

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**A (DES)VALORIZAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NO ATO DE (PRÉ)
CONTRATAR**

**THE (UN) VALUATION OF INDIVIDUAL FREEDOM IN THE ACT OF (PRE)
CONTRACTING**

Rafaela Cristina Rovani ¹
Viviane Duarte Couto de Cristo ²
Marcelo Ribeiro Souza Sampaio ³

Resumo

Por meio deste trabalho é possível visualizar como houve uma mudança ao longo do tempo, através da constitucionalização do direito, no meio ambiente empresarial contemporâneo. Ainda, abordou-se a contratualidade na modernidade e na pós modernidade, então, finalizando com uma breve abordagem dos corolários do contratualismo.

Palavras-chave: Liberdade individual, Valorização, Contrato

Abstract/Resumen/Résumé

Through this work it is possible to visualize how there was a change over time, through the constitutionalization of law, in the contemporary business environment. Also, contractuality was approached in modernity and in postmodernity, then ending with a brief approach to the corollaries of contractualism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The (un) valuation of individual, Freedom, In the act of (pre) contracting

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania. Advogada.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania - Unicuritiba - Advogada. Especialista

³ Pós-graduando em Direito - Unicuritiba - Advogado.

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Balizas históricas e jurídicas: o caminho da constitucionalização do direito privado no meio ambiente jurídico empresarial contemporâneo. 2 - Contratualidade entre modernidade e pósmodernidade. 3 - Corolários do contratualismo. Conclusão.

RESUMO: Por meio deste trabalho é possível visualizar como houve uma mudança ao longo do tempo, através da constitucionalização do direito, no meio ambiente empresarial contemporâneo. Ainda, abordou-se a contratualidade na modernidade e na pós modernidade, então, finalizando com uma breve abordagem dos corolários do contratualismo.

PALAVRA CHAVE: Liberdade individual, valorização, contrato

INTRODUÇÃO

Com o estabelecimento do capitalismo moderno, a contratualidade ganhou novos contornos, derivados da necessidade de uma maior intervenção do Estado, para regular o livre exercício da autonomia negocial das pessoas humanas e empresariais.

O Direito partiu, então, de excessiva e desvirtuada valorização da Liberdade e da Igualdade (em um ambiente em que alguns eram “mais iguais do que os outros” e “mais livres” para exercitarem seus direitos e sua realização pessoal), para um ambiente de priorização da fraternidade social, do solidarismo ético, que, após inúmeras lutas sociais e pró-humanistas (ao redor do planeta, inclusive, e não apenas em solo pátrio), vêm a se tornar valores fundantes da Constituição Federal Brasileira de 1988. A dignidade da pessoa humana é colocado como o principal vetor de todo e qualquer exercício regular de um direito. Está em cena a prospecção da função social das figuras jurídicas.

Nessa esteira, o contrato partiu de sua anterior função precípua de formalizador da estrita vontade das partes contratantes (e assim, intangível, fazendo lei entre as partes, no primado dos corolários liberais modernistas), atingindo um tempo jurídico em que sua função existencial passa a ser apreciada judicial e doutrinariamente.

A dilação de sua função social levou ao assentar do reconhecimento da responsabilidade civil não apenas durante a vigência do contrato, mas também nas fases pré e da pós-contratual.

A pré-contratualidade tem por fundamento a *culpa in contrahendo*, deduzida inauguralmente por Jhering. E a pós-contratualidade fulcra-se na *culpa post pactum finitum*. Ambas as circunstâncias se apoiam nos deveres laterais de conduta, que são acessórios aos acordos principais e que nascem antes mesmo de assinado o contrato, e persistem mesmo após a satisfação da obrigação principal.

Conforme a hipótese proposta no projeto de pesquisa, a boa-fé objetiva, ainda que não se constitua em uma inovação legislativa, com as alterações operadas pelo Código Civil de 2002, essa relevante figura jurídica ganhou novo relevo e novos contornos, assumindo um papel majoritário no sistema de cláusulas abertas, cuja técnica legiferante foi privilegiada pelos codificadores da reforma civilista deste século.

Em razão das transformações no governo jurídico das relações privadas contemporâneas, os efeitos da boa-fé podem ser identificados em todas as etapas de uma relação contratual, a saber, desde a fase do contato social e das tratativas, atingindo a fase da pós-eficácia dos contratos e mesmo na violação positiva dos contratos.

Por força do intrínseco elemento ético e aglutinador da boa-fé objetiva, sua função social é destacada em valor, implicando em um vetor da eficácia da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável, no trânsito jurídico-negocial do meio ambiente empresarial.

E especialmente, a boa-fé objetiva desempenha um relevantíssimo papel no que concerne às etapas da pré e da pós-eficácia obrigacional, porque a responsabilidade civil nestes casos deriva da violação dos deveres anexos de conduta, os quais emergem e são construídos sobre a boa-fé objetiva em espécie, a exemplo do dever de lealdade, de sigilo, do dever de informar, dentre outros, levando à imputabilidade da *culpa in contrahendo* e da *culpa post pactum finitum* sobre o agente violador dos deveres laterais, inclusive na violação positiva dos contratos.

Conforme majorada opinião doutrinária, o estabelecimento das diretrizes da boa-fé objetiva procede das balizas da produção jurisprudencial. Daí a necessidade de se analisar não apenas a doutrina, mas em comento com a jurisprudência.

O tema desta pesquisa, portanto, é a identificação dos efeitos jurídicos hermenêuticos da figura da boa-fé objetiva, no cenário jurídico brasileiro, compreendida por sua natureza jurídica de cláusula aberta, nas diversas etapas das relações negociais,

notadamente nas fases pré e de pós-eficácia contratual, bem como, na violação positiva dos contratos, com enfoque nas relações empresariais e seu potencial efeito sobre os públicos relacionais de interesse direto.

O objetivo precípua e geral é analisar a aplicação doutrinária e jurisprudencial da figura jurídica da boa-fé objetiva na pré e na pós contratualidade.

Para a consecução do objetivo, adotaram-se a metodologia de revisão bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial.

1 BALIZAS HISTÓRICAS E JURÍDICAS: O CAMINHO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO MEIO AMBIENTE JURÍDICO EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEO

A fim de dar cumprimento à meta prometida, é imperioso, primeiro, fixar o ponto de partida dessa caminhada, que tem início com a Revolução Francesa, passando por diversas transformações do transitório e do governo jurídico das relações privadas, inclusive em sua necessária relação com o Estado Juiz e Legislador, para, somente então, atingir os dias atuais, delineando o “meio ambiente jurídico empresarial contemporâneo” e as diversas aplicações da figura jurídica da boa-fé objetiva em sua interface com os contratos, assim considerados também em sua acepção atual e no tripé das fases de práxis negocial, a saber: a pré-negociação, a eficácia e a pós-eficácia do contrato.

Portanto, neste capítulo, serão fixadas as balizas teóricas necessárias para contextualizar o momento histórico da travessia do moderno para o contemporâneo, bem como para apresentar os fundamentais elementos jurídicos com cujo instrumental se trabalhará ao longo de todo o trabalho.

2 CONTRATUALIDADE ENTRE MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

Ainda que os anos sejam tradicionalmente contabilizados como 365 dias (e a cada 04 anos um bissexto) no calendário gregoriano, alguns intervalos de tempo se mostram de maior relevância para a História e para a Sociedade.

Notadamente, o período compreendido entre a Revolução Francesa e a Revolução Social de 1960, a qual repercutiu – com maior ou menor influencia – basicamente por todo o planeta, causou relevante impacto para a formação do pensamento moderno e contemporâneo de todas as ciências humanas e sociais aplicadas e se, em geral, é de grande préstimo estudar o curso jurídico de maneira integrada com as demais áreas do conhecimento, muito mais no que concerne ao período iluminista em diante, notadamente porque as mudanças experimentadas não foram tangenciais, mas estruturais, afetando, gradualmente, ao modo de vida das pessoas, suas expectativas pessoais e coletivas e sua visão sobre o seu papel e o papel das instituições para a consecução do interesse coletivo.

As transformações sociais e econômicas experienciadas desde o período pós Revolução Francesa causaram grande impacto ao governo jurídico das relações privadas, nos espaços público e privado, conforme tradicionais lições de Nelson Saldanha¹.

3 COROLÁRIOS DO CONTRATUALISMO

Os ideais da Revolução Francesa se tornaram corolários dos marcos referenciais dos direitos que assumiram predominância nos tempos que se seguiram, fenômeno bem explicado por seu teórico, Norberto Bobbio², que em sua obra *A Era dos Direitos*, ensina que os direitos fundamentais são históricos, classificáveis conforme seu período de inserção, identificando três gerações, em especial: A primeira geração, da **Liberdade**, ligada aos direitos garantidores da liberdade individual dos sujeitos de direito; a segunda geração, da **Igualdade**, ligada aos direitos sociais; e a terceira geração, da **Fraternidade**, categoria ainda heterogênea, composta por garantias diferenciadas, de natureza difusa ou coletiva. Extrai-se de Bobbio³:

¹ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o espaço público e o privado. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e da história.** Porto Alegre: Fabris, 1986.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campos, 1992.

³ BOBBIO, Idem.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. [...] Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens [...] Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

Importante salientar que a Revolução Francesa marcou a ruptura com as monarquias absolutistas para o Estado Liberal, e, portanto, a sociedade demandava a maior abstenção possível do Estado das relações particulares, permitindo que as pessoas, atuassem no máximo limite de sua autonomia privada, com a mínima ingerência do Estado. O ambiente jurídico, após um árduo e longo período de obscurantismo absolutista, estava finalmente sob o poder gerencial dos cidadãos, sedimentando-se sobre o pilar da autonomia da vontade, que visava a subjugar qualquer resquício da “Vontade do Príncipe” na vida civil dos particulares, inclusive evitando-se a excessiva ingerência regulamentar do Estado (em qualquer de suas três acepções de poder), como é próprio do modelo liberal. Imperava a era da Liberdade. Sintetiza Priscilla Lacerda Arantes⁴:

O Estado tinha como ponto característico a abstenção do conteúdo econômico da relação privada, em relação aos indivíduos e às relações contratuais por ele mantidas. As pessoas eram “independentes” e

⁴ ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

livres para contratar e para arcar com as consequências decorrentes do conteúdo acordado, incluindo-se os prejuízos ocasionados por este instrumento.

Diga-se, por oportuno, que é importante não incorrer em anacronismos interpretativos, pois quando se pensa atualmente em direitos humanos e fundamentais, certamente que a “Liberdade” na concepção atual possui novos contornos e novo colorido.

Contudo, com o passar dos anos e com o estabelecimento das novas estratificações sociais resultantes especialmente da Revolução Industrial, as pessoas começaram a se ressentir da percepção de que “uns eram mais iguais do que os outros”, pecando, portanto, o ambiente jurídico, no quesito **Igualdade**. E, conforme resume Celso Ribeiro Bastos⁵:

a igualdade substancial consiste no tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

Assim, as figuras da igualdade formal (imposta por lei, em gênero) e da igualdade substancial (tratamento desigual aos desiguais, concretizado também por políticas públicas governamentais) passam a ser parte integrante do instrumental jurídico.

BREVE CONCLUSÃO

Atinge-se, o tempo da Fraternidade, que se constitui no atual vetor ético e jurídico do conteúdo principiológico tanto da Liberdade, quanto da Igualdade, os quais, certamente, não poderiam ser aplicados ao arrepio não apenas um do outro, mas principalmente, das linhas contemporâneas. Inconcebível seria ter-se um valor jurídico no presente e os demais sendo interpretados de acordo com o passado.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o espaço público e o privado. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e da história.** Porto Alegre: Fabris, 1986.