

**O PARADIGMA PÓS-MODERNO DO
NEGÓCIO JURÍDICO E A NECESSIDADE
DE UMA NOVA CONCEPÇÃO NA
CONTEMPORANEIDADE**

THE POST-MODERN PARADIGM OF THE
LEGAL BUSINESS AND THE NEED FOR A
NEW CONCEPTION IN CONTEMPORARY

**Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral ***
Nida Saleh Hatoum**
Marcos Massashi Horita***

Como citar: AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

* Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vice-coordenadora, professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: anaclaudiazuin@live.com.

** Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada. Email: nida@medina.adv.br.

*** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado em Direito

Resumo: A objetivo desta pesquisa consiste na demonstração de que se faz necessária a superação dos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico na contemporaneidade, sobretudo em razão da infinidade de novas situações jurídicas apresentadas pelo mundo atual, notadamente no campo da tecnologia e da biomedicina, de modo que o direito não tem conseguido mais abarcar a real definição de negócio jurídico, que, por sua vez,

não mais possui conotação apenas patrimonial. O método empregado será o dedutivo.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Superação de paradigmas. Situação jurídica.

Abstract: The objective of this research is to demonstrate that overcoming the classic and modern paradigms of legal business in contemporary times is necessary. Especially due to the infinity of new legal situations presented by the world today, most notably in the field of technology and biomedicine. Moreover, positive law has not been able to define properly the concept of legal business, which no longer has a patrimonial connotation. The method used for this study was deductive reasoning.

Keywords: Legal business. Overcoming paradigms. Legal situations.

pela Escola da Magistratura do Paraná e pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor no curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR em Londrina (PR), no curso de especialização lato sensu em Direito da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Londrina e no curso de Especialização na Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná, Núcleo de Londrina. Procurador do Estado do Paraná. Email: marcoshorita@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Após-modernidade (ou contemporaneidade) traduz um período de transformações jurídicas que surgem na esteira das modificações pelas quais passam a sociedade. Conceitos e institutos jurídicos que remetiam ao século XIX são desafiados a oferecer respostas em um mundo tecnologicamente avançado. Para enfrentar este desafio, os juristas dedicaram reflexões, especialmente no campo da epistemologia, a fim de conceber modelos que deem conta das demandas da sociedade na era da tecnologia.

Para tanto, mister compreender negócio jurídico desde a ótica do Estado Liberal, época em que imperava o individualismo e o chamado princípio da autonomia da vontade, que assegurava ampla liberdade contratual, o que caracteriza o paradigma clássico do negócio jurídico. Como também pela estrutura do Estado Social, através do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, assinalando o paradigma moderno do instituto, ocasião em que a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado cedeu espaço às limitações impostas pela dignidade da pessoa humana, pela função social e pela boa-fé objetiva, incorrendo na ideia de autonomia privada.

Ocorre que, ultrapassados ambas as linhas histórias, a contemporaneidade ergue-se marcada por acontecimentos que, não obstante sua relevância social, carecem de normatividade jurídica, não se enquadrando na categoria dos fatos jurídicos. São fatos que provocam consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – não geram um direito subjetivo, isto é, são fatos desprovidos de normatização jurídica. Dessa

ausência de direito subjetivo decorre o esvaziamento do conceito de sujeito de direitos e de relação jurídica clássica. Nesse ponto é que a situação jurídica tem despertado grande interesse doutrinário, haja vista que os novos acontecimentos carecem de igual valoração e tutela pelo ordenamento jurídico.

A par disso, a pesquisa propõe uma releitura do conceito de “sujeito de direito”, de “relação jurídica”, de “situação jurídica” e de “negócio jurídico”, demonstrando que, diante dessas novas ocorrências que instigam a ordem legal vigente, a abertura da imposição normativa se faz necessária, visto que não há como negar a existência de interesses jurídicos relevantes.

O método utilizado será o dedutivo, na medida em que, inicialmente, (i) se abarcará o paradigma clássico do negócio jurídico, contextualizando o Estado liberal, a autonomia da vontade, o negócio jurídico patrimonial e o sujeito de direito abstrato; em seguida, (ii) se analisará o paradigma moderno do negócio jurídico, considerando o Estado social, a autonomia privada, a permanência do negócio jurídico patrimonial e o sujeito de direito concreto; para, ao final, (iii) examinar especificamente o paradigma pós-moderno do negócio jurídico, o que a doutrina denomina de “A revolta dos fatos contra os códigos” e a garantia do mínimo existencial, assim como a crítica à teoria da subsunção e a necessidade de sua flexibilização.

1 O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO

1.1 O Estado Liberal e a Autonomia da Vontade

Numa perspectiva histórico-sociológica, o Estado Liberal pode

ser definido como aquele que sucedeu o Estado Absolutista. Surgiu no Século XVIII, trazendo como ideia central o reconhecimento de que o indivíduo possui direitos naturais e inalienáveis, como, por exemplo, os relacionados à vida, à liberdade religiosa, à livre manifestação e à propriedade.

A doutrina liberal pregou a defesa da liberdade no campo político, como uma reação ao anterior Estado Totalitário, então acostumado a tudo centralizar, incluindo os rumos da economia. Com o liberalismo, o Estado passou a ter funções específicas, mediante a divisão dos seus poderes e o postulado de que os interesses individuais coincidiam com os interesses da sociedade.

Nesse paradigma, há uma divisão clara entre o público e o privado. Essa separação dicotômica era garantida pelo Estado, que, por intermédio da lei, assegurava a certeza das relações sociais. A valorização do individualismo era consequência óbvia e direta do Estado Liberal, sendo que, “sem individualismo não há liberalismo” (BOBBIO, 2005, p. 16).

Com efeito, no campo do direito privado, o Estado Liberal enalteceu o chamado princípio da autonomia da vontade, principalmente como decorrência dos ideais pós-revolucionários franceses, que objetivavam excluir os contratos do âmbito da intervenção estatal, de modo a garantir a liberdade de contratar.

Na visão do Estado Liberal, o contrato era instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade deveria reinar ampla e livremente. Salvo as limitações previstas em normas de ordem pública, caberia à autonomia da vontade presidir o destino e determinar a força da convenção criada pelos contratantes.

Dentro dessa visão voluntarista, a autonomia da vontade era

compreendida, como “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas” (NORONHA, 1994, p. 113), o que configurava a máxima *voluntas facit legem*. Isso significava que “o contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes”, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, ao abordar a concepção dominante na época do liberalismo e do voluntarismo jurídico (PEREIRA, 1978, p. 21).

Graças à autonomia da vontade, as partes poderiam estipular o que melhor lhes interessassem, escolhendo livremente o tipo de contrato, típico ou atípico, as cláusulas e condições. Assim, essa autonomia permitia que os contratantes autorregulassem os seus interesses, suscitando, mediante declaração de vontade, aspectos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica (GOMES, 1971, p. 28).

Em síntese, o liberalismo colocou o princípio da autonomia da vontade como pilar dos atos da vida civil e estabeleceu a necessidade da não intervenção estatal nas relações de cunho econômico, entendendo que as leis naturais do mercado se encarregavam da promoção do equilíbrio econômico e, por consequência, da harmonia social. Era a conhecida doutrina do *laissez faire*.

A autonomia da vontade e a liberdade contratual formavam, portanto, a viga mestra do direito contratual, por conta do princípio da igualdade de todos perante a lei (“igualdade formal”). Entretanto, pode-se observar que a liberdade contratual correspondia, de um lado, a um progresso na evolução das sociedades ocidentais, mas, de outro, realizava apenas o interesse de uma classe da sociedade, a capitalista (ROPPO, 1988, p. 39).

Dessa forma, vê-se que modelo econômico denominado Estado Liberal vigia sob a preponderância do dogma da autonomia da vontade,

do individualismo e da força obrigatória dos pactos. E tudo isso era positivado nas cláusulas do negócio jurídico, como lei entre as partes, de forma que a intervenção estatal era impossibilitada em razão da autonomia da vontade, que era absoluta.

1.2 O Negócio Jurídico Patrimonial e o Sujeito de Direito Abstrato

O paradigma clássico do negócio jurídico, nada obstante a análise do Estado Liberal e da autonomia da vontade, impõe o estudo, também, do que se compreende por negócio jurídico patrimonial e sujeito de direito abstrato. Como já se expôs no item anterior, com o advento do liberalismo, evidenciou-se grande prestígio ao dogma da autonomia da vontade, ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao intervencionismo estatal mínimo.

Esse contexto, por consectário lógico, conferiu aos negócios jurídicos o caráter de patrimonialismo, tendo em vista que visava tão somente à aferição de lucro e circulação de bens, deixando as necessidades, as condições e os interesses do sujeito em segundo plano. Vale dizer: o sujeito de direitos era abstrato, “perfil jurídico não definido a partir de suas condições concretas.” (FACHIN, 2012, p. 101).

Não eram considerados, portanto, aspectos relevantes dos negócios jurídicos, como o equilíbrio econômico-financeiro das tratativas e a ausência de vícios de consentimento, que, atualmente, poderiam implicar na inexistência ou na invalidade dos contratos. Não por outra razão a doutrina critica a abstração excessiva e genérica, que coloca o indivíduo em segundo plano.

É exatamente neste sentido a crítica, ao ressaltar que deve vigorar atualmente uma concepção de negócio jurídico mais preocupada

com a proteção do sujeito concreto, em detrimento do sujeito de direitos abstrato:

A noção, destarte, de sujeito de direitos apresentada pela codificação e doutrina do século XVIII encontra-se, atualmente, em evidente declínio, superada por uma concepção mais preocupada com a tutela real do sujeito concreto, pessoa cuja vivência não se dissocia da realidade e para quem a suficiência da tutela jurídica somente se alcança quando se superam barreiras do abstracionismo de outrora (PONA, 2015, p. 183)¹.

E, como bem se conclui:

A tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas, e isso também se mostra não apenas em relação aos que são titulares de direito, como também em relação àquilo que pode ser objeto dessa titularidade. Há situações em que a noção clássica, tanto de pessoa quanto de coisa, não mais responde ao sentido que o Código Civil imprime a este tipo de realidade (FACHIN, 2012, p. 106).

Analisado o patrimonialismo e a abstração do sujeito de direitos que integra o que se compreende pelo paradigma clássico dos negócios jurídicos, passa-se, então, à análise do paradigma moderno,

1 Neste sentido, aliás, o autor esclarece que a noção de relação jurídica demonstra também a força teórica abstrata deste período histórico: “Da mesma maneira que se projetaram críticas à abstrata noção de sujeito, por desconsiderar, sobretudo, a individualidade e a realidade concreta daquele que figura como o principal ator no espetáculo da vida em sociedade, o ser humano, pessoa (não técnica, mas viva), a apreensão da relação jurídica como elemento de ligação entre sujeitos mostrou-se inadequada. As transformações sociais, que já não mais permitiam o enquadramento na categoria de sujeito de direito indivíduos cuja realidade clamava pela tutela jurídica, tornam insuficiente o recorte metodológico realizado para a caracterização de uma relação jurídica” (PONA, 2015, p. 183-184).

destacando-se as mudanças significantes advindas do Estado Social.

2 O PARADIGMA MODERNO DO NEGÓCIO JURÍDICO

2.1 O Estado Social e a Autonomia Privada

A codificação, em sua origem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, de forma que os bens jurídicos, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações. Contudo, tal ordem altera-se no estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador desloca-se para a função social que os institutos privados devem cumprir, protegendo-se objetivos baseados na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades culturais e materiais (TEPEDINO, 2004, p. 219).

Embora permaneça como essência do negócio jurídico, o princípio da autonomia da vontade passa por um processo de reavaliação crítica devido a intervenção crescente do Estado, razão pela qual advém a ideia de autonomia privada. Referida expressão designa a quebra de um paradigma do sistema liberalista burguês, apontando a evolução de um conceito.

Nesse ponto, leciona-se que a autonomia da vontade tem conotação subjetiva, psicológica, dizendo respeito à possibilidade reconhecida ao titular de celebrar, ou não, negócios jurídicos, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade, sendo concernente ao poder dos particulares de regular, pelo exercício da própria vontade, o

conteúdo e disciplina dos negócios que resolverem entabular (AMARAL, 2003, p. 337-378). De forma mais abrangente, afirma-se que:

A expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’, e nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a ‘autonomia negocial’. A ‘autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado [século XIX] por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico. Modernamente designa-se como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’) seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), seja as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder derivado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado (COSTA, 2002, p. 614-615).

Assim, a nova postura estatal de tomar a responsabilidade para si e intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los e até definir uma solução diferente do acordado, decorre da mudança axiológica sofrida pelo Direito Civil. Os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida pela boa-fé, pela função social do contrato e pela equidade entre as partes.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inicia-se, então, no ordenamento jurídico, o fenômeno chamado de “constitucionalização

do Direito Privado”, o que significa dizer que os princípios básicos do direito privado partem do Código Civil para a Constituição, pilar central do ordenamento:

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado (AMARAL, 2003, p. 52).

A par dessa perspectiva, surge um Estado voltado a programas solidaristas e de valorização da pessoa humana, destarte moldando um direito social e “despatrimonializando”, aqui no sentido de que, inclusive na esfera constitucional, dispõe-se sobre “inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana”, pelo que “o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. É, pois, diante desse tecido normativo, desses verdadeiros objetivos fixados, que o contrato deve ser funcionalizado (GODOY, 2004, p. 115).

Nesse período também adquire relevância o surgimento dos chamados “microsistemas”, que consistem em legislações independentes que igualmente tutelam os princípios no sentido de reconhecer a fraqueza de certos sujeitos na relação negocial:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento (MORAES, 1991, p. 4).

Da mesma forma, Cláudia Lima Marques (2005, p. 210-211) aponta que os conceitos tradicionais do negócio jurídico e da autonomia privada permaneceram. No entanto, o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações é reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção do contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar outro elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu artigo 4º, III, e como cláusula geral, em seu artigo 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais (MARQUES, 2005, p. 220).

Acerca desses deveres, destaca-se:

[...] pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título.” (COSTA, 2000, p. 429).

Consoante será exposto, esses deveres laterais principiológicos, a exemplo, o dever de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação (COSTA, 2000, p. 439) possuem um único objetivo: concretizar o sujeito de direitos no campo negocial.

2.2 A Permanência do Negócio Jurídico Patrimonial e o Sujeito de Direito Concreto

Como visto, foi superado o paradigma clássico do negócio jurídico pelo advento da regulamentação das relações jurídicas dentro de uma estrutura normativa do Estado Social que por meio de normas cogentes e imperativas como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, a boa-fé objetiva e as disposições do Código de Defesa do Consumidor, limitam a liberdade de contratar do sujeito de direito, substituindo-se o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada.

Com efeito, a liberdade de contratar ou não e de escolher livremente o conteúdo do negócio jurídico entabulado – autonomia da vontade – perde espaço no paradigma moderno, no qual o exercício do poder de contratar somente é permitido dentro de uma margem de autonomia, de um espaço em branco conferido pelo ordenamento jurídico.

Embora diante de um novo contexto normativo limitador da liberdade de contratar, o negócio jurídico continua atrelado à ideia patrimonialista. O seu objeto continua envolto pela circulação de riquezas, traduzindo o cunho econômico e o escopo capitalista. Entretanto, o paradigma moderno trouxe importante inovação no que se refere ao perfil do sujeito de direito, tratado como um indivíduo e abstratamente considerado pelo paradigma clássico, sob o fundamento de uma pretensa igualdade formal, como já exposto anteriormente. Sobre a igualdade formal, como alicerce de um paradigma fundado no indivíduo, expõe-se que:

É hoje, plenamente aceito, no entanto, que a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, partícipe das relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal. Especialmente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais (NEGREIROS, 2006, p. 5).

Sobre o tema, Luiz Edson Fachin (2012, p. 7-8) bem observa que, para tanto, o ponto de partida é mesmo a teoria da relação jurídica,

e nela a estrutura, os elementos, o conteúdo, o ônus e o dever jurídico. Reconhece-la a partir dos fatos e de uma dinâmica que não estejam no Direito que se quer bastante por si só. Suplantar na teoria geral dos sujeitos da relação jurídica o estatuto do privilégio, e ali alavancar a repersonalização, que encontra a raiz esquecida da pessoa natural, para além da personalidade como conceito. Assim, “passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social” (FACHIN, 2012, p. 15).

Nessa perspectiva moderna, o conceito de sujeito de direito evoluiu da qualidade de mero indivíduo, igualmente considerado em qualquer relação jurídica, para a de pessoa humana cujas características devem ser consideradas dentro de cada relação jurídica. Passam a ser consideradas as necessidades reais e concretas da pessoa humana, dentro de um contexto de solidariedade e de responsabilidade social. Tutelam-se os direitos da personalidade. Acerca da redução da pessoa ao indivíduo, que limita a compreensão de pessoa humana ao conceito de sujeito de direitos, vinculando sua essência tão somente à aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, sustenta-se que:

Submergida a ideia de pessoa na de indivíduo (ao senso egoísta do termo) e não-visualizada a de personalidade pela preeminência do conceito técnico de capacidade, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ser pessoa com o ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização

existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do direito (COSTA, 2002, p. 411).

Essa mudança de paradigma implicou na substituição do centro valorativo do direito civil, afastando-se a concepção de indivíduo (sujeito abstrato) e adotando-se a de pessoa (sujeito concreto). Onde se aplicava, antes, exacerbadamente a liberdade individual, aplicam-se, a partir de então, os valores da pessoa humana, como a dignidade e os direitos da personalidade:

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais (é o caso, no âmbito do direito contratual, das normas de proteção ao consumidor, ao locatário, ao usuário do plano de saúde etc – as chamadas *person-oriented rules*). Neste sentido, enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem constitucional em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma e, deste modo, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito (NEGREIROS, 2006, p. 18).

É inegável a influência da constitucionalização do direito civil nesse contexto de modificação de paradigma clássico para moderno. Os

princípios da supremacia da constituição, da força normativa das normas constitucionais, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da interpretação das leis (Código Civil) conforme à Constituição Federal alteraram completamente a forma de orientar, disciplinar, interpretar e aplicar o direito civil. Acerca dessa relevante influência constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 185) aponta que:

O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir igualdade de todos perante a lei – igualdade representativa, à época, de significativo avanço social –, posição que era, no entanto incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas. Por seu turno, o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social.

Portanto, depreende-se que o homem, agora considerado sujeito concreto na relação jurídica, perpassa da esfera secundária à esfera principal, sendo visualizado como o centro do negócio jurídico, ao lado dos bens jurídicos patrimoniais que passam a exercer papel coadjuvante. A dignidade humana insurge nas relações negociais a fim de sobrepor o

sujeito de direitos acima de qualquer outra imposição normativa. Essa compreensão firma-se ainda mais quando se trata da contemporaneidade, conforme será melhor explorado a seguir.

3 O PARADIGMA PÓS-MODERNO (OU CONTEMPORÂNEO) DO NEGÓCIO JURÍDICO

3.1 A Revolta dos Fatos Contra os Códigos e a Garantia do Mínimo Existencial

Existem acontecimentos que, não obstante sua relevância social, carecem de normatividade jurídica, não se enquadrando na categoria dos fatos jurídicos. São fatos que provocam consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – não geram um direito subjetivo, isto é, são fatos desprovidos de normatização jurídica.

Diante da ausência de um direito subjetivo, também não se pode falar de sujeito de direitos, nem tampouco do conceito clássico de relação jurídica. Todavia, esses acontecimentos, fatos não normatizados, criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica. Esses fatos não geram direitos, mas sim interesses.

Se o interesse possuir conteúdo meramente econômico, tem-se um negócio jurídico patrimonial cuja análise ocorre por meio do paradigma moderno. Por outro lado, se esse interesse possuir conteúdo sem valor econômico, tem-se um caso de negócio jurídico existencial, ou uma situação jurídica existencial, que não se enquadra nos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, necessitando de uma nova

estrutura normativa, um paradigma contemporâneo, que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial ou autodeterminação.

Existem inúmeros acontecimentos de caráter não patrimonial que não se encontram normatizados pelo Código Civil ou pela legislação esparsa, mas que envolvem situações jurídicas existenciais e que demandam a tutela do direito, como, por exemplo: a eutanásia, a transfusão de sangue em pessoas que professam a religião denominada “testemunhas de Jeová”, o direito ao conhecimento da paternidade em caso de inseminação artificial heteróloga, etc. Essas situações não são suficiente e adequadamente tratadas pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico.

Essa lacuna legislativa deve-se em grande parte ao que Gaston Morin chamou de “revolta dos fatos contra o código”, em razão do crescente descompasso que se revelava entre o Código Civil de Napoleão e as necessidades sociais de uma realidade que se transformava em ritmo acelerado, provocando problemas que o texto codificado, engessado, não tinha condições de resolver. Esse problema foi ainda mais agravado pela realidade do Poder Judiciário francês que, na época, era conhecido como “*bouche de la loi*”, ou juiz boca da lei, em que se limitava a aplicar a dizer o direito por meio de uma interpretação literal da lei (gramatical), de cunho eminentemente positivista e desprovido de qualquer juízo valorativo principiológico.

Certamente, a interpretação gramatical é considerada uma das mais deficientes, deixando de considerar fatores e valores essenciais em uma sociedade dinâmica. O intérprete deve buscar uma forma de concretizar os valores contidos no Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode olvidar que o direito, como ordenamento jurídico, necessita

estar harmonizado com as necessidades e as realizadas sociais, sob pena de deixar de cumprir o seu papel social.

Interessantes exemplos podem ser extraídos do bem de família como caso de situação jurídica existencial, relacionado ao mínimo existencial patrimonial decorrente da Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson Fachin (direito de propriedade – artigo 5º, *caput*, c.c. artigo 6º, *caput*, ambos da Constituição Federal), que preceitua que as relações privadas e creditícias sejam adequadas à nova realidade do direito civil, de forma a não se sobrepor à dignidade do indivíduo (dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), como, por exemplo, preservando-se o bem de família e assegurando a moradia digna:

A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo. A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores (FACHIN, 2006, p. 1).

Feita esta breve introdução, pode-se acrescentar que, nos

dias atuais, em se tratando do regime democrático, priorizar o caráter patrimonial em detrimento do caráter pessoal do ser humano não atende aos ditames éticos, razão pela qual a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo é fundada, também, na tese de “despatrimonialização do Direito”, consistente em colocar a pessoa, o seu valor, no primeiro plano, afastando-se toda a prioridade que se concedia ao caráter extremamente patrimonialista das relações civis.

Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individualiza-se uma tendência normativo-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesmo, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não se pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou

integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’ existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e, portanto sobre a sua natureza (PERLINGIERI, 2002, p. 33).

Luiz Edson Fachin ainda fundamenta sua teoria diretamente na dignidade da pessoa humana, fazendo uma releitura do Direito Civil à luz do texto constitucional sem, contudo, esquecer-se do direito de propriedade:

A Constituição de 1988 trouxe princípios e valores rearticuladores do universo privado, agora centrado na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tendo em vista que os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às regras das legislações ordinárias e especiais vigentes, devem ser utilizados como princípios unificadores de todo o sistema jurídico, orientando a interpretação e aplicação das referidas regras constitucionais. A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo (FACHIN, 2006, p. 189-190).

Nessa senda, referido autor defende a tutela do patrimônio mínimo como garantia de proteção dos bens indispensáveis, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito

de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência (FACHIN, 2006, p. 232).

A jurisprudência tem refletido, na prática, toda essa construção valorativa principiológica acerca da proteção do bem de família, protegendo e tutelando de forma razoável e adequada os interesses decorrentes de situações jurídicas existenciais relacionadas à questão e não normatizadas pelo Código Civil e pela Lei do Bem de Família. Passa-se a analisar, por conseguinte, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

1.^a Situação: com fundamento na finalidade do bem de família (moradia, sustento) e no conteúdo axiológico da norma (conferir dignidade), o STJ não admitiu a penhora do único bem imóvel da família locado a terceiro, isto é, a família, titular de um único imóvel, locou este a terceiro para auferir renda suficiente para o seu sustento e o pagamento do aluguel, para sua moradia, de um imóvel de menor valor.

RECURSO ESPECIAL - Execução Fiscal - Penhora - Bens de família - Lei n. 8.009/90 - Único imóvel da família locado a terceiros - impenhorabilidade - precedentes.

Predomina nesta egrégia corte superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar

e, em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004). “Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99). Recurso especial improvido. (STJ, REsp 445.990/MG, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 11/04/2005, p. 225).

2.^a Situação: com fundamento na finalidade do bem de família (moradia) e no conteúdo axiológico da norma (conferir dignidade), o STJ não admitiu a penhora do único bem imóvel do devedor solteiro, com o correto entendimento de que não faz sentido proteger quem vive em um seio familiar e desproteger o indivíduo que vive solitariamente.

PROCESSUAL - Execução - Impenhorabilidade - Imóvel - Residência - Devedor Solteiro E Solitário - Lei 8.009/90.

- A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos:

a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (STJ, EREsp 182223/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. P/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 06/02/2002, DJ 07/04/2003, p. 209).

3.ª Situação: talvez na situação mais interessante, do ponto de vista da sociedade moderna, com multiplicidade familiar, o STJ não admitiu a penhora do segundo bem imóvel do devedor no caso em que este, titular de dois imóveis, residia em um imóvel com sua segunda esposa e filho, enquanto sua ex-esposa e filhos do primeiro casamento residiam no outro imóvel.

Resta claro que, para o STJ, adotando o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção do bem de família não se restringe a um único imóvel, podendo estender-se a um segundo imóvel para proteger, por exemplo, ex-esposa e filhos do primeiro casamento cuja coabitação com a atual família seria inexigível e desastrosa, protegendo-se a moradia e dignidade de todos, ampliando o conceito de entidade familiar.

RECURSO ESPECIAL. Direito civil. Execução. Embargos de terceiros. Penhora incidente sobre imóvel no qual residem filhas do executado. Bem de família. Conceito amplo de entidade familiar. Restabelecimento da sentença.

1. “A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia” (EREsp 182.223/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de

Barros, DJ 6/2/2002).

2. A impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas o sentido amplo de entidade familiar. Assim, no caso de separação dos membros da família, como na hipótese em comento, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge em duplicidade: uma composta pelos cônjuges e outra composta pelas filhas de um dos cônjuges.

Precedentes.

3. A finalidade da Lei nº 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, tornando seus bens impenhoráveis, mas, sim, reitera-se, a proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo.

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (STJ, REsp 1126173/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013).

Em outra situação, distinta, o STJ negou a proteção do bem de família ao segundo imóvel do devedor no qual se encontrava residindo um de seus filhos para finalidade de estudos. Não se tratava de multiplicidade familiar.

AGRAVO Regimental no Agravo em Recurso Especial. Execução. Devedores proprietários de dois imóveis. Hipótese de um dos imóveis destinar a moradia do filho. Pretensão ao reconhecimento da qualidade de bem de família. Impossibilidade. Improvimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário.

2. Esse entendimento, porém, não se estende à

hipótese de mera separação de fato de um dos membros da família, do ponto de vista jurídico, denota a existência de uma família e dois imóveis por ela utilizados como residência e proteger ambos com a impenhorabilidade disposta na Lei n. 8.009/1990 significaria ampliar demasiadamente o âmbito da lei, o que apresenta um risco adicional a facilitar a prática de fraudes. Além disso, a abertura dessa possibilidade de alargamento da impenhorabilidade significaria abertura de oportunidade de criação de incidentes processuais que levariam a mais uma hipótese de eternização do processo de execução. Precedente: REsp 518.711/RO, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator(a) p/ Acórdão Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 05/09/2008.

3. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 301.580/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 18/06/2013)

Desse modo, vislumbra-se o maior enfoque dado à proteção de bens considerados essenciais à própria existencialidade mínima humana – a exemplo, o bem de família – configurando uma exceção à patrimonialidade presente nas relações negociais em desfavor do credor, para satisfazer as necessidades do devedor quanto à sua própria sobrevivência.

3.2 Crítica à Teoria da Subsunção e a Necessidade de Flexibilização – A Situação Jurídica Contemporânea

No contexto contemporâneo, analisar os contornos e os efeitos das situações jurídicas² adquire ainda mais relevo quando se direciona

² De acordo com a análise de Emílio Betti (1969, p. 15-21), situações jurídicas são aquelas que se produzem a par de uma causalidade jurídica, produto de uma valoração jurídica feita pelo homem na medida em

o estudo às situações jurídicas existenciais, o que exige, também, uma prévia digressão do que deve ser entendido por direitos da personalidade. Ao conceituar personalidade jurídica, expõe-se que

[...] trata-se de um atributo, concedido aos indivíduos pelo próprio ordenamento jurídico, segundo exigências e condicionantes de igual modo pelo ordenamento determinadas, que permitem ao sujeito de direito contrair obrigações e ser compelido a cumprir determinados deveres, sobretudo, na Modernidade, naqueles decorrentes de um negócio jurídico (PONA, 2015, p.182).

Gustavo Tepedino (2004, p. 27), ensina que a personalidade é o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada com objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. E prossegue, afirmando que “A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis erga homens” (TEPEDINO, 2004, p. 27).

Pietro Perlingieri (2002, p. 156), por sua vez, ressalta que a personalidade não é um direito, mas sim um valor e está inserido em uma série aberta de situações existenciais, que incessantemente exigem tutela adequada.

Tecidas tais considerações, se faz necessário, para a compreensão do objeto deste estudo, pontuar as críticas da doutrina no que se refere à concepção de direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos.

Destaca-se, portanto, já de antemão, que as situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem

que reage sobre a realidade social. Ou seja, constituem respostas que a ordem jurídica dá às diferentes situações de fato, que são configuradas à medida que sobrevêm os fatos jurídicos.

fazer perder de vista a unidade do valor envolvido (PERLINGIERI, 2002, p. 156), sendo que, ainda, a distinção entre subjetividade e personalidade colabora para a demonstração de situações nas quais a noção de direito subjetivo é insuficiente para a tutela da pessoa (PONA, 2015, p. 187).

Não seria possível, assim, afirmar que a personalidade jurídica consiste em um direito subjetivo. Isso porque, como bem assinala a doutrina, a noção de direito subjetivo implica, necessariamente, em um dever jurídico correspondente atribuído ao outro sujeito da relação jurídica, de modo que este raciocínio - no sentido de que a personalidade se trata de direito subjetivo - só se sustentaria se admitir-se que o dever vinculado ao direito subjetivo da personalidade pertenceria à coletividade, indistintamente (PONA, 2015, p. 187-188).

Para Luiz Edson Fachin (2012, p. 141), o direito subjetivo seria apenas impróprio ou uma potestatividade, tendo em vista que não seria possível identificar o responsável pela observância do dever correspondente, a partir da ideia do que se compreende por relação jurídica. Relação jurídica que, aliás, neste caso, somente se concretiza posteriormente à violação do suposto direito subjetivo, o que a torna incompleta desde o início (PONA, 2015, p. 188).

E é neste contexto, superando o conceito insuficiente de direitos subjetivos, e orbitando no conceito de interesses, é que se vislumbram as situações jurídicas existenciais – que se contrapõem às patrimoniais – e:

[...] expressam nada menos do que as dimensões da personalidade humana. A socialização impõe-se justamente para evitar-se um olhar obnubilado por interesses que obstruem, na realização de, por exemplo, uma atividade econômica, a plena construção

livre da personalidade. O condicionamento do exercício de determinadas situações jurídicas subjetivas à observância da função social visa, justamente, à proteção da pessoa (PONA, 2015, p. 191).

Neste sentido, a tutela dos direitos da personalidade passa a ser exercida através dos centros de interesse, sendo que, para Pietro Perlingieri (2002, p. 114), “Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre dois sujeitos”.

Tem-se, portanto, que as situações jurídicas, quando não relativas a interesses vinculados diretamente ao patrimônio, dizem-se situações jurídicas subjetivas existenciais, na tradição denominada direitos da personalidade. E personalidade aqui não deve ser mais compreendida como atributo jurídico, ficção da ciência do direito para inserir o indivíduo no universo do trânsito jurídico e das titularidades, mas atributo intrínseco de um ser concreto. Permite-se, desse modo, por meio da compreensão da importância da autonomia privada para o sujeito, a efetiva tutela da pessoa (PONA, 2015, p. 195).

E por assim ser, sob a ótica das situações jurídicas existenciais, não se revela possível que os litígios sejam solucionados meramente mediante a aplicação da teoria da subsunção do fato à norma, especialmente porque muitas vezes as situações não estarão previstas no ordenamento e, por consequência, não contarão com proteção legal correspondente.

Sobre a teoria da subsunção, aliás, Robert Alexy (2001), ao introduzir sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, afirma que

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”, tendo em vista que nem toda decisão jurídica é uma questão de mera subsunção do caso particular a uma norma geral³.

Neste sentido, analisando especificamente a tutela de situações jurídicas existenciais sem previsão específica, Pietro Perlingieri (2002, p. 156) assinala que:

O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.).

E prossegue, criticando a ausência de tutelabilidade de determinadas garantias inerentes a aspectos da existência humana sob o argumento de que não há, no sistema vigente, aparato processual adequado:

Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individualizar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é

3 Para o autor, inclusive, “Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda das regras de metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode escolher entre várias soluções” (ALEXY, 2001, p. 17-19).

legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses rimários, constitucionalmente relevantes. Desconhecer a tutelabilidade dos interesses juridicamente relevantes, em presença do art. 24 Const. que prevê o direito de agir em sua defesa, significaria sustentar a existência de uma contradição no sistema. Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso. É preciso evitar generalizações. [...] (PERLINGIERI, 2002, p. 156-157).

Assim, as situações jurídicas contemporâneas, e, mais especificamente, as situações jurídicas existenciais, embora nem sempre contem com previsão e proteção normativa expressa, merecem a tutela adequada pelo Poder Judiciário, na medida em que estão diretamente relacionadas com direitos da personalidade, que não raro estão vinculados a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

CONCLUSÕES

Na vigência do Estado Liberal predominou o chamado princípio da autonomia da vontade, decorrente dos ideais pós-revolucionários franceses e através do qual se pretendia excluir os contratos do âmbito da intervenção estatal. O contrato, perante o paradigma clássico, era instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade deveria reinar ampla e livremente, onde o lucro inibia o sujeito e suas necessidades.

A superação do paradigma clássico pelo paradigma moderno

consubstanciou verdadeiro progresso na regulamentação das relações jurídicas privadas por meio de normas cogentes e imperativas, protegendo-se valores fundamentais e sociais como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, a boa-fé objetiva etc, substituindo-se o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada.

A nova ótica adotada em face da ideia de sujeito de direito também constituiu importante inovação ao passo que o conceito de sujeito de direito evoluiu da qualidade de mero indivíduo – abstratamente considerado – para a de pessoa humana – concretamente considerada – cujas características particulares devem ser ponderadas dentro de cada relação jurídica.

O paradigma contemporâneo ou pós-moderno de negócio jurídico demonstra que existem fatos, desprovidos de normatização jurídica, mas de importância existencial que esvaziam do conceito de direito objetivo, direito subjetivo, sujeito de direitos e de relação jurídica clássica patrimonial. Esses acontecimentos criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica. Todavia, esses interesses não são adequados à proteção conferida pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, uma vez que se evidencia a necessidade de um paradigma que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial ou liberdade existencial.

Assim, com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, surgiram novos anseios personalíssimos a serem resguardados. Em decorrência disso, o negócio jurídico clássico e moderno, formado por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos respaldados na ordem legal, demonstrou-se

insuficiente para satisfazer as novas demandas, notadamente as de cunho existencial, pelas quais o indivíduo, pautado em seu próprio centro de interesses e em sua capacidade de autodeterminação, exerce o direito à sua existência como bem entender.

Esses acontecimentos, fatos não normatizados, criam situações jurídicas que orbitam centros de interesse e que merecem, à toda evidência, a tutela jurídica, principalmente em se tratando de situações jurídicas existenciais, característica da contemporaneidade. Esses fatos não geram direitos, mas interesses não protegidos pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico, razão pela qual há a necessidade de estudo e construção jurídica de um novo paradigma contemporâneo de negócio jurídico, que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e

tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Judith Martins. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GODOY, Claudio Luíz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 3. ed. São Paulo: Forense. 1971.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Direito, Estado e Sociedade,** Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: 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.

PEREIRA, Caio Mauro da Silva. **Instituições de direito civil:**

contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Como citar: AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/03/2017

Aprovado em: 18/05/2017