
CONTRATOS, ORDEM ECONÔMICA E PRINCÍPIOS: UM DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO 20 ANOS DEPOIS

*Luiz Edson Fachin**
*Gabriel Schulman***

1. O trânsito jurídico orientado pelos princípios constitucionais

Contados vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, o momento mostra-se oportuno à reflexão crítica em torno das realizações e dos afazeres que subsistem na concretização do texto constitucional. Necessário se faz, pois, meditar acerca do caminho trilhado, das conquistas e anseios, de modo a traçar objetivos para o porvir. Nessa senda, desde logo, se assente a premissa segunda a qual, em detrimento às teses que procuram ofuscá-los, os princípios constitucionais revelam-se como estrelas que iluminam e guiam as *travessias* em curso; enfim, “navegar é preciso”.

Elege-se para exame o governo jurídico das relações contratuais sob a perspectiva dos princípios da ordem econômica constitucional. Sobre o tema se almeja oferecer balanço crítico, pautado pela contabilidade que emana da força dos fatos sociais. Observa-se, nessa toada, que a seara contratual – em sua diversidade de matizes – é terreno de grande relevância para o florescimento de uma compreensão que se volta à repersonalização e a efetividade das disposições constitucionais inclusive dos direitos fundamentais.

Para o estudo proposto, inicialmente serão tecidas algumas considerações sobre a codificação da modernidade, a teoria contratual clássica, bem assim, acerca dos fundamentos e das premissas metodológicas de seu repensar.

Prossegue o trajeto pela análise de alguns aspectos relevantes da *contratualidade* à luz da ordem econômica constitucional, percorrendo, entre outros temas, as relações de consumo e de trabalho e a percepção da repercussão dos efeitos do contrato na comunidade. Cuida-se,

* **LUIZ EDSON FACHIN** é Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). É Advogado e Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

** **GABRIEL SCHULMAN** é Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Advogado e Professor de Direito Civil.

igualmente, da apreciação da contratualidade na interseção entre Direito e Economia, apresentando-se algumas linhas sobre mercado, poder econômico e regulação.

O enfoque, pois, centra-se na releitura constitucional do contrato a partir dos princípios da ordem econômica, sem a preocupação de análise exaustiva ou completa. A intenção é mais singela, visando a problematização da contratualidade e, respectiva exploração ou sugestão de propostas interpretativas adequadas à contemporaneidade.

2. Os novos rumos

2.1. A contratualidade clássica e a sua insuficiência (ana)crônica

A considerar-se o que se tem escrito, para muitos a crise parece ser uma das poucas certezas, sendo voz corrente na esfera dos contratos, da família, da propriedade e do trabalho. A respeito cabe aclarar que nossa visão não se propõe ao rompimento com o passado, mas à análise dos pilares em que se assentam sua edificação, bem como as ferramentas para a (re)construção dos espaços que não acolhem em seu interior – e portanto excluem – fatos socialmente relevantes. A insuficiência dos institutos tradicionais provoca fissuras e gradativamente, em suas prósperas rupturas, o novo floresce.

Consoante ressaltado pela doutrina, destaca-se nesse momento o distanciamento do dogma da autonomia da vontade, informador de um contratualidade a qual, cingindo a análise do contrato à sua (forma de) celebração, omite-se no que tange às funções e às consequências das relações contratuais. O presente como síntese das múltiplas determinações do passado incorpora uma série de transformações, adaptações e inovações as quais, entretanto, não eliminam de seu código genético elementos do pretérito. Nessa toada, serve à compreensão do conjunto de circunstâncias e fenômenos que informam a contratualidade contemporânea, o estudo da codificação da modernidade, identificada com o *Code*.

Dentro dessa ótica, sob a chancela do voluntarismo, o contrato era considerado pacto intangível, a teor do brocardo *pacta sunt servanda*. Adotava-se, nesse contexto, uma visão de liberdade de natureza e significado puramente econômicos¹, consentânea a uma concepção de pessoa como simples elemento da relação jurídica, *sujeito virtual* e sempre (portanto nunca) igual.

Por sua vez, a pretensa completude do código oitocentista coaduna com a defesa da rigidez da dicotomia público-privado, a consagrar a existência de direitos inatos, destinados à proteção exclusivamente do *individualismo proprietário*. Nesse passo, a suposta

¹ Não é demais frisar a amplitude do(s) sentido(s) de liberdade, seja tomada como direito, seja como princípio (ou ambos). Nesse diapasão, as tentativas de desvirtuar o sentido de “liberdade”, colocam-na sob o risco da carência de significado, notadamente diante de acepções que pretendem vinculá-la exclusivamente a uma noção de liberdade econômica irrestrita, como se a liberdade pudesse ser vislumbrada sem sua conexão inafastável com a igualdade e a dignidade. Para dizê-lo em breves palavras, tal como a igualdade, a liberdade pode ser formal ou material.

atemporalidade da codificação – ou tentativa de “atemporalização” – serve a função dúplice. Em primeiro, presta-se a sustentar a inalterabilidade (de sentido) do texto normativo, edificado como conjunto de previsões apriorísticas – imutáveis. Em segundo, aponta para a sacralização dos próprios institutos representados pelos vetores da família, da propriedade e dos contratos.

Forjou-se, dessa maneira, um sistema baseado nos *mitos* da generalidade e abstração das normas, na tentativa de obstruir a absorção dos fatos concretos². A repercussão na esfera contratual se traduz no predomínio dos aspectos estáticos. Dessa forma, prevalece, no plano subjetivo, a igualdade formal – consentânea à abstração da pessoa – e, no tocante ao fundamento do contrato, a liberdade formal – restrita à ideia de livre consentimento. A própria compreensão do contrato era puramente abstrata, reduzido a categoria de negócio jurídico, em desprezo a seu objeto, sua destinação e às múltiplas relações inerentes³.

Não se conferia, por conseguinte, qualquer importância a situação dos contratantes nem se percebia as possíveis ligações entre contratos diversos⁴ ou sua utilidade social. Nesse contexto, a presunção de isonomia dos contratantes embasava a ficção da igualdade dos contratos. Em suma, dominava uma racionalidade da indiferença.

As colunas que sustentaram essa construção são expressão de um estilo arquitetônico próprio de determinada época, lugar e visão de mundo. Um sistema suspenso da realidade, que despreza o tempo e o espaço, marcado por uma racionalidade matemática, de lógica

² Nas palavras de Paolo Grossi: “no projeto jurídico burguês, a abstração e igualdade jurídica (ou seja, a possibilidade de igualdade de fato) são noções ‘constitucionais’ que fundamentam o mesmo projeto. E a muralha chinesa que separa o mundo do direito (e da relevância jurídica) do mundo dos fatos é compactíssima, impenetrável. (...) Sinal de que o projeto se misturava também com estratégia, com a exigência de um controle rigoroso do ingresso dos fatos na cidadela do direito”. (GROSSI, 2007, p. 105)

³ No pensamento de Orlando Gomes: “O processo econômico (...) exigia a generalização das *relações de troca* determinando o esforço de abstração que levou à construção da figura do *negócio jurídico*, como gênero de que o *contrato* é a principal espécie. O *contrato* surge como categoria que serve a todos tipos de relações entre sujeitos de direito e qualquer pessoa independente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certas classes, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro da troca, a equivalência de mercadorias, não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa”. (GOMES, 2008, p. 7-8). Especificamente sobre a essencialidade do objeto contratual, ver: NEGREIROS, 2006.

⁴ Ilustrativamente, Lorenzetti defende que além da visão interna (que trata do consentimento, interpretação e deveres laterais) e da ótica temporal (que examina a obrigação como processo, a responsabilidade pré e pós-contratual e contratos de duração diferida), deve-se visualizar os contratos sob o prisma externo no qual “No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y usufruir sus efectos, lo cual da lugar a novedosos campos: la protección extracontratual del contrato, el redimensionamiento del efecto relativo para apreciarlo como un supuesto de oponibilidad de diverso rango”. (LORENZETTI, 2000, p. 77). Ademais em linha com as ideias expostas nesse texto assinala: “la contratación ha renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente solo, sino vinculado a otros contratos, formando redes, ‘paquetes’ de productos o servicios, surgiendo la noción de operación económica que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización, lo que nos lleva al estudio de las “redes contractuales”. (Obra citada, p. 11).

cartesiana, de números e numerários. Na interpretação, tal como o mecanismo de uma calculadora, prevalecem as soluções pré-programadas e respostas pré-definidas, acolhendo-se, outrossim, uma igualdade estritamente aritmética. Suas fissuras evidenciam a falta do *concreto*.

O estudo de suas *Raízes históricas e sociológicas* (GOMES, 2006) desvela e revela um palácio planejado para salvaguardar e manter o *status quo*, permitindo transpassar por seu pórtico apenas o sujeito de direito abstrato, enfim, um empreendimento organizado, desde sua fundação, com a finalidade de ser infenso às transformações.

Esvanecem-se dessa feita as crítica no sentido de que interpretação contemporânea, preocupada e ocupada com a efetivação da axiologia constitucional deva ser subtraída de força (normativa) por abarcar aspectos valorativos. Ora, também a exegese formalista, a interpretação mecanicista calcada em silogismos e na mera subsunção é opção valorativa e ideologicamente conformada⁵. Nesse passo, a inquietude do jurista faz balançar os pilares e permite conhecer, no interior da construção em estilo moderno, a consagração de uma determinada ordem de valores. Mitigam-se as propostas (pré-)dispostas a simples conservação do que está – ou era – sob o invólucro da certeza ou da univocidade. Ressurge sob os ares da *repersonalização* e da *constitucionalização* a dialética entre o Direito que está e a transformação do Direito que pode ser – e será.

Vem à tona a imparcialidade das posições que procuram congelar os institutos para conservá-los intactos. O cenário alterou-se e é preciso renovar o enredo. Rasga-se a cortina da neutralidade a qual procura(va) encobrir, nos bastidores, que tais posturas são consagradoras de determinadas ordens de valores. Não se lhes nega sua existência, nem possível validade, entretanto, se impinge a essas posturas o dever de fundamentação segundo o mesmo rigor que exigem das novas construções.

Transitam os princípios constitucionais pelas águas que – paradoxalmente, ou não – fluem em duplo sentido da margem do público ao privado e vice-versa. Transbordam as normas constitucionais para as relações privadas de modo que são revogadas expressa e tacitamente não apenas normas, mas determinadas compreensões e atribuições de sentido.

⁵ Subjacente a esse ideário anota Juarez Freitas “o vetusto e insatisfatório modelo dos silogismos formais está quase completamente ultrapassado, ao menos no campo teórico. No entanto, persistem tenazes e patológicos os esforços no intuito de praticá-lo, nada obstante a sua completa impraticabilidade, sendo esta, aliás, sua maior refutação. Cumpre superarmos em definitivo, a visão estreita e asfíxica da exegese jurídica, estabelecendo preceitos materiais superiores, que sirvam de bússola, parâmetros ou referenciais para o nosso modo de dar vida à Constituição e ao Direito”. (FREITAS, 2000, p. 62).

2.2. Do contrato ao concreto; da norma à vida e sobre dar vida à norma

Voltam-se os olhos aos predicados dos sujeitos e os verbos convertem-se em exigências de atuação efetiva, do Estado, dos particulares, do intérprete⁶. Atende-se não apenas à gramática das normas, mas à sintaxe da contextualização dos elementos e à semântica dos fatos concretos, na tarefa de oferecer respostas às situações que surgem da dinâmica da vida. A apropriação dos institutos do passado e sua compreensão em concordância com a Constituição, não podem estancar o Direito, descambando em soluções estáticas, consentâneas ao futuro do pretérito e aos sujeitos indeterminados.

As novas demandas desestabilizam os esquemas tradicionais, assim “foram abalados e comovidos os próprios fundamentos do Direito Privado, que passou a ter orientação social e ética suficientemente vigorosa, para provocar a erosão nos seus princípios basilares, e determinar a reformulação de muitos conceitos e tratamento diverso a várias relações” (GOMES, 1976, p. 6). As mutações eclodem a propor novas feições ao governo jurídico da contratualidade. Com facilidade se enxerga que os princípios de intangibilidade, relatividade e obrigatoriedade, bem como as noções de liberdade contratual e autonomia privada “não mais conseguem ser respostas adequadas” (LÔBO, 2000, p. 242).

Em cena, novos atores econômicos, o dirigismo contratual, a desmaterialização da riqueza e a celebração de contratos massificados e sem rosto (despersonalizados), incorporando-se ao enredo do estudo dos contratos, o consumo, a regulação, o mercado e a atuação estatal. No *script* a preocupação com proteção de direitos fundamentais, inclusive nas relações interprivadas, eis que assume a pessoa a condição de protagonista.

Prendem-se as atenções às perplexidades e possibilidades que emanam da constitucionalização dos contratos⁷, e os novos dilemas que se põem ao se focar não apenas seus requisitos formais, mas seu conteúdo. A tarefa do jurista permanece inalterada: irresignar e atuar no sentido da concretização da justiça social, apreender a realidade sem prender-se às amarras das concepções tradicionais e atentar às relações sociais⁸. As tensões e paradoxos incorporam-se aos afazeres cotidianos da atividade interpretativa. O desafio está posto.

⁶ Cuida Juarez Freitas que “Não se admite o intérprete passivo de outrora, perspectiva advogada, ainda hoje, por nostálgicos da Escola da Exegese. Tal orientação mecanicista, como acentuado, situa-se em desacordo pleno com a vida real”. (FREITAS, 2000, p. 63).

⁷ Na síntese de Paulo Luiz Netto Lobo, “além da função individual que evidentemente continua, nenhum contrato pode ser admitido pelo Direito, se lesar os interesses e valores constitucionalmente estabelecidos, como por exemplo o da justiça social, que é macro princípio estabelecido no art. 170 da Constituição”. (LÔBO, 2000, p. 244).

⁸ Nessa esteira, assevera Orlando Gomes: “a revolução na cultura jurídica não atinge apenas os pressupostos culturais do Direito Privado. Implica, também, sua renovação em vista da necessidade de focar as relações sociais desde outro ângulo, tão certo é, como atesta a experiência jurídica dos tempos presentes, que alguns

3. Percorrendo a geografia constitucional

3.1. Descobrimos a nascente

Reveladora na topografia constitucional o campo em que se assenta a propriedade. Seu surgimento no art. 5º, consagrador da igualdade substancial, evidencia sua nascente e, por conseguinte, sua fonte *interpretativa*. Igualmente, é preciso ter presente que a propriedade se faz sempre acompanhar de sua função social, consoante se colhe do art. 5º (inc. XII e XIII) e na exposição dos princípios da ordem econômica no art. 170 (inc. II e III). O florescimento necessariamente conjunto importa na percepção de *simbiose* pela qual existência da propriedade depende de sua função social assim como, na lapidar lição de Eros GRAU (2003), “a função social pressupõe a propriedade”⁹. Nessa toada, estabelecem relação de interdependência, não de contradição, em harmonia com a dupla advertência constitucional, prevista no art. 5º e repisada no art. 170.

A função social da propriedade “condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários” (TEPEDINO, 1999), de modo que a propriedade deixa de valer *per se*, vinculando-se a um *porquê* e um *para quê*. Tolhe-se sua natureza plena, tornando-a instrumental, vinculando sua justificação ao atendimento de certas finalidades.

Fruto do diálogo entre Constituição e Direito Privado, essa racionalidade ecoa – com as devidas adaptações – ao plano dos contratos e da empresa. É o que se extrai do art. 1º, inc. III do texto constitucional que eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, bem como, do conjunto de princípios da ordem econômica constitucional e de inúmeros comandos infraconstitucionais, entre os quais, pela representatividade e potencialidades menciona-se, no Código Civil, arts. 421¹⁰ e 2.035, parágrafo único¹¹; na Lei nº 6.404, de 1976, arts. 116¹², parágrafo único e 154¹³; e na Lei de Introdução ao Código Civil, o art. 5º¹⁴.

princípios, construções e conceitos formulados, com rigor lógico, pela ciência pandectista, como suma expressão do positivismo jurídico, carecem de revisão ante a impossibilidade de se lhes ajustar a novas formas de comportamento. É evidente que passando o modo de agir na sociedade a se condicionar a interesses coletivos, diligentemente defendidos pelo Estado e por grupos de potencialidade social desenganada, a quantidade das ações orientadas nesse sentido converte-se necessariamente em qualidade, isto é, determina novo tratamento, a que se tornam imprestáveis princípios, construções e conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta”. (GOMES, 1976, p. 5-6).

⁹ Alinhado a esse pensamento, expõe Comparato que, por função, deve-se entender a vinculação a certo objetivo, enquanto “o adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro”. COMPARATO, 1986, p. 76.

¹⁰ Prevê o Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”;

Na esfera contratual, a função social assinala que a autonomia contratual não torna as avenças privadas autônomas em relação à sociedade, refutando a soberania do contrato em relação a suas finalidades, distanciando os contratantes da figura do *sujeito insular*, combatendo a *abstração isolante* (NORONHA, 1994, p. 35) através da contextualização, dando cor às relações contratuais, incluindo o prisma material em seu governo jurídico. Vale frisar, o contrato, sendo meio e não fim, precisa justificar sua tutela e isso, por si, é transformação de grande relevância.

Alinhada à superação da noção de sujeito isolado (LORENZETTI, 1998, p. 83), a ordem econômica constitucional ocupa-se da reverberação dos efeitos dos negócios jurídicos e do uso da propriedade, em relação à comunidade, impondo em seu art. 170, inc. VI, o dever de zelar pelo meio ambiente.

Indicativa da nova racionalidade que permeia a disciplina contratual, esse dever afigura-se como obrigação de resultado, cujo adimplemento atinge as gerações atuais e futuras, em que o direito à vida recebe urgente tutela cautelar. O argumento da escassez de recursos, assiduamente propalado na restrição de direitos fundamentais, é vislumbrado ao avesso – na vedação da utilização abusiva, desnecessária ou desmedida, destruidora de recursos irrecuperáveis. Nem propriedade nem contrato são fins em si mesmos.

Enfim, as águas que dimanam da nascente constitucional fluem pelo ordenamento irrigando a seara infraconstitucional. Tão certo como a constatação de que os rios não sobem as montanhas contra a gravidade, a lei não pode prescindir de sua matriz constitucional. Atribuir função é, desta feita, subtrair conotação absoluta, trazendo à pauta questões acerca de seus limites, interesses, finalidades e fundamentos. Trata-se de apreciar a legitimidade *constitucional* de seu exercício, atravessando as fronteiras ora esmaecidas do público e

¹¹ A teor do Código Civil, art. 2.035, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹² Dispõe a Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404, de 1976, art. 116, parágrafo único: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. Anota sobre essa norma Marçal Justen Filho: “sob certo ângulo, o espírito constitucional acerca da atividade empresarial se encontra explicitado através da regra aflorada em legislação infraconstitucional. (...) Onde se lê ‘acionista *controlador*’ pode-se considerar *empresário* e se terá a síntese da disciplina constitucional acerca da atividade empresarial”. JUSTEN, 1998, p. 117-118.

¹³ Na forma da Lei nº 6.404, de 1976, art. 154: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

¹⁴ Determina o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

privado, explorando o bosque da liberdade, em cujas trilhas cruzam-se contrato e propriedade¹⁵. O percurso é árduo, mas sente-se a brisa dos direitos fundamentais.

3.2. Nos caminhos do Direito Civil Constitucional

Ao trafegar pelo curso da constitucionalização, dúvidas têm sido suscitadas acerca da necessidade de prévia intermediação pelas normas infraconstitucionais, no que diz respeito à incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Cogita-se, nesse âmbito, a bifurcação em duas hipóteses designadas, respectivamente, eficácia mediata e imediata, segundo haja ou não prévia parada no texto infraconstitucional.

A multiplicidade de vias coaduna com a pluralidade das fontes, rompendo com a rigidez dos modelos em que se percorria sempre uma mesma rota, como se pudesse esperar chegar a algo de novo. Variados os caminhos que estão ao alcance, é preciso desde logo refutar os atalhos das argumentações vazias e assegurar a *vedação do retrocesso*. **Com intermediações ou delas prescindindo, a diversidade de direções e sentidos permite travessias as quais, transpassando distâncias maiores ou menores, podem alcançar o mesmo porto de chegada.**

Igualmente faz-se o devido destaque ao conteúdo do art. 5º, parágrafo 1º, o qual é portavoza da mensagem promissora de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal recordação não desconsidera os obstáculos nem as controvérsias desse percurso, mas filia-se seguramente à orientação de Maria Celina Bodin de Moraes (1993) de que

a rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado¹⁶.

Expostas tais premissas, o itinerário incorpora algumas considerações a respeito de previsões infraconstitucionais que conclamam expressamente à leitura constitucional. Essas disposições configuram claras manifestações da adoção de concepção interpretativa informada materialmente pela Constituição. Ao mesmo tempo, não paira dúvida quanto à premissa de que tais previsões não são condicionantes da força normativa da Constituição. Ora, decerto não é preciso que cada dispositivo faça alusão à Constituição, assim como não se

¹⁵ Cf. FACHIN, 2006, p. 17. Outrossim, na síntese de Paulo Luiz Netto Lobo, “a liberdade de propriedade, no regime capitalista manifesta-se predominante sob a forma contratual”. (LÔBO, 1986, p. 16).

¹⁶ Ver também RIBEIRO, 1997, p. 134.

exigiria mencionar que deve ser compreendido juntamente com o restante do ordenamento; à moda de Hesse, a figueira não altera sua natureza pelo modo como decidimos chamá-la.

Representativa desse tipo de norma é a placa que inaugura o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 1º, advertindo de modo solene a submissão do diploma à ordem econômica constitucionalmente estabelecida, ao prever que “(...) estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. Dessa maneira, acolhe irrefragavelmente a compreensão de que o papel da legislação infraconstitucional é a materialização do texto constitucional. Por seu caráter elucidativo, frise-se ademais a referência no art. 4º, inc. III do CDC à tarefa de “viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica” (art. 170, da Constituição Federal).

Em sintonia com a leitura proposta, esses dispositivos transmitem e difundem a essência constitucional, absorvendo potencialidades interpretativas a serem exploradas¹⁷. Nesse passo, a Lei nº 8.884, de 1994, que institui o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), avisa-nos, no art. 1º, ser “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, colocando-se à mercê dos fins e meios constitucionalmente estabelecidos.

Antes de seguir adiante, sublinhe-se a abertura proporcionada pelos princípios da função social dos contratos e da boa-fé, salientando-se sua aptidão para irradiar a eficácia constitucional nas relações contratuais¹⁸.

4. Contratualidade contemporânea, interesse social e mercado

4.1. Entre desejos e necessidades: autonomia, liberdade e consumo

O *status* especial conferido pelo texto constitucional, em seu art. 5º, inc. XXXII¹⁹, a pessoa que está a exercer, em determinada relação, o papel de consumidor, fundamenta e defere especial tutela. Ademais, significa o exposto reconhecimento dos desníveis de força nas relações contratuais. No atual estágio, as manifestações do poder econômico se

¹⁷ De maneira similar sucede, em outro âmbito, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990, a teor seu art. 15. Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 15, “[a] criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

¹⁸ Em harmonia, assinala Joaquim de Sousa Ribeiro: “esta projeção constitucional no direito civil é fenômeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa ideia de Estado, dá resposta normativa a exigências de nossa época”. (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. In: _____, 2007, p. 6).

¹⁹ Dispõe a CF, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

diversificam e sofisticam, cabendo fazer menção, entre outros aspectos, à assimetria de informação, à catividade dos consumidores e à concentração de mercado.

A sedução proporcionada pela publicidade e pelo marketing redimensiona o sentido de liberdade de contratar, revisando o significado de interesse e alimentando a preocupação em torno da pessoa reduzida a consumidor. Retoma-se a concepção abstrata de pessoa, pela via da mercantilização das relações²⁰ e da criação de necessidades²¹ – lamenta o poeta²².

Nas palavras de Eroulths Cortiano Junior (2002, p. 164):

A oferta de mercadorias produz a ilusão de que temos à nossa disposição uma profusão de objetos necessários para satisfazer nossas necessidades reais, e que por isso nunca fomos tão saudáveis e felizes. Na verdade, perdemos-nos neste mundo irreal do consumo incentivado, e nossas qualidades se diluem na presença de mercadorias. Sujeito se torna objeto e objeto se torna sujeito.

Como contraponto à reificação, marcada por sua confusão entre pessoa e o papel que desempenha – consumidor, contratante, aderente, trabalhador –, estão o reconhecimento da situação concreta e a consequente pluralidade de tratamentos. Nesse diapasão, é sintomático que a edição do CDC serviu para arejar a teoria contratual como um todo, de modo que seus princípios “são dotados de verdadeira vocação expansionista” (TEPEDINO, 1999, p. 203). Na ideia de Ruy Rosado de Aguiar (2003):

Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microsistema – que normalmente deveria ser influenciado pelos princípios do sistema – na verdade terminou influenciando o sistema maior de Direito Privado, porque este que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo ideias de mais de duzentos anos.

Nesse sentido, reveladoras as tutelas trazidas pelo CDC, entre as quais, as previsões sobre nulidade e abusividade de determinadas disposições contratuais, a proteção no tocante à publicidade, hipóteses de responsabilidade objetiva e mecanismos destinados a facilitar (leia-se permitir) a defesa do contratante. Nota-se, igualmente, uma sensibilidade econômica estampada na apropriação de conceitos e absorção de realidades, como o “reconhecimento da

²⁰ Cf. FACHIN, 2006, p. 51.

²¹ Na visão de Lorenzetti: “*Las empresas deben modificarse constantemente: las metas alcanzadas, rápidamente pierden interés; las invenciones se copian y deben renovarse; los productos nuevos, caducan aceleradamente, la presión aumenta. Por el lado del consumidor, la situación no es distinta: la satisfacción que brindan los productos es escandalosamente breve, no satisfacen, sino crean la necesidad de estar al día, el consumo es un trabajo absurdo, semejante al mito de Sísifo*”. (LORENZETTI, 2000, p. 77).

²² Na poesia de Carlos Drummond de Andrade:

“Por me ostentar assim, tão orgulhoso
De ser não eu, mas artigo industrial,
Peço que meu nome retifiquem.
Já não me convém o título de homem.
Meu nome novo é Coisa.
Eu sou a Coisa, coisamente”.
(ANDRADE, 1984, p. 87)

vulnerabilidade do consumidor” (art. 4º, I), na cadeia produtiva e na limitação ao modo do exercício do direito de cobrança de dívidas.

Em seu artigo primeiro, o CDC participa, ainda, sua qualidade de norma de ordem pública, salientando que a tutela conferida, sendo de “interesse social”, tem em vista não apenas determinados indivíduos, como a comunidade e coletividades (art. 6º, VI e VII). Acentue-se, também, a vedação a “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (art. 39), em que pese a timidez em matéria de revisão contratual.

Por sua relevância social e econômica merecem atenção as discussões sobre a oferta de crédito²³ e sobre o endividamento que dela muitas vezes decorre. Haja vista a omissão de proteção legislativa específica – atentando-se à premissa de que as normas constitucionais não se restringem a colmatar lacunas –, a proteção do consumidor, determinada pela Constituição em seu art. 170, inc. V, deve ser estendida para tutelar tais situações. Sem desconsiderar seu relevante papel, por exemplo, na aquisição de moradia própria, faz-se necessário precisar as regras e limites que devem disciplinar essa modalidade contratual. A necessidade de um tratamento peculiar é fruto tanto das técnicas de oferta de produtos, acima brevemente referidas, assim como, e especialmente, das severas consequências que decorrem do descumprimento de tal contrato – como indica a sugestiva denominação adotada pela doutrina, “consumidor superendividado”.

Como expressão da ressignificação do contrato e visualização das diversas espécies de desigualdade, cita-se a proibição ao fornecedor de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (CDC, art. 39, IV). Recepçiona-se, portanto, comandos destinados a garantir a efetividade dos direitos, dando atenção às *situações de poder* (LORENZETTI, 1998, p. 547-548)²⁴.

Importante, nesse terreno, a contribuição oferecida por Cláudia Lima Marques (2001) ao explicitar a especial vulnerabilidade do idoso e do adquirente de plano de saúde, salientando a situação de dependência do aderente em relação à manutenção do vínculo contratual – pela natureza do serviço prestado, pela existência de prestações sucessivas, pelo incremento gradativo do preço com a mudança da idade.

²³ Anote-se ainda o paradoxo do duplo papel do crédito: constituiu um produto o qual se destina à aquisição de outros produtos.

²⁴ Assevera Lôbo: “Quando a Constituição Federal estabelece, no art. 170, que a ordem econômica se exerce nos ditames da justiça social e do princípio da defesa do consumidor, demarca o alcance básico do poder econômico. É o ordenamento jurídico tomando consciência da desigualdade real”. (LÔBO, 1991, p. 17).

Nessa senda, é ilustrativo da substancialização do contrato o teor da Súmula 302 do STJ, a qual considera que “[é] abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”²⁵. Não se trata apenas de considerar as letras miúdas, mas os fatos por detrás dos contratos e a incidência de preceitos constitucionais²⁶.

4.2. Dignidade e os empregos do trabalho²⁷

Defere a ordem jurídica brasileira posição central à pessoa, garantindo-lhe a tutela de sua vida e sua dignidade, erigida a fundamento da República, em seu art. 1º, III. Ademais, constitui fim da ordem econômica, em sintonia com o art. 170, “assegurar a todos existência digna”, a denotar que toda atividade econômica deve convergir para esse objetivo.

Na esfera do Direito do Trabalho, os preceitos da ordem econômica se fazem presentes como diretrizes de interpretação e proteção, constituindo barreiras a desumanização das relações laborais, instrumentalizadas sob o prisma jurídico como contratos. Nesse passo, como decorrência da proteção da dignidade da pessoa humana, a disciplina constitucional estabelece como pilar da ordem econômica a “valorização do trabalho humano”.

Transcorridos 120 anos da abolição da escravidão no Brasil²⁸, indispensável persistir e prosseguir no desenvolvimento de uma compreensão a qual, centrada na pessoa e nas pessoas, almeja e atua ativamente no sentido da concretização de sua dignidade. Nessa esteira, necessário estender a proteção da dignidade da pessoa humana às relações laborativas, ressoando na perturbação e conseqüente inquietude diante da precarização do trabalho, exploração do trabalho infantil, disparidade de salários por critério de gênero, condições impróprias do ambiente de trabalho e outras violações à pessoa do trabalhador²⁹.

O caráter especial das relações entabuladas nesse âmbito intensifica a importância do crivo constitucional, do qual é representativo o rol historicamente conquistado de direitos sociais específicos. Superada a visão clássica pela qual o contrato é expressão sublime de uma

²⁵ Cabe fazer referência à fundamentação do precedente que originou a súmula. Com efeito, ao apreciar o REsp 158.728, asseverou Carlos Alberto Menezes Direito que “[o] consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula”. STJ. REsp 158.728. Julgamento: 16/3/1999.

²⁶ Sobre o tema: SCHULMAN; STEINER, 2007, p. 345-381.

²⁷ Não se atenta aqui para as distinções entre emprego e trabalho próprias do Direito Trabalhista, eis que o foco do exame é a contratualidade.

²⁸ Na forma do art. 1º da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, sancionada pela Princesa Imperial Regente: “É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil”.

²⁹ Salienta Maria Celina Bodin de Moraes que “[a] evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado”. (TEPEDINO, 1993, p. 23).

vontade intocável, torna-se possível vislumbrar o trabalho como *necessidade*, a reclamar redobrada atenção à perspectiva do acesso, tal como preconizou Lorenzetti (1998, p. 89). Alinha-se a essa missão a determinação do dever de “redução das desigualdades regionais e sociais” e de “busca do pleno emprego” respectivamente determinados no art. 170, inc. VII e VIII da ordem econômica constitucional. A escassez de trabalho e seus efeitos perniciosos demandam o correspondente cuidado do operador do Direito no sentido de tutelar a pessoa que aliena seu tempo e sua força – sob a alcunha de trabalho.

A atribuição de eficácia à dignidade da pessoa humana espraia-se e envolve, ademais, captar e repudiar as tentativas de rebaixar o trabalhador à mercadoria, *negociável a qualquer preço*. Amarrado a esse ponto, tem-se o conflito entre a caracterização do salário como meio de subsistência e sua natureza pecuniária, o que se agrava em face das necessidades que visa atender. Dentro desse contexto, causam perplexidade as estratégias que fomentam sua livre disposição, contrastando com sua função de sobrevivência, com sua usual adjetivação como *salário mínimo*³⁰ e, finalmente, com a impossibilidade de greve de vida; **é evidente a aproximação entre negar o direito à vida e sonegar os meios para subsistência.**

Mais uma vez, não se trata de discutir se prevalece mercado ou sociedade, haja vista que o debate não está na singela “adoção de um lado”. O que se propõe é a reflexão crítica balizada pela assimilação das inter-relações entre trabalho e trabalhador, sociedade e liberdade, mercado e dignidade, pautada na leitura constitucional e preocupada com a (in)efetividade de direitos essenciais. Destarte, não se pugna por um sistema estatizado nem estatizante, eis que o que se está a defender não é a dominação, mas a percepção, nas múltiplas manifestações das contratualidade, das relações de poder e suas repercussões sociais, econômicas e jurídicas. No pensamento de Aldacy Rachid Coutinho (2006, p. 189):

No trilhar da reconstrução da emergência de um direito do trabalho constitucionalizado, há uma pedra que, no caminho, foi atirada pelos juslaboralistas que ainda pensam pequeno, vislumbrando uma contratualidade na perspectiva desde muito superada autonomia da vontade, como relação obrigacional de ordem exclusivamente patrimonial.

Sem equiparar o trabalhador à mera mercadoria é preciso ter em conta que as negociações fazem-se no que se habituou denominar “mercado de trabalho”, cujas peculiaridades devem ser captadas, em consonância, nos termos do *caput* do art. 170 da Constituição, aos ditames da justiça social. A existência de liberdade no mercado não afasta a possibilidade de atuação estatal no sentido de assegurar e conferir proteção jurídica a direitos.

³⁰ Cf. FACHIN, 2006, p. 20 e 172.

Enfim, parece possível – e muitas vezes necessário – cogitar a apreciação da constitucionalidade da *lei da oferta e da procura*, a ser apurada no caso concreto.

5. Liberdade, ordem econômica constitucional e substancialização do contrato

5.1. O entrelaçamento entre Direito e Economia – influxos entre público e privado

Superada a *summa divisio*, o que se precisa compreender são as interpenetrações entre as esferas do público e privado³¹ e sua interação com a organização da sociedade, da Economia, do Estado e conseqüentes repercussões jurídicas. As metamorfoses nesse cenário, exigem rejeitar a simples alegação de invasão do direito pela economia³², e passar ao exame de quais espaços foram invadidos, quais foram conquistados e a quem deve caber, a partir de agora, a titularidade de certos domínios³³.

Assimilado o ensinamento de que “a constituição não é mero apregoado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços” (GRAU, 2003, p. 175), a atribuição de sentido aos princípios constitucionais da ordem econômica deve ser concretizada de modo integrado e harmônico. Portanto, a tutela da livre iniciativa não está desvinculada da proteção do consumidor ou da livre concorrência. Ao contrário, eis que nenhum desses princípios é soberano, eles somente têm sentido conectados.

Nesse compasso, há significativa distinção entre soltar algumas amarras econômicas e deixar o mercado a deriva. As contribuições do Direito Econômico permitiram, nesse sentido, apurar a inadequação da auto-regulação do mercado por uma mão-invisível³⁴, evidenciando as

³¹ Clóvis do Couto e Silva já escrevera “não há separação tão rigorosa no Estado moderno, entre Estado e sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, ‘se interpenetram e se complementam’”. (COUTO E SILVA, 2007, p. 25. Obra originalmente apresentada em 1964, como tese de livre-docência na UFRGS).

³² Destaca Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino que “[o] intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado”. (TEPEDINO, 1993).

³³ Sublinha Carmem Lúcia Silveira Ramos que “esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e privado, sendo fenômeno reconhecido nos sistemas, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais. Envolve um fenômeno que objetiva, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, em que os padrões tradicionais foram drasticamente alterados”. (RAMOS, 1998, p. 11).

³⁴ Segundo Fabio Konder Comparato: “a se porfiar no otimista ‘laissez-faire’, ter-se-ia na prática um ‘laissez ne pas faire’.” Mais adiante, anota: “O Direito deixa-se assim penetrar pelo conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica”. (COMPARATO, 1965, p. 16 e 17, respectivamente).

limitações estruturais ou “falhas de mercado”, as quais igualmente não excluem as críticas ao modo como o Estado se apresenta na economia.

Permanece em vigor a ideia de que “**onde não há operação econômica, não pode haver também contrato**” (ROPPO, 1988, p. 9), preservando-se a finalidade de lucro, a atividade empresária, mas equilibrando-se liberdade econômica e a liberdade de *ser*. O desafio está justamente na convergência entre Direito e Economia, na comunicação entre interesse particular e social, ecos dos diálogos entre público e privado, como esferas reciprocamente dependentes. Frisa-se o alerta de Perlingieri (2003, p. 230):

Nella concezione costituzionale, quindi, non si riscontra l'esistenza di “ragioni superiori” dello Stato o dell'economia, quali valori da attuare. Il dato emergente è quello della realizzazione dei diritti fondamentali del cittadino, alla quale va funzionalizzata la struttura economica. Soluzioni totalitarie in campo economico si traducono sul piano politico nella caduta, se non nella perdita, delle libertà del cittadino.

5.2. Contratualidade e regulação do mercado

Analogamente à constatação lógica de que não há função social sem propriedade ou contrato, a regulação do mercado o pressupõe, de sorte que não visa sua eliminação, mas, justamente, estabelecer uma *ordem econômica*.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005), “a disciplina é forma de intervenção que se dá não contra o mercado, mas a seu favor”. No âmbito dos contratos, significa que, ao invés de eliminar a autonomia privada, determinam-se parâmetros para seu exercício. Consentânea a essas ideias, a ordem econômica constitucional não pode ser associada nem à “economia do mercado”, nem à “economia sem mercado”, mas a um determinado arranjo dinâmico, cuja nova feição está, reitera-se, na dialética dos interesses particulares e sociais.

Na ironia de Eros Grau (2003, p. 48): “é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas”³⁵. As anotações até agora apresentadas, deixam claro o equívoco de considerar dissociadas a ordem econômica e a social³⁶, cujo liame se fixa de modo indissociável na estipulação do fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, prevista no *caput* e assimilada na racionalidade que compõe o art. 170 da Constituição.

³⁵ Nesse passo, Maria Manuel Leitão Marques considera o direito de concorrência como “resposta assumidamente política para um problema crucial da economia de mercado: o do equilíbrio entre por um lado a liberdade de iniciativa privada e os respectivos corolários, como a liberdade de organização e autonomia contratual, e por outro lado a necessidade de controlo do poder económico privado, de modo que este não constitua uma ameaça àquela liberdade”. (MARQUES, 2004, p. 309). Manteve-se a redação original em português lusitano.

³⁶ Ver, sobre o tema, GRAU, 2003, p. 60 e seguintes.

Na esfera da interação entre Estado e economia – seja chamada de atuação, invasão ou intervenção –, essa ligação leva ao reexame dos papéis do contrato. Outrossim, “tendo em conta a função constitutiva do mercado, que o direito privado, e, sobretudo o direito contratual desempenha” (RIBEIRO, 2002, p. 215), consideramos imprescindível uma compreensão larga da ideia de que o contrato não envolve apenas os que nominalmente nele figuram, inserindo-se na pauta do dia seus efeitos perante a comunidade.

É perspectiva que encontra amplo e robusto embasamento, sedimentando-se sob as sólidas bases da *legalidade constitucional*, em harmonia com a ordem econômica constitucional ora em exame³⁷, e como desdobramento do comando “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, estipulada pelo acima citado art. 421 do Código Civil.

O contrato passa a ser vislumbrado em suas várias dimensões, aproximando-se de ideias tais como perspectiva econômica, negocial, social, promocional, regulatória, institucional. Rediscutem-se suas funções, dando acepção *lata* à locução “função social”. Destarte, o contrato afigura-se como meio destinado à circulação (e acúmulo) de riquezas, mas também como ferramenta para intervenção estatal e “instrumento de transformação social” (SALOMÃO FILHO, 2003). Nessa trilha, esclarece Joaquim de Sousa Ribeiro (2004) que

o que há de qualitativamente novo, nesta tendência, é, sobretudo, o facto de o acto contratual deixar de ser visionado isoladamente, para passar a ser visto como integrando uma dada actividade, cujos dados estruturais são tidos em conta. Deste modo, a disciplina do acto é pensada como instrumento de regulação de um determinado sector da actividade jurídico-económica, muito especialmente na área da contratação final das empresas com os consumidores.

Colocam-se, pois, questões sobre o acesso³⁸ a determinados bens e serviços essenciais e a concentração de mercados, sobre os quais se tece breves considerações.

As transferências a particulares de determinados serviços prestados anteriormente pelo Estado³⁹ levam a repensar sobre a comunicação entre público e privado e permitem supor a possibilidade de um sentido peculiar de função social dos contratos, no âmbito do direito regulatório e da concorrência. As hipóteses que emergem desse ponto não se restringem a

³⁷ Assim para Egon Bockmann Moreira: “(...) a função social não é algo que se atribua, se cogite ou se pondere em relação exclusiva a uma das esferas (pública *ou* privada), numa perspectiva substitutiva. Ao contrário, a função social é um princípio que diz respeito tanto à ação do Estado no domínio econômico como à das pessoas privadas. Configura algo comum a ambos os planos”. (MOREIRA, 2006, p. 27).

³⁸ Faz-se referência a ideias como disponibilidade, continuidade, universalidade e igualdade, acessibilidade de preço, qualidade e segurança. Ver: MOREIRA, 2004.

³⁹ Segundo Vital Moreira, dando conta da experiência portuguesa: “a liberalização levou ao fim dos exclusivos públicos na prestação dos serviços públicos. A privatização levou justamente à despublicização, à desnacionalização, de muitas das antigas prestadoras de serviços públicos. Com isso veio, inclusivamente, o abandono do estatuto de serviço público e a procura de alternativas de outras modalidades de prestação dos serviços de interesse econômico geral”. (MOREIRA, 2004, p. 551).

serviços públicos, concessões, etc.; afinal, sustenta-se que a importância deve ser atribuída não segundo, exclusivamente, a forma jurídica, mas às relações e bens envolvidos⁴⁰. Com efeito, é significativo que se indague se devem receber o mesmo tratamento contratos que envolvem objetos essenciais ou que estão diretamente vinculados a concretização de direitos fundamentais.

Prosseguindo, cuida-se que a disparidade de poder econômico alcança as relações empresariais, a incentivar e demandar a atuação estatal na regulação, a corresponder a funções, tais como disciplinar, controlar e fiscalizar. Nesse sentido, inicialmente se salienta as tarefas e discussões levadas a efeito no âmbito pelas *agências reguladoras*, redefinindo o desenho de certos mercados, como a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Importante mencionar igualmente a doutrina das *essential facilities*, a qual sustenta a possibilidade de partilhamento de infra-estruturas essenciais⁴¹, como meio de melhor aproveitamento de recursos disponíveis ou de ensejar a concorrência em determinados mercados. Sem penetrar nas discussões sobre quais estruturas são essenciais e quais os limites de sua disposição, deve-se ter, ao menos hipoteticamente, e desde que presentes certas condições, a possibilidade de *dever de contratar*, de prosseguir ou romper certo contrato.

Em conformidade com o sentido atual de subsidiariedade da atuação estatal⁴² atribui-se em princípio sentido amplo à livre iniciativa e liberdade de atuação econômica, sem eliminar a possibilidade de utilização posterior de mecanismos de concorrência e regulação, o estímulo à entrada de novos competidores ou limitação a certas práticas. Nessa senda, cláusulas de

⁴⁰ Propõe Calixto Salomão Filho: “é preciso admitir os efeitos sobre a sociedade em geral que tem as normas contratuais. É inegável, do ponto de vista intuitivo, o efeito que um grande contrato de fornecimento entre duas empresas tem sobre a comunidade (consumidores, meio ambiente, etc.). Falta reconhecê-lo ao direito e tratar a disciplina desse contrato não apenas como uma disciplina de reequilíbrio formal de interesses entre as partes envolvidas, mas também como uma disciplina apta a influir nas estruturas econômicas e, portanto, em última instância, na organização social. É preciso reconhecer, portanto, que o direito civil não é formado apenas por normas sobre proteção de interesses, mas também por regras organizativas”. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 47).

⁴¹ Explica Maria Manuel Leitão Marques: “o problema das *essential facilities* surge nas situações de monopólio econômico de facto ou da exclusividade legalmente protegida que permitem o controlo de factores essenciais, não facilmente reproduzíveis para o fabrico de um produto ou fornecimento de um serviço”. (MARQUES, 2004, p. 311. Redação como no original).

⁴² No ensinamento de Joaquim José Gomes Canotilho: “O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Era uma ideia do capitalismo liberal. Todavia, como sugestivamente foi salientado, o Estado, ao converter-se em estado socialmente vinculado, colocou-se em oposição à ideia de subsidiariedade. As intervenções socialmente constitutivas do estado não devem, por isso, confundir-se com a disciplina da economia, nem devem dissolver-se numa ideia de facultatividade de acção do Estado. (...) O Estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito dos direitos sociais”. (CANOTILHO, 2004, p. 341-342).

exclusividade que não sejam abusivas entre as partes podem ser encontradas em determinada região ou comunidade.

Haja vista as múltiplas formas de manifestação da dominação econômica⁴³, a igualdade assume aqui a feição de (re)equilíbrio, de modo a garantir a liberdade para todos. Com efeito, encarta-se como princípio da ordem econômica, art. 170, inc. IX da CF, “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”, o que, aliás, está em consonância com o estímulo da atividade privada e com o dever estatal de possibilitar/favorecer a atividade econômica.

Sem pretender mesclar irresponsavelmente conceitos de Direito administrativo, econômico, concorrencial, comercial, regulatório e contratual, quer-se apenas chamar a atenção para as interlocuções que se fazem presentes e necessárias, como extensões de um sentido de contrato ou de função com a qual o Direito Civil clássico não está habituado.

6. Considerações finais

No marco dos vinte anos da Constituição da República, o presente texto procurou refletir acerca da contratualidade contemporânea à luz dos influxos decorrentes da eficácia das normas constitucionais, em especial dos princípios da ordem econômica.

Sublinhou-se que a categoria “contrato” é histórica, variante segundo as lentes do social, cultural, econômico e jurídico. Sua atual localização está na interseção entre Direito e economia, com raízes (e ramos) no público e no privado. Dessa feita, apanhar seu(s) significado(s) é exercício de hermenêutica construtiva e aberta à pluralidade de sentidos e perspectivas.

A teor das considerações lançadas, observa-se que a teoria geral do contrato, em sintonia com a concepção tradicional desse instituto, concentrou seus esforços em defini-lo, classificá-lo e em descrever abstratamente os elementos que compõe sua estrutura. Paradoxalmente, focalizou a moldura jurídica; entretanto, descuroou por inteiro do retrato da realidade.

Em harmonia, apura-se que, ao tomar o contrato como comunhão de consentimentos entre sujeitos abstratamente iguais, desprezou as desigualdades de poder, assim como prescindiu da apreciação dos anseios e expectativas, dos desejos e necessidades que permeiam as relações. Tratou-se antes de legitimá-lo do que de entendê-lo. Destarte, a teoria clássica cuidou do *contrato*, sem, no entanto, açambarcar a *contratualidade*.

⁴³ Conforme Calixto Salomão Filho: “difundido em determinada sociedade o poder econômico privado, o padrão de comportamento passa a ser o abuso de direitos. Como o direito, baseado em norma de conduta, não é bem capaz de disciplinar essas relações, a sociedade passa a ser organizada a partir de relações de dominação, em uma versão moderna da sociedade escravista. A hierarquia substitui o direito”. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 43-44).

No curso das considerações expostas, visitou-se a codificação cujas ruínas sugestivamente destoam do atual cenário, evidenciando seu anacronismo e servindo de parâmetro às avessas. Seu sistema articulado com base em respostas pré-definidas é confrontado e subjugado pelas novas questões que emergem. A cristalização dos institutos remete à necessidade de repensar a técnica e o cunho provisório dos conceitos.

Com efeito, as metamorfoses nas relações privadas, com ênfase, a repersonalização e a constitucionalização suscitam relevantes indagações. No âmbito contratual, perquire-se acerca da pessoa do contratante e das reverberações práticas dos efeitos das avenças. É análise que transpassa os que nominalmente figuram no instrumento contratual – inclusive pela percepção de nexos entre contratos distintos, imprimindo nova significação ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

Recebem atenção questões éticas e sociais, destacando-se os acordos que envolvem direitos essenciais ou envolvem a perspectiva do acesso. Ganham relevo as preocupações com a tutela da confiança e com o tratamento adequado às peculiaridades e circunstâncias próprias, como nas relações de trabalho e de consumo.

Conclui-se que o velho modelo – ou antigo sentido – do contrato, como acordo de vontades, claramente não dá conta das novas realidades. Não é mais possível enxergar a esfera contratual apenas em preto e branco, sem as cores do crivo de índole material. Entende-se que a contemporaneidade demanda uma compreensão larga do contrato, expandindo-se a visão clássica pela qual o acordo entre particulares é visto tão-só como negócio jurídico, eis que se percebe que a teoria geral produziu um “mascaramento da diversidade do real” (CARBONNIER, 1974, p. 249).

É preciso, portanto, remover as camadas de presunções e ficções que objetivaram tornar as avenças impermeáveis às relações e às situações concretas. Novos elementos e fenômenos precisam ser incorporados ao estudo, como o mercado, a empresa, a publicidade e a catividade. Não bastam as definições e as categorias se a análise jurídica for desprovida da apreciação substancial apta a apreender os papéis e finalidades dos contratos⁴⁴. A teoria clássica revela-se superada perante a carência da sensibilidade axiológica reclamada pelo desenvolvimento dos diálogos entre direitos fundamentais e Direito Privado, Constituição e Código Civil, ordem econômica e social.

Para além das cláusulas contratuais, voltam-se os olhares às cláusulas pétreas do texto constitucional. Nesse diapasão, da articulação entre público e privado, apresenta-se a

⁴⁴ Nessa linha, salientou Orlando Gomes: “O Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas de dados da realidade, para que não percam seu sentido funcional”. (GOMES, 2005, p. 127. Trata-se de republicação de texto que integra a obra “A Crise do Direito”, de 1955).

incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas como consequência necessária. Como tem sido ressaltado, não mais se cuida de saber *se*, porém *como* essa eficácia se materializa.

Ademais, a função social se vincula à propriedade, à empresa e ao contrato, atentando-se para a circunstância de que são *ferramentas* para a concretização da dignidade da pessoa humana. Reitera-se: servem à pessoa e não o contrário.

Diante da derrocada dos conceitos e concepções tradicionais, entende-se necessário um esforço que permita escapar à simples reprodução de ideias desgastadas pelo tempo, encaminhando-se pela busca de formulações adequadas ao presente. Nessa trilha, intentou-se explorar e discutir algumas propostas interpretativas na leitura da contratualidade à luz dos princípios da ordem econômica constitucional.

Discorreu-se sobre a defesa do consumidor e sua harmonização com a livre iniciativa, inclusive através da regulação e da concorrência. Refletiu-se sobre a (multi)funcionalização do contrato, negando-lhe viés puramente econômico e especulando sobre suas “funções sociais”. A empresa e a atividade lucrativa são tomadas como socialmente relevantes, razão pela qual se permite, quando necessário, a imposição de limites à concentração de poder e de mercados.

Ademais, enfatizou-se a necessária distinção entre os *meios* e *fins* que permeiam a disciplina contratual, cabendo reiterar que “[a] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”, na forma do art. 170 da Constituição Federal.

O que se pretendeu, pois foi antes suscitar dúvidas do que oferecer respostas, refletindo sobre os dilemas que afloram da análise da contratualidade contemporânea. Nesse compasso, salientou-se a relevância e a complexidade que caracterizam os afazeres concernentes à atividade interpretativa no tempo presente. Na lição de Tepedino (2006, p. 385), “a tarefa do intérprete ganha, pois, nova legitimidade, instado a desvendar os deveres oriundos desse comprometimento interno e funcional dos institutos de direito civil na tutela de bens jurídicos socialmente relevantes”.

O fio condutor está na exaltação da pessoa e sua tutela, rejeitando-se efusivamente o formalismo que denotava a noção clássica de contrato, cuja essência, em todos os sentidos, foi a indiferença. Diante dessa ordem de ideias, pauta-se a leitura proposta pela efetivação dos preceitos constitucionais, sem exceção aos direitos fundamentais. Em última análise, trata-se de fazer respeitar, na seara contratual, o compromisso do operador do Direito com a sociedade, com seu tempo e com sua consciência.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Ruy Rosado de. O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 48, p. 55-68, out./dez. 2003.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Eu, Etiqueta. *In: Corpo*. Rio de Janeiro: Record, p. 85-87, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In: _____*. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61-77.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Flexible*. Madrid: Tecnos, 1974.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Ano XXV, (nova série), n. 63, São Paulo: RT, jul./set., p. 71-79, 1986.

_____. O indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, Ano. 54, v. 353. São Paulo: RT, p. 14-26, mar. 1965.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. *In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (org.)*. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.)*. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, p. 167-187.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 34. Curitiba: UFPR, p. 59-76, 2000.

GOMES, Orlando. A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*. Ano 1, v. 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – FGV, p. 121-134, maio de 2005.

_____. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Transformações gerais no direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1976.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, economia, ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo*. V. 212. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-133, abr./jun. de 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Direito Contratual e Constituição. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 36. São Paulo: RT, p. 241-245, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 33. São Paulo: RT, p. 51-77, jan./mar. 2000.

_____. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8. Rio de Janeiro: Padma, p. 3-44, out./dez. 2001.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. O acesso aos mercados não regulados e o direito da concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 1, n. 2, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun, p. 303-316, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 16, p. 27-42, 2006.

MOREIRA, Vital. Regulação econômica, concorrência e interesse geral. In: _____ (org.) *Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra; Coimbra Editora, p. 547-563, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. Problemi del diritto civile. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2003.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29, 1998.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação do mercado. *Revista brasileira de direito comparado*, n. 22. Rio de Janeiro: Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado, jan./jun., p.203-223, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 42. Curitiba: UFPR, p. 5-34, 2005.

_____. *O problema do contrato*. As cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1997. (Coleção Teses).

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n. 17, Belo Horizonte: Fórum, p. 43-44 jan./mar, 2007.

_____. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 1, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, p. 15-44, jan./mar. 2003.

SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. II, p. 345-381.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Ano 17, v. 65. São Paulo: RT, p. 21-32, jul./set. 1993.