavam a burguesia. Havia uma crise instalada por ideologias medievais, na qual foi rompida com ideias iluministas. A era do Iluminismo ressurgiu a Inglaterra e então a Europa em todos os seus campos. Um novo modo de pensar que se expandiu aos movimentos artísticos, além das relações entre o monarca e seus súditos.

Assim um liame com o século que estaria por vir se deu e face de um acontecimento histórico: a Revolução Industrial. Ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, fora o ponto de partida para a emancipação de novos pensamentos filosóficos. Com o acúmulo de capital em decorrência das massivas transações internacionais, incentivadas pelo fortalecimento do liberalismo , constitui-se uma forte concentração

de capital. Esta que foi a repercussora no investimento em equipamentos voltados à massificação da produção. Dessa forma, não era somente a política ou os ideais sociais que passavam por transformações, mas o cenário econômico.

Dessa maneira, com a possibilidade de um sujeito acumular mais riqueza do que outro e poder aumentá-la, diminuindo daquilo que poderia vir a ser do outro, através de seu fruto de trabalho, motivou ao fenômeno das desigualdades sociais. De um lado o burguês acumulava seus lucros, aumentando sua produção cada vez mais massificada enquanto do outro lado o trabalhador vendia seu trabalho e troca de sua sobrevivência.

Por conseguinte, os pensadores da época, puderam observar a todos estes fenômenos ocorridos, transcrevendo-os em suas obras. Assim, a política já não era mais o objeto dos pensamentos dos filósofos, mas as desigualdades. Destarte, os contratualistas contemporâneos basearam suas obras a partir de reflexões sobre a justiça.

John Rawls, em sua obra "Teorias da Justiça", relacionou dois elementos os quais acreditou serem os princípios de uma sociedade justa. São eles a igualdade e a liberdade. Princípios encontrados nos ordenamentos jurídico brasileiro. Fiou-se a ideia de que através deles, ou seja, garantindo plena liberdade aos cidadãos, e estabelecendo a eles condições mínimas de equanimidade, estariam em uma mesma posição social. Isto é, para que houvesse justiça, todos deveriam partir de uma mesma posição social. Gozando dos mesmos direitos. Todos seriam livres e iguais. Logo, sem estes dois preceitos a noção de justiça nunca se concretizaria para o filósofo. A igualdade para Rawls se assemelharia à justiça particular de Aristóteles. Aos desfavorecidos estipular-se-iam condições que os igualasse aos demais, enquanto aos demais membros da sociedade os critérios variariam de acordo com suas particularidades. Assim propõem que o contrato serviria como fonte à solucionar os problemas de desigualdade.¹

Anteriormente, à Revolução Industrial, na Revolução francesa, instalou-se com Emmanuel Kant a deontologia jurídica. A qual impunha-se, independente das circunstâncias um dever a ser feito. Nascia uma filosofia legalista. Pautada e um

¹ KRISCHKE, 1993 apud SANTOS, Nelson Garcia. O contrato ontem e hoje.

dever de conduta, o qual nem sempre traria a felicidade coletiva almejada pelos utilitaristas.

Contudo, na contemporaneidade, a filosofia aplicável tornara-se a axiológica. Ou seja, preponderaram-se os valores para dirimir conflitos. O advento da Primeira e Segunda Guerra Mundial fizeram com que o homem tivesse condutas individuais e rasas. A liquidez das relações sociais², bem como sua superficialidade foram fatores com os quais ocasionaram a disparidade social com as leis. A legalidade *stricta* fica em segundo plano. O relativismo gerou tempos de incerteza. Dessa maneira, a melhor alternativa e a mais próxima dos homens seria a aplicação dos princípios as demandas sociais.

Com David Gauthier, tem-se atualmente os ideais de um contratualismo racional- moral. Isto significa que o homem abdicaria voluntariamente de parte de sua liberdade, restringindo-o à prática de certos hábitos, em prol da coletividade. No entanto, ao limitar parte de seus direitos, não se estaria renunciando a seus interesses. O faz para auto promovê-los. Ou seja, a permissão à limitação, ao Estado, de seus direitos, seria o meio para atingir finalidade diversa àquela³. Para se chegar a uma conclusão sobre o que seria moral, tenta estabelecer parâmetros entre a compreensão humana sobre princípios de justiça e seus atos movidos por aquela. Gauthier afirma que a moral fundamental seria aquela a quem um indivíduo não se utiliza de outro, como meio de alcançar seus objetivos. Contudo, embora o homem conheça os princípios constituintes da moralidade, poderia agir de modo a não os respeitar. Conforme mostra-se o trecho : “*One may know what is just yet neither love nor be in any way moved by it*”⁴. Assim, reflete sobre alguns dos motivos os quais fariam com que o homem agisse sem este sendo de fazer o que compreende como justo- sem senso de justiça. Mas antes analisa sua antítese. O porque os homens deveriam agir justamente?

² BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro:Editora Zahar, 2001.p.142.

³ GAUTHIER apud ARAUJO Marcelo de. **Contratualismo Moral e Direitos Humanos no Âmbito nas Relações Internacionais**. Revista Direito e Práxis, vol. 01, n.01, 2010.

⁴ Ibid., p. 186.

Primeiramente, por um aspecto sociológico, vê num homem um ser social. O qual necessita do auxílio de outro para sobreviver. Dessa forma, os homens estabeleceriam relações entre si, visando uma cooperação mútua e portanto obtendo vantagens recíprocas. No entanto, nunca utilizando-se de outrem como um objeto. As relações seriam formadas espontaneamente entre eles. Ambos se esforçariam para conquistar seus objetivos de modo a maximizá-los, para que todos os membros da sociedade possam aproveitar. Logo, haveria uma certa responsabilidade do homem em colaborar com demais membros da sociedade. Assim como esperaria-se dela, que ele também gozaria desta cooperação realizada pelos demais homens. Dessa maneira, a realização de um ato primeiramente individual, quando maximizado, ou seja, quando ultrapassado seu próprio interesse, ocasionaria a geração de benefícios sociais. Comparando a lei brasileira é o que se tem no artigo 5º, inciso XXII e XXIII, da Constituição Federal da República⁵

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Dessa maneira, o homem poderá ser proprietário de algum bem. Isto é, poderá utilizar-se de suas premissas individuais. Contudo deverá prover benefícios aos demais homens. Um exemplo seria a compra de um imóvel a fim de se construir um mercado. E dele gerar empregos, realizar campanhas sociais ou ainda criar projetos sociais para a comunidade, aumentar a circulação de capital na região melhorando a economia local dentre outras consequências positivas dele extraídas.

Desse jeito, os homens pressupõem uma relação benéfica entre todos, agindo em cooperação com os demais. Ou seja, os motivos com os quais o homem auxilia outro é porque, este auxílio, futuramente voltará para si. Como uma espécie de expectativa que tem da sociedade. Age de tal forma e espera que ajam da mesma maneira. Desta reflexão, pode ser extraída de um trecho do versículo bíblico,

⁵ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988.

no Livro de Mateus, capítulo sete, versículo doze” assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles lhes façam; pois esta é a Lei e os Profetas.”⁶

Ademais, outra reflexão pode ser extraída dos ensinamentos de Gauthier. Que o homem é um ser racional e moral. Isto é, ele possui em sua mente uma espécie de filtro, que faz, com que antes mesmo de agir, sua impulsão esteja baseada nas convicções que possui com a moralidade. Sua consciência poderá ser seu limitador ou impulsionador. Assim, o homem agirá conforme os princípios que possui. Se acreditar agir de modo correto, será estimulado a fazer. Todavia, há homens os quais mesmo possuindo tal discernimento agem em desconformidade com a moral, acarretando prejuízos a demais membros da sociedade, e portanto, não lhe corroborando. Gauthier quando faz menção àqueles que possuem o discernimento e que agem a seu modo, refere-se ao homem médio. Ou seja, a maior parte da população. Aquela a qual é modelo de conduta aos demais. Aos que não se habilitam dela, Gauthier os denomina de imorais, e que portanto, não podem fazer parte de uma vida social.

Um paralelo a este pensamento se faz na ciência do direito penal. Em que, na teoria do homem delinquente, de Cesare Lambroso⁷, a partir de características biológicas, seres humanos estariam fadados ao cometimento de delitos. Assim, pessoas já nasceriam predispostas à determinadas práticas. E que, a tentativa de ressocializá-la ao convívio coletivo, estaria indo de encontro com sua natureza. Pois seus impulsos tenderiam a praticas não colaborativas com os demais homens. Limitando-se apenas as suas satisfações pessoais. Restando evidente de que não poderia e nem seria capaz de participar da ideologia colaborativa-social. Não podendo conviver socialmente.

Voltando aos pensamentos de Gauthier, referente aos interesses individuais e coletivos, fala-se que àqueles estariam subordinados a estes. E que uma pessoa incapaz de praticar atos de justiça, não encontraria autorrealização plena. Como mostrado no parágrafo a seguir

⁶EVANGELHO segundo Mateus. In. BÍBLIA sagrada. Reed. Versão de Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Ed. das Américas, 1950.

⁷LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. 1ª reimpressão. Col. Fundamentos do Direito. São Paulo : Icone, 2007.

Um indivíduo, ao escolher se tornar uma pessoa movida por um senso de justiça, justifica sua escolha, em primeiro lugar, através da constatação de que é a apresentação de um senso de justiça que garantirá sua participação como um parceiro confiável no contexto das relações sociais e, em segundo lugar, através da constatação de que é no contexto mesmo das relações sociais que ele pode esperar viver uma vida com “autorrealização plena” ou com “florescimento”.⁸

Assim, a felicidade, ou ainda o sucesso individual de um sujeito estaria determinado as suas escolhas pessoais. E que, viria-se a se concretizar, se essas escolhas concebessem algum tipo de vantagem a outrem que não o sujeito propulsor da ação percebida por aquela.

Dessa forma, com Gauthier, o desenvolvimento das relações negociais seria baseado em uma disposição racional do indivíduo – senso de justiça, que além de sua preservação, garantiria aceitação na vida social como também seria uma fonte de aprimoramento de si.

Logo, com Rawls e Gauthier chega-se ao ponto em comum de que, para a execução de um negócio entre dois ou mais sujeitos, eles devem partir de condições recíprocas. Como, possuírem condições isonômicas para o estabelecimento de um equilíbrio contratual, seja através da revisão contratual, por exemplo. Também, há o pressuposto de serem livres para realizá-lo. Deve-se haver liberdade para se contratar, para a realização de suas escolhas dentro dele e para sua alteração. Mesmo que ela venha ocorrer após o deslinde do negócio. Com isso, defende-se, mais uma vez, a necessidade e relevância da isonomia e mais ainda da liberdade inseridas nas relações sociais-negociais.

⁸ARAÚJO, Marcelo de. **Disposições morais e a fundamentação da moralidade a partir da perspectiva contratualista**. P. 17. (Cadernos de Ética e Filosofia Política 1)

4.0 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Este tema visa fazer uma relação entre os princípios fundamentais e a influência do modelo de estado neles.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* DEMOCRACIA : UM PARALELO ENTRE A FILOSOFIA MODERNA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Em uma releitura de Robert Alexy, feita por Dalton Santos Morais¹, transmite-se a ideia de que o princípio da democracia e os direitos fundamentais litigam entre si. Parece um tanto quanto falacioso dizer isso, pois o princípio da democracia também é um direito fundamental. Isto em uma concepção ocidental e moderna. Claro que ,mesmo que se diga ser um direito fundamental esta afirmação é dotada de relativismo.

Assim, diz Alexy e Dalton Morais que, embora muito relevantes, as categorias: princípio democrático e os direitos fundamentais, por possuírem tamanho tão importante e abrangente no Estado brasileiro , venham a se colidir. Deste modo, no decorrer deste trabalho, o leitor será conduzido a uma possível solução dada pelos mesmos.

Em outros trabalhos, como o da hermenêutica das regras de direito, realizado por Robert Alexy, chegar-se-ia a conclusão de que, resumidamente, princípios são de ordem tão complexa e relevante quanto as regras expressas. Que, havendo conflito entre mais de dois ou mais princípios, esses deveriam ser interpretados conforme o sistema de ponderação. Ou seja, nenhum princípio deve ser suprimido, todos deverão ser utilizados. A quantificação dessa utilização principiológica será avaliada pelo intérprete. Que, baseara-se na trilogia da proporcionalidade do princípio: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Logo, a partir das perguntas feitas ao sub princípio adequação- qual princípio é o mais adequado a ser aplicado ao caso? Qual é o meio pelo qual o problema melhor será resolvido a

¹ FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (Org). **Constitucionalismo e Democracia**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2013.

partir dos princípios que se tem? O da necessidade: Há necessidade de que o princípio seja aplicado? Qual seria o mais relevante a ser aplicado ao caso? E o da proporcionalidade : seria pertinente a aplicação mais intensa deste princípio àquele, justificando uma mitigação parcial do outro?- é que ter-se-ia uma aplicabilidade integralizada dentre eles.

Dessa forma, com a “ fórmula peso”, ou” fórmula da ponderação²”, Alexy tentou solucionar os problemas relacionados aos embates principiológicos. Ele realizou uma avaliação da importância de os princípios. Tentou em seus estudos demonstrar que todos aqueles são dotados de grandes valores. Fez entender que um sistema jurídico deve ser dotado daqueles em suas decisões e, para tanto, quanto mais fossem utilizados, maior se teria um direito harmônico. Aqui faz-se uns parênteses. Analiso essas palavras referentes a uma maior empregabilidade principiológica, como uma tentativa filosófica-utilitarista sendo aplicada ao direito prático.

O utilitarismo, modelo filosófico estudada por John Stuart Mill, adveio com a premissa ideológica de que o homem deveria valorar as consequências de seus atos a partir da quantificação de prazer que sua ação geraria aos demais. Isto posto, quanto mais indivíduos se beneficiassem com seu ato, maior a chance de se estar fazendo o que era certo. Assim, Mill observou que as noções de moral estariam envolvidas com as sensações de outrem. Quanto maior a felicidade e menos dor se fizesse, mais benevolente o homem seria. O homem e o motivo o qual o fez agir de tal modo. Isto posto, o princípio que ele baseou sua ação. Destarte, algumas conclusões podem ser apontadas deste breve relato. Alexy desejou um direito o qual um maior número de pessoas ficasse satisfeitas. Quis demonstrar também a relevância que o direito não positivado possui, e, que as leis são formadas por aqueles. Que a essência, ou núcleo do princípio deve ser resguardado. Isto quer dizer que os fundamentos de um princípio devem ser preservados e utilizados, mesmo que ele tenha sido suprido parcialmente por outro princípio. Que mesmo suprimido este princípio não perdeu sua relevância, mas que para determinado

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

caso, teve que se amoldar à felicidade social³. Que em outro caso este princípio suprimido possa a não ser suprimido, mas aplicado integralmente.

Feito algumas observações, volta-se as ideias entre a democracia e princípios fundamentais elencadas por Alexy. Ele, ao dizer que direitos fundamentais possuem uma conotação dúbia, quis dizer que, embora possuam destaque dentro do ordenamento jurídico, pois demonstram um destaque maior em detrimento de outros pelo fato de resguardarem bens jurídicos considerados de extrema relevância, podem e vêm a mitigar questões democráticas. Isto quer dizer que, quando há contrariedades que envolvam direitos fundamentais e há discricionariedade por parte do aplicador da lei em enfrenta-lo ou ainda ao legislador em criar normas que possam ser decididas de outra forma que não por princípios, ambos deverão se submeter aos resguardos que os direitos fundamentais carregam . Logo, seriam os direitos fundamentais elementos limitadores à discricionariedade dos agentes políticos e portanto da Democracia?

Dalton Morais, explica em seu capítulo que este monopólio dos direitos fundamentais é meramente aparente. Explica que a função dos direitos fundamentais é justamente a de preservar a democracia. Que os direitos fundamentais foram, voltando ao contrato social clássico, estipulados pela maioria da população, com o qual fez um pacto democrático com o Estado para que tais bens fossem protegidos. Esses bens então foram zelados dentro de princípios, com os quais denotam atualmente a nomenclatura representativa de o que viria a ser um direito fundamental.

4.2 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE

³ Este termo refere-se à felicidade maximalista de Stuart Mill. Onde a moralidade estaria inserida em um contexto o qual a maioria das pessoas estivesse feliz. Onde houvesse mais prazer e menos dor. MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Fabio Creder. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes,2014.

A vontade da maioria estabelecido como cenário democrático e os direitos e garantias estabelecidos na Constituição conquistam o âmbito harmônico através do controle de constitucionalidade, como explica Barroso.⁴

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Assim, normas compreendidas como de maior hierarquia formal e maior densidade político-jurídica⁵ se sobressaem às demais, fazendo com que sua criação e aplicação prática àquelas seja observada. Do contrário, mecanismos coercitivos a farão cumpri-las. Como por exemplo, julgados aplicados por juízes os quais impõe um dever de obrigação às normas e que não sendo observado, acarretam em uma sanção jurídica.

No entanto, pode surgir um questionamento interessante. Se as leis foram criadas pela sociedade, e os direitos fundamentais estão expressos por meio de garantias encontradas na Constituição da República – instrumento democrático- pois fora criado pela vontade da maioria e é aplicado por agentes escolhidos por essa mesma vontade, assim como as demais leis, por que agentes não escolhidos por ela devem aplicar uma sanção em seu descumprimento? Porque eles devem ser os fiscalizais dessa vontade? Seriam suas decisões, feitas por um único homem ou um grupo deles democrática? Estar-se-ia respeitando o princípio democrático?

A doutrina é esparsa na solução deste embate. Há uma corrente a qual rejeita totalmente a ideia de legitimidade ao *judicial review*⁶. Há outra corrente a qual defende esta postura e incentiva o ativismo judicial.

Essa última, fia-se ao conceito de que o modo pelo qual membros do Poder Judiciário são eleitos – antidemocraticamente - seja para zelar a própria ordem

4 BARROSO, Roberto apud MORAES, Dalton (Org). **Constitucionalismo e Democracia**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2013. p.163.

5 Id.

jurídica. Um contingente de pessoas poderia ao invés de respeitar as normas previstas na Constituição, modificar sua atual redação. Isto porque poderiam interpretá-la de modo diverso ou ainda porque as necessidades contidas em determinado mandamento poderiam estar limitadas às necessidades daquele grupo. Assim, tem-se como papel do juiz, a interpretação da norma conforme diretrizes constitucionais, respeitando também a vontade da maioria naquilo que for possível, e, então estando a norma escassa, agir conforme sua discricionariedade que lhe é fomentado.

Entende-se também que, embora não eleitos pelo voto social, os juízes possuem como função a equalização entre as demandas coletivas⁷ e a imposição que a lei estabelece. De tal forma que sua missão encontra legitimidade, não só por que prevista em lei, mas porque essa fora objeto avindo de uma demanda social. Para que fosse criada a lei que determina que decisões judiciais são realizadas por magistrados, teve-se uma discussão sobre ela por agentes escolhidos pela própria sociedade. Que também discutiu que ter-se-ia um grupo de pessoas, que os representariam para tomar decisões políticas-sociais. Desta forma, o meio pelo qual se consegue obter a democracia, é pela decisão popular que deu respaldo para que houvessem representantes das vontades sociais. Esses não só magistrados, mas todos os servidores públicos. Que possuem qualificação para agir em nome social e fazer contribuir para com ela. Assim, o processo de escolha dos agentes políticos, em especial, os não eleitos diretamente pela população, é encontrado de modo expresso na Constituição Federal.

4.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

⁶ Uma forte corrente de rejeição ao judicial review no país em que o instituto foi criado, os Estados Unidos d América, é denominada como constitucionalismo popular e propõe que o poder de dizer o que a Constituição deve ser atribuído ao povo, vez que este seria um órgão social capaz de atuar política e independentemente dos órgãos estatais governamentais para a plena distribuição das responsabilidades sociais. MORAES, Dalton Santos apud PIRES, Thiago Magalhães. **Constitucionalismo e Democracia**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2013. p 165.

⁷ Coletivas porque advém da sociedade, sendo seu conteúdo lato sensu. Pois abrange também demandas individuais e difusas.

A introdução a este tema seguirá especialmente a nomenclatura a ele mencionado. Pode-se entender como um Estado Democrático aquele que respeita o poder de participação do povo na direção governamental de uma nação. Como disse Paulo Bonavides Democracia sem participação popular – “é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”⁸. Assim, analisa-se como equânimes o significado entre democracia e participação popular, onde aquela seria apenas mais uma palavra sem qualquer sentido prático, senão analisadas em conjunto. Dessa forma, complementa Bonavides

a democracia identifica-se com o governo do povo, enquanto o constitucionalismo pode ser definido como “[...] um movimento teórico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania⁹

Isto posto, a democracia encontra respaldo em sua própria origem. É na teoria do Poder constituinte originário, o qual possui características de criação de normas denominadas fundamentais, alcançadas através de um fator extrajurídico- vontade do povo, que ilimitadamente e incondicionada mente à Poder superior a ele- o qual é inexistente, inova no mundo jurídico. Trazendo à sociedade uma revolução jurídica-social. Cria a Carta de direitos fundamentais e traz consigo poder ilimitado juridicamente- ilimitado até que esteja implementada dentro do Estado. Legitimando este poder. Designando uma titularidade a ele, sendo o povo seu titular. Portanto, a democracia visa deliberações por parte dos participantes de um Estado acerca de decisões, seja de quais campos forem, a questões sociais¹⁰.

⁸ LINHARES, Emanuel. et al. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo : Atlas, 2016.p.5.

⁹ Ibid.,p.7.

¹⁰ sociais, dito genericamente. Pois podem ser debatidas questões de traços individuais pertinentes a determinado grupo, como no caso de direitos individuais homogêneos.

No que tange ao campo Estado de Direito, pode ser compreendido como um mecanismo o qual pretende defender direitos conquistados socialmente, mas também como um instrumento pelo qual eles deverão respeitados. Assim, o Estado de Direito objetiva salvaguardar e garantir a efetividade dos direitos alcançados por meio do Estado Democrático.

No entanto, após o advento da Carta Magna, ocorrera um exorbitante dualismo-interpretativo com relação a compreensão de direitos garantidos por ela. Cada vez mais o Poder Judiciário encontrava-se saturado de questões com as quais deveria dar um novo sentido a as normas impostas. Questionou-se métodos interpretativos para com sua compreensão. Os enunciados jurídicos trazidos já não faziam mais sentido em comparação a nova realidade social. Surgiam críticas com relação ao papel judicial a respeito da constitucionalidade, na qual Mark Tushnet, graciosamente propôs uma resposta.

Defendeu a ideia sobre a existência de um diálogo entre os poderes eleitos diretamente (executivo e legislativo) e o judiciário, para que houvesse uma aproximação entre o veredito jurisdicional e a vontade popular. E que essa hermenêutica dialógica entre os poderes, poderia acarretar em benefícios à coletividade; como exemplo a queda ao fenômeno juricêntrico¹¹ valorizando o aparato democrático e a qualidade nas decisões ,sendo elas baseadas com maior grau de proximidade aos assuntos a ela trazidos. Dessa forma, Paulo Bonavides conclui que

A hermenêutica dialógica não é propriamente avessa ao controle de constitucionalidade, tampouco ignora a importante função que o Poder Judiciário tem (e sempre terá) na constituição de um país melhor e mais igualitário. Preocupa-se, porém, com os riscos democráticos decorrentes

de um avanço irrefreável do protagonismo judicial, em detrimento de outros importantes agentes e arenas de interpretação das cláusulas abertas da Constituição. Se, por um lado, o constitucionalismo popular parece pecar

¹¹ o jurista apegar-se a solução de acordo com sua discricionariedade e conveniência, mesmo que fundamentando-a, diminuindo-se a margem de liberdade e de convicções pessoais que teria. (texto levemente modificado) LINHARES, Emanuel. (Org) et al. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo : Atlas, 2016.p. 14.

ao idealizar que o processo político efetivamente existente nas sociedades constitui um espaço igualitário, em que todos os cidadãos têm o mesmo peso, ignorando que as democracias representativas contemporâneas

estão longe desse ideal – e o Brasil é exemplo clássico disso –, por outro, tem o mérito de chamar a atenção para o fato de que a Constituição não é apenas o que fazem/dizem os Tribunais.¹²

Sendo, nas palavras de Daniel Sarmiento, “a função da Constituição é, antes de tudo, inspirar a atuação política de cidadãos e representantes”.¹³

Portanto, conclui-se que o fenômeno dialógico entre o povo e seus representantes poderia ser mais um mecanismo de democracia. Que a função da Carta Magna sempre foi o de resguardo a bens considerados indispensáveis a vida social, almejando uma proximidade com seus legitimados.

4.4 CLÁUSULAS PÉTREAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preteritamente já explanado acerca das origens do Poder Constituinte Originário, segue-se a linha dos poderes constituintes com o Poder Constituinte Derivado, averiguando sua relação com as cláusulas pétreas.

Enquanto o Poder Constituinte Originário é quem traz ao mundo jurídico sua origem, o Poder Constituinte Derivado tende a amoldá-lo conforme as demandas sociais. Reformando ou revisando-o. Como afirmou Carl Schmitt “O poder constituinte é a vontade política cujo poder ou autoridade é capaz de tomar a decisão concreta sobre o tipo e forma da própria existência política, ou seja, de determinar, na sua integralidade, a existência da unidade política¹⁴”

¹² Ibid., p.19.

¹³ Id., 2016, p.19.

¹⁴ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34

Diferentemente daquele, o Poder Constituinte Derivado é condicionado . Ou seja, submete-se a seu criador-o povo. Possui fonte jurídica, pois poderá alterar a Carta Magna apenas se observar os procedimentos formais e materiais que cabem a alterá-lo, e, é limitado pois possui limites implícitos em seu escopo: o poder de dupla revisão e o de representatividade, mas também limite material como as cláusulas pétreas. No entanto, Ernst-Wolfgang Bockenforde notifica que o Poder Constituinte Derivado não fora uma criação do Poder Constituinte Originário, como narrou “ o poder constituinte não pode existir no interior ou mesmo com base numa constituição, como se fosse um órgão criado por ela, mas pré existe, cria e limita a própria constituição e os poderes constituídos.¹⁵”

Retornando ao assunto a despeito das cláusulas pétreas, essas podem ser encontradas no artigo 60, da Constituição da República, o qual, especialmente em sem inciso quatro, alude os direitos e garantias individuais.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.¹⁶

Logo, não poderão ser objeto de deliberação parlamentar, sequer sua exclusão ou modificação-restritiva. Isto quer dizer que, poderão ser modificadas apenas se houver uma expansão em seu núcleo fundamental. Somente se essa alteração lhe trazer maior alcance é que poderá-se ser revisada.

Todavia, analisando os fatos de que, estão expressão apenas os direitos e garantias individuais como assunto não modificável-restritivamente, vem-se em mente se os demais direitos – sociais, coletivos e difusos, poderiam sofrer essa limitação ? Já que não elencados no rol das cláusulas pétreas. Ingo Wolfgang Sarlet, esclarece que não. Embora não expressos neste rol, e a interpretação aplicada à

¹⁵ Ibid., p. 37

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Organizado com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.25.

Constituição Federal deva ser a feita limitada a seu escopo, neste trecho poderá-se fazer uma extensão aos demais direitos, tanto os direitos contidos na Carta Magna como nas leis infraconstitucionais. Dessa maneira, pontifica-se a ideia de que todos os direitos, sejam de primeira, segunda ou terceira dimensão, estão protegidos pela Carta Magna, e que ela é instrumento garantidor de sua aplicação.

Assim, partindo-se do conhecimento de que são exemplos de direitos individuais a igualdade, liberdade, analisar-se-á os motivos os quais eles também fazem parte do rol de direitos fundamentais, não somente porquê são protegidos por cláusula pétrea, mas porquê envolvendo-se na esfera negocial – contratual, mesmo com nome diverso, fazem jus a preservação de outro direito, o da revisão contratual. Tema explorado no capítulo seguinte.

4.5 O MODELO DE ESTADO E SUA INFLUÊNCIA NO ÂMBITO PARTICULAR

Inicialmente, quando fala-se sobre revisão contratual, preteritamente a ela, ter-se-á uma relação envolvendo mais de um indivíduo. Essa relação, independente de seus requisitos formais- como existência, validade e eficácia, pois já estudo em outro capítulo, possui como âmago à sua origem, a vontade de empreendimento entre essas duas ou mais pessoas. Essa vontade, pode ser identificada como a liberdade que ambos possuem para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Sendo à vontade o mecanismo pelo qual as pessoas virão a concretizar seus objetivos. Como explica Clovis V. do Couto e Silva

Autonomia da vontade, a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar escambo dos bens, dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.¹⁷

Contudo, embora a atividade negocial, fruto de princípios como a liberdade e igualdade¹⁸ possa ser realizada entre entes particulares, suas ações ainda assim são fiscalizadas pelo Estado, mesmo a autonomia da vontade sendo um direito supra –

¹⁷ COUTO e SILVA, Clovis V do. **A obrigação como processo**. 8.ed.Rio de Janeiro: FGV,2013.p.17.

estatal¹⁹. Isto ocorre quando há abusividade de cláusulas contratuais por exemplo, na qual possa implicar na restrição de um direito individual.

Assim, tem-se o paralelo proporcional de quanto mais liberal é o Estado, mais autonomia os indivíduos terão, e, por consequência maior a abstenção do Estado diante das relações negociais de particulares. Diante desta premissa, poderão ser encontrados alguns benefícios, sendo eles: o poder de dirigir o negócio e auto regulá-lo conforme suas necessidades; o dinamismo que a relação alcançará; a faculdade de estipular cláusulas bem como de restabelecê-las independente de autorização legal; a possibilidade de criação de contratos não previstos em lei-contratos atípicos; a fomentação à iniciativa privada ; menor burocratização e também a oportunidade de o Estado tratar de outros assuntos enquanto não se ocupa com assuntos particulares.

Importante frisar que, não é pelo fato de o Estado diminuir sua interferência dentre das relações privadas que ela estará isenta do cumprimento da lei, ou ainda irresponsável pelos atos que vier a praticar. Ainda assim existirão as proteções a bens que estiverem na iminência de ser ou forem lesados.

Contudo, embora a margem para a realização do negócio parece ser bastante discricionária, existem algumas restrições à autonomia da vontade. Um exemplo quanto a esta restrição se permeia no tipo de atividade a ser desenvolvida pelo agente. Um exemplo , seria a impossibilidade de uma empresa privada iniciar um negócio com demais membros da sociedade para envio de telegramas. Visto que esta atividade é monopólio exclusivo do Estado. Ou seja, nenhuma outra entidade particular poderá executar tal atividade, pois seu exercício é feito exclusivamente pela União . Possuindo competência exclusiva. Logo, ela é indelegável, cabendo apenas a àquela executá-la. A menção a este trecho encontra-se respaldado no artigo 21, inciso X:“Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”²⁰.

¹⁸ primordialmente são estes dois princípios que fundamentam sua origem, mas não só.

¹⁹ Considera-se este direito inerente e essencial à vida em sociedade e mais ainda no âmbito contratual. Dessa forma, eleva-se seu status acima do próprio Estado

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Organizado com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.

Outro exemplo, poderia recair quanto ao objeto do negócio. Mesmo um contrato realizado presentes seus requisitos de existência, validade e eficácia, poderia vir a ocorrer uma intervenção nele. Se uma empresa quisesse fabricar, ou ainda realizar uma atividade cujo o objetivo fosse a regularização ou fiscalização de materiais bélicos, estaria agindo inconstitucionalmente e também ilegalmente. Pois este é outra área de domínio exclusivo do Estado. Art. 21. Compete à União: VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico²¹.

Dessa forma, observa-se que, anteriormente a realização das transações econômicas, o Estado, através do direito, as regula. Fomentando-as ou ainda podendo desestimulando-as. Contudo, no que se refere a negociações já realizadas, a intensidade a qual o agente estatal influi nas relações privadas previamente a ele seria a mesma?

Essa pergunta pode ser respondida através de alguns princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo. Tendo em vista que uma das funções dos princípios seria o de solucionar casos, fazendo-se de guia a interpretação da lei, ou ainda utilizando-se de seu conteúdo normativo para a difusão do direito. Assim, podem ser utilizados o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, o da isonomia entre as pessoas constitucionais, o princípio confirmados do direito de propriedade, o da motivação, o da irretroatividade das leis, o da impessoalidade, o da transparência e publicidade, dentre demais princípios essenciais à aplicação do direito administrativo brasileiro.

Dessa maneira, com o princípio do interesse público sobre o privado, o da indisponibilidade do interesse público e o da impessoalidade, o ente estatal poderia argumentar a inferência em uma relação particular explicando que, para se manter a ordem jurídica, preservando a ordem social também, tal negócio não poderá vir a ser eficaz. Ou ainda, que o interesse coletivo, e portanto a vontade da maioria seria prejudicado. Desta forma, o estado ao agir como fiscal da lei, aplicaria penalidades àqueles no descumprimento de suas recomendações. Coagindo-os a obedecer a vontade criadora da lei. A vontade da maioria. Contudo, o Estado poderia e pode se

21 Id.

utilizar de sua discricionariedade para limitar as relações privadas. Assim, conforme oportunidade e conveniência, sempre fundamentando sua decisão, de acordo com o princípio da motivação, teria competência para modificar relações particulares já pactuadas.

Dessa forma, analisa-se que o controle de mérito – oportunidade e conveniência, aumenta ainda mais o campo de atuação estatal dentro de quaisquer negócios. Contudo, mesmo fundamentada através de princípios, ela sempre deverá obedecer a legalidade e o interesse público, para que possa ser apta a produzir seus efeitos.

Portanto, a partir das leis, ou seja, lei propriamente dita, atos emitidos por autoridade pública, costumes, princípios e demais fontes de direito, é que ter-se-á conhecimento de como determinado Estado costuma agir em relação as relações privadas. Pois é no direito do país que suas ideologias estarão expressas. É nele que se determina os rumos de uma sociedade. Como quer-se que ela se amoldada. E com o direito e o poder, tem-se plena capacidade para tal. Conseqüentemente, independente de um Estado admitir ser liberal ou menos em relação à sua economia, é a partir de suas leis que constatará se realmente o é. Leis, e mais precisamente ações. Logo, a nomenclatura com a qual o governo adota para com sua política econômica, não será instrumento para saber medir sua interferência junto à iniciativa privada.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À REVISÃO CONTRATUAL

Tem-se como intuito deste capítulo a compreensão de que, o direito a modificação a posteriori de um contrato também seria protegido através de direitos fundamentais, é o que a seguir se verá.

5.1 OBRIGAÇÃO NO SENTIDO CLÁSSICO

Com grande honradez, inicia-se este capítulo, em que tratara-se-a a despeito das obrigações, conceitualizando-o nas palavras de Clóvis Beviláqua.

Na idéia de obrigação, facilmente descobre a análise de dois elementos essenciais: a limitação , o encadeamento da liberdade psíquica, restando a expansão da personalidade, e , concomitantemente, um estímulo que vem a determinar a vasão, por um determinado sulco, das energias assim restandas. O primeiro desses elemento, da ação negativa, age sobre o nosso espírito, falando à razão e ao sentimento, para nele impedir o surto de volições contrárias às que vier provocar o segundo elemento, ou para que sejam sacrificadas as que, não obstante, sobrenadarem na mente agitada, em ordem a que não transponham as orlas do mundo psíquico, externando-se por fatos. Da combinação dessa força inibitória com esse estímulo, regação- o qual só aparece , nítido e vigoroso, nos caracteres equilibrados e fortes porque, somente nesses, a boa orientação da inteligência e das emoções permite a disciplina da vontade¹

Com o trecho supra-referido, a partir de uma análise psíquica da origem das obrigações, pode-se analisar que, ele não surge da espontaneidade do sujeito. As obrigações nascem de uma imposição realizada através da lei, preceito ou norma que atuará na consciência do indivíduo². De modo que ajustará sua conduta à norma aplicável. “Tende ele a modelar sua atividade, segundo a forma pré-estabelecida

¹BEVILAQUA. Clovis. **Teoria das obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães 1896. p 11.

² Ibid.,p.12

pela norma, que lhe suscitou, ou melhor, que lhe criou essa situação. Dentro desse molde, acomoda-se a conduta humana³.”

Já a noção clássica de obrigação, a seguir analisada ponto a ponto, feita por Clóvis Beviláqua é a :

Relação transitória de direito, que nos constringe a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão⁴.

Relação transitória, porque mesmo que seja realizável em mais de uma prestação, ou mesmo que repercuta no tempo, terá um fim. Toda obrigação tem um início e um fim. É um imperativo normativo pois demanda seu cumprimento, seja espontaneamente ou não , a realizar um desses três atos: dar; fazer algo ou abster-se de fazer. Ou seja, ele será cumprido, independente da vontade do agente. Ademais, as obrigações são percebidas direta ou indiretamente, por atos ou bens de cunho patrimonial, o qual acarretará benefício a quem dela se aprover ou a quem a esta pessoa vinculado, como seu representante. Deverá ser realizada através de sua origem que poderá ser pela lei ou pela vontade das partes.

Assim, a relevância da observação das obrigações se dá porquê aquela se subordina a uma conduta humana cuja ação é reconhecida por meio de uma força maior a ela, sendo a lei, a moral, ou outro meio regulador atividade humana. Uma força que, por ser superior a conduta humana, poderá lhe exigir o exato cumprimento da obrigação, conforme o pactuado, ou ainda poderá permitir-lhe posterior modificação, não sendo coagido a agir conforme lhe fora previamente determinado.

Desse modo, com a chancela de se poder agir juridicamente em desconformidade com o pactuado dentro de um negócio, mas mesmo assim estando em conformidade com o sistema jurídico, é que dar-se-à início à revisão contratual.

3 Id.

4 Ibid.,p.14.

5.2 AS IMPOSSIBILIDADES QUANTO A PRESTAÇÃO DA OBRIGAÇÃO.

A impossibilidade pode ser percebida diante de uma concepção jurídica, quanto no sentido das ciências naturais. Nas ciências naturais, "impossível seria a prestação de coisa que já não mais existe. Juridicamente impossível seria " uma sobre-hipoteca para recair em um bem que já não a comporte; a venda de algo que já é de propriedade do credor"⁵, como explica Clovis do Couto e Silva.

Diante de um critério temporal, tendo como norte a constituição de um contrato, podem ser observadas dois momentos quando a inexequibilidade daquele. Tem-se a impossibilidade a priori e a posteriori. Isto quer dizer que, a relação negocial antes de ser concluída pode restar inexecutável. Ou ainda após sua conclusão.

Quanto sua extensão, podem ser: impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa. A impossibilidade absoluta de um negócio implica sua inexecução total. Nunca virá a ser cumprido. Já a impossibilidade relativa, diz respeito a partes do negócio. Não sua totalidade. Assim, ele virá a ser realizado. Contudo, sua outra parte não. Assim, conforme Clovis V. do Couto e Silva

Diz-se que a impossibilidade é relativa quando falta ao devedor meios para prestar; tem aí o significado de insolvência. A impossibilidade absoluta é para todos; nem A nem B nem C, nem qualquer outra pessoa pode prestar. A impossibilidade ocorre sem culpa ou com culpa do devedor ou do credor⁶.

A impossibilidade inicial do negócio de modo absoluto o torna nulo. Isto quer dizer que nunca causará efeitos no mundo jurídico. Já a impossibilidade inicial do negócio de modo relativo não o anula.

Assim, a inexequibilidade parcial do negócio, posteriori a ele, deve ser analisada por circunstância a ele imputável- culpa. Fora responsabilidade de um

5 COUTO e SILVA. *Covis V. do. A obrigação como processo*. Livraria e editora jurídica José Bushatsky Ltda: São Paulo 1976.p.124.

6 *Ibid.*, p.121

dos contratados parte da inexecução contratual? Se si, a ele aplicar-se-a as devidas sanções. No entanto, a inexigibilidade a priori ao negócio não é discutida ao mundo do direito. Pois, por se tratar de fato incerto, poderá vir ou não a ser concretizado.

Milita em favor da opinião de Pontes de Miranda sustentada, ao que parece, pela primeira vez no Direito brasileiro, a circunstância de que a impossibilidade só o é verdadeira a absoluta. Por este motivo, os Códigos nada dizem a respeito da impossibilidade relativa inicial e ninguém poderá pretender que mera insolvência anterior ao contrato seja suficiente para anular o convencionado. E não o fazem porque sentem que impossibilidade, quando o Código não se refere explicitamente à inaptidão, é somente a absoluta⁷.

Conforme artigo 396, do Código Civil, somente falar-se-a e mora quando houver fato ou omissão imputável ao devedor. Ou seja, *mora debitoris*. Não tendo culpa quanto a inexecução do negócio, não há que se falar em mora e portanto, não será aplicada sanção jurídica ao descumprimento dele. Pois o devedor não foi que deu causa. Conforme Clovis, “Se somente existe mora com o fato imputável ao devedor, não se pode chegar a uma solução jurídica na qual se manifesta uma forma de mora sem culpa⁸”.

A impossibilidade econômica, também seria um dos fatores dentre os quais a obrigação poderia vir a ser inadimplida. Assim, a cláusula *rebus sic stantibus*, onde pressupõem o cumprimento literal e total das obrigações contraídas, em tempos de instabilidade econômica, vira-se a tornar ultrapassada. Mormente, a impossibilidade de adimplemento de uma obrigação, seja e razão do motivo que for, poderá ser revista por quem dela se prestou fazê-la e a quem recaíra.

Dessa forma, vem a revisão contratual, ser um remédio contemporâneo as discussões enfrentadas preteritamente. Ao invés de se utilizar de um terceiro para decidir qual medida a ser aplicada ao inadimplente, os sujeitos da relações poderão

7 Ibid., 123.

8 Id.

decidir a maneira pela qual ela poderá vir a ser executada. Ocasionalmente mais benefícios as partes, pois a decisão partirá da vontade deles, como o conhecimento das possibilidades de quem deverá fazê-la. Ademais, a desnecessidade de utilizar-se do Estado como mecanismo de coerção e sanção, traz maior celeridade à decisão, bem como, a dispensabilidade de gastos com o Poder Judiciário. Assim, o Estado poderá ocupar-se com outras questões sociais. Trazendo mais um benefício a sociedade e aliviando o Judiciário de mais conflitos que podem vir a ser resolvidos por seus próprios agentes causadores.

5.3 A TEORIA DA IMPREVISÃO: TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E A TEORIA DA BASE NEGOCIAL

A teoria da imprevisão é uma dentre tantas teorias que visam a explicar os motivos os quais eclodiu-se a revisão dos contratos. Nessa parte do trabalho, serão analisadas suas variantes: a teoria da onerosidade excessiva e a teoria da base negocial.

A teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, em suma, partem de um mesmo princípio, o da preservação dos contratos. Embora em razão de fatores externos a ele, esse vira a ser alterado, tende-se à preservação da vontade das partes desde o início do negócio. Isto é, o contrato poderá vir a ser modificado, porém os desígnios os quais deram origem a ele deverão ser conservados. Logo, a teoria da imprevisão mantém em seu escopo matérias de ordens subjetivas as quais não puderam ser previstas ao tempo de sua formação.

Dessa maneira, a aplicação da teoria da imprevisão precindir-se-á a três características: a imprevisibilidade do fato, a sua extraordinariedade ou excepcionalidade e a onerosidade desproporcional. De forma que a imprevisibilidade fosse ocorrida a *posteriori* ao ato negocial, sem que o fato pudesse vir ao imaginário das partes que pudesse vir a ocorrer; que sua extraordinariedade ou excepcionalidade significasse um evento incomum, não cotidiano a rotina dos partícipes do negócio e que a onerosidade gerada por determinada situação desarmonizasse o equilíbrio-financeiro do contrato. Decorrentes das características

referidas, algumas deve ser observadas: o fato originário do desequilíbrio contratual não deve ser passível de previsibilidade dentro dos riscos que o negócio vira a passar e a responsabilidade pela onerosidade excessiva não deve ser imputável a quaisquer das partes. De modo que apenas fatos exteriores à vontade dos negociantes é que poderiam fundamentar uma possível requisição à revisão dele.

A teoria da onerosidade excessiva além de se utilizar dos mesmos requisitos da teoria da imprevisão (imprevisibilidade, extraordinariedade e desproporcionalidade à prestação) pressupõe a resolução da relação. Não tendo como opção sua eventual revisão. Em consequência extingue-se a vontade inicial que se mantinha o negócio. Levando-se em conta seu papel objetivista. É o que se entende como finalidade objetiva do contrato⁹. Em que visa na impossibilidade de sua finalidade originária, seu fim.

A teoria da base negocial adveio de

uma circunstância extraordinária superveniente e sem culpa de nenhuma das partes, se produz uma alteração na natureza da obrigação, transformando-se em algo fundamentalmente distinto do que se teve em mente ao contratar, ou seja, que se converte o contrato em algo diferente do acertado¹⁰

Dessa forma, dispensa-se a imprevisibilidade como requisito à sua modificação. Podendo haver a intervenção das partes nele se dada circunstância vier a modifica-lo conforme o que havia previamente sido estabelecido. Assim, com a quebra dos preceitos aos quais fora originariamente estabelecido, admite-se uma intervenção a ele, fundamentando-se nos critérios de justiça contratual e na equidade¹¹.

Portanto encerra-se este subtópico com o intuito reflexivo aos dizeres de que a possibilidade de revisão as relações negociais se perfazem de maneira positiva

⁹ CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.p.155.

¹⁰ Ibid., p.156.

¹¹ Ibid.,p.163.

dentro de um ordenamento jurídico e social. Sendo fruto originário das mudanças ocorridas no mundo social, ecoalizando-se ao sistema jurídico brasileiro e estudado em outros ordenamentos jurídicos. Trouxe a aplicabilidade de novos princípios ao instituto dos contratos assim como sua adaptabilidade diante de novos adventos globais.

5.4 A CRISE DOS CONTRATOS

Com a ascensão do capitalismo e a influência do surgimento de macroeventos em pleno século XX, as teorias as quais eram resposta a despeito da teoria contratual, não supriam mais a seus questionamentos. Assim, com novas perguntas e a ausência de concepções as quais pudessem ser compreendidas àquele tempo, dado tamanho desenvolvimento social e econômica que estaria ocorrendo, intitulou-se o fenômeno da “crise dos contratos¹²”

Assim, a concepção tradicional que se tinha sobre contratos, ou seja, sua produção por duas ou mais pessoas e condições iguais – isonomia formal; a medida que exteriorizam sua vontade – autonomia da vontade, a constituir uma relação com conseqüente obrigação jurídica em que transmute com eficácia e segurança a circulação de bens ou serviços (obrigatoriedade dos contratos), deu início a uma nova processualidade em sua criação. A comercialização marítima internacional, bem como novas formas de expansão comercial, dilapidara tais requisitos formais.

Desse modo, as relações negociais bem como seu desfecho não requerem a presença dos contratantes e um determinado local. As cláusulas não são mais discutidas uma a uma para sua possível personificação ao negócio. Os contratos não são mais conveniados, mas ofertados, de modo que a outra parte poderá sujeitar ou não a ela.

Em decorrência destas transformações intercontinentais, aos contratos trouxeram alguns resultados. O primeiro, fora a nova ideologia que se trouxe ao instituto contratos e seu conceito. Assim, sua capacidade de poder ser modificado, sem perder seu objeto, assim como seu reconhecimento fruto de fenômenos sociais

¹² Ibid., 123.

lhes aprouveram como um produto fruto de tais transformações. Ademais, o advento de novas estruturas contratuais fizeram com que se elevasse o papel da possibilidade da revisão contratual a fim de se internalizar tais mudanças.

Dessa maneira, os resultados ocorridos no mundo dos contratos e em suas relações, além de serem analisados de modo conjunto, ocasionaram a revitalização deste instituto, como a reformulação dos princípios que o norteiam. Também, a essas relações foram integralizadas novos princípios, tais como o da boa-fé objetiva, a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio contratual. De modo que passaram a ser estudados junto aos demais princípios tradicionais aos contratos.

5.5 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Assim como a Constituição da República Federativa brasileira é permeada por normas de conteúdo abstrato e genérico- princípios, o Código Civil brasileiro também. Porém com uma diferença quantitativa menor. Desse modo, deverá o intérprete, ao integralizá-las, fazerem-se ser aplicadas a partir de uma hermenêutica construtiva. Ou seja, não a não exclusão de valores, mas como já estudado e comentado neste trabalho, elaborar um método integrativo entre as normas valorativas, a fim de se aplica-las conjuntamente, maximizando seu conteúdo principiológico fundamental. Contudo, para isso, serão necessários alguns instrumentos que possibilitem sua eficácia . E , é neste contexto que se argumenta a relevância da revisão contratual, sendo ela “ um instrumento de concretização dos princípios constitucionais¹³”

Dessa forma, os tribunais, ao salvaguardarem as fontes de direito, passam a exercer um papel ativo na consolidação da normatividade constitucional. “Os juízes deixa de ser mero instrumento de veiculação de regras e normas jurídicas e passa a ser elementos centrais no sistema jurídico. Em sua atividade hermenêutica, constroem e reconstroem normas, determinando um sistema móvel e dinâmico que se revitaliza permanentemente¹⁴”.

¹³ Ibid., p. 226.

Com isso, além da importância da presença de determinados valores e seus propósitos dentro do sistema jurídico, reflete-se também a importância da aplicabilidade da norma ao caso por aqueles. Estando o direito à revisão negocial apresentado dentro de princípios, como de normas e outras fontes de direito. Evidenciando-se a Constituição Federal. Que será discutida no presente instante.

A Constituição da República Federativa é conhecida por ser uma lei a qual visa o bem estar social. Dito isto, respalda um dever de colaboração que membros de uma determinada sociedade por ela regida devem ter consigo. Valores que devem carregar em si. Princípios norteadores das condutas humanas.

Assim, são classificados por seu conteúdo, em detrimento dos demais alguns princípios com os quais acredita-se ser fundamentais à vida social. São eles o princípio ao acesso à justiça, o da liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade. Fixados no artigo 5, da Constituição Federativa, sendo denominados como direitos fundamentais. Além de poderem ser aplicados no estudo dos contratos, por acreditar-se serem fundamentais a sua elaboração, também poderão ser invocados quanto para a sua modificação. Com essa lógica se afirma que o direito à revisão contratual, por nele estarem embutidos todos aqueles princípios e por mais alguns motivos, pode ser classificado como um direito fundamental.

Argumenta-se este ponto de vista pelo fato deste preencher todos os requisitos os quais àqueles expressos no artigo 5, da Constituição Federal apresentam. Não obstante, é veículo de efetivação às demais valores salvaguardados por aquela. Por conseguinte, pode ser compreendido como remédio a diversas questões negociais. As quais ensejam em uma maior participação das partes iniciadoras dele. Fazendo com que ele se auto-regule por aquelas. Um entendimento semelhante aos ideais de Adam Smith, em sua teoria da mão invisível¹⁵.

Desta forma, além de argumentar-se ao longo deste trabalho que a revisão contratual pode ser vista como um valor implícito dentro de demais princípios, pode ser compreendida como um princípio do ramo do direito civil decorrente do brocardo

14 Ibid., p. 227.

15 SMITH, Adam. A riqueza das nações. Martins Fontes, São Paulo.p. 438.

rebus sic stantibus, como também, um instrumento o qual visa a efetivação de normas jurídicas ao mundo fático, sendo instrumento de aplicação à justiça contratual diante do dinamismo global.

6 CONCLUSÃO

A crise do positivismo fez com que pensássemos mais nos princípios e em suas aplicações. Aproximando a justiça da lei. Já que a crise fora desencadeada pelo uso isolado da lei positiva de demais disciplinas, como estipulada por Hans Kelsen. Logo, a sociedade procura na lei respostas às injustiças sociais.

Com o advento de uma nova era para a ciência jurídica, os princípios puderam ser estudados e seu aspecto mais amplo. O pós positivismo trouxe harmonia ao campo do direito, fazendo com que regras e princípios pudessem ser estudadas isonomicamente, como normas. Normas de um único sistema.

Outro objeto de estudo abordado, foram as bases conceituais sobre as relações negociais, que também puderam ser analisadas com enfoque histórico-filosófico. Bases que tiveram influências antecedentes a era pós positivista. Desde o cristianismo, séc IV, princípios norteadores dos contratos, no caso a liberdade havia sido discutida. Mais tarde, a origem da sociedade foi discutida por John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques-Rousseau. Ademais, na modernidade, Emmanuel Kant trouxe à ciência jurídica a junção entre racionalidade e o direito. Que mesmo condutas baseadas no *dever ser* gozavam de liberdade.

Posteriormente, na contemporaneidade, David Gauthier e John Rawls, cada um em seu campo de atuação, sociologia e filosofia, relacionaram a isonomia e liberdade, as quais puderam ser inseridas ao estudo das relações negociais, possibilitando à sua revisão .

Desse modo, com os princípios, entendidos como fundamentais a todos os autores abordados, a liberdade e igualdade, possibilitou-se que atualmente qualquer negócio pudesse ser revisto, pois os contratos pressupõem como condição de existência a vontade das partes e sua auto-regulação por aquela; bem como pudessem ser invocadas utilizando-se apenas bases normativas-principiológicas. Sabendo-se que os princípios encontram-se tanto no direito positivado, expressos em leis, como no direito natural, servindo ao homem como instrumento da formação dos pensamentos jurídicos.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Marcelo de. **Contratualismo Moral e Direitos Humanos no Âmbito nas Relações Internacionais**. Revista Direito e Práxis.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017
- BARROSO, Roberto apud MORAES, Dalton (Org).**Constitucionalismo e Democracia**. São Paulo:Editora Juspodivm,2013
- BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro:Editora Zahar, 2001.
- BEVILAQUA. Clovis. **Teoria das obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães 1896.
- BRASIL. Constituição (1988). Organizado com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana dias da Rocha. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018
- COUTO e SILVA, Clovis V do. **A obrigação como processo**. 8.ed.Rio de Janeiro: FGV,2013.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1997.
- CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009
- EVANGELHO segundo Mateus. In. BÍBLIA sagrada. Reed. Versão de Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Ed. das Américas, 1950.
- FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (Org).**Constitucionalismo e Democracia**. São Paulo:Editora Juspodivm,2013.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores
- KRISCHKE, Paulo J.(org) **O contrato ontem e hoje**. São Paulo: Cortez, 1993.
- LINHARES,Emanuel. et al. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo : Atlas, 2016
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinqüente**. Tradução Sebastião José Roque. 1ª reimpressão. Col. Fundamentos do Direito. São Paulo : Icone, 2007.
- MENDES, Jerônimo. Princípios, valores e virtudes. 13, jan.2015. Disponível em <<http://www.jeronimomendes.com.br/principios-valores-e-virtudes/>>

ROUSSEAU. Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Globo, 2000 (coleção os pensadores).

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Martins Fontes, São Paulo.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIBLIOGRAFIA

KRITSCH, Raquel. **Liberdade, propriedade, Estado e governo: elementos da teoria política de John Locke no Segundo Tratado sobre o Governo**. Revista Espaço Acadêmico. p. 73-85. Dezembro de 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil; Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político, 14).

MELLO, Leonel Itaussú A. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. (org.). **Os clássicos da política**. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 1999, p.79-110.