

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Curso de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento

Tatiana Gobbi Maia

**AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA:
uma análise interpretativa deste princípio à luz do pós-positivismo
de Friedrich Müller**

São Paulo – SP

2021

Tatiana Gobbi Maia

**AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA:
uma análise interpretativa deste princípio à luz do pós-positivismo
de Friedrich Müller**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Tatiana Aguiar

São Paulo

2021

Tatiana Gobbi Maia

**AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA:
uma análise interpretativa deste princípio à luz do pós-positivismo
de Friedrich Müller**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito *strictu sensu* como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em direito na área de concentração de Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP.

Prof.^a Dra. Tatiana Aguiar (Professora Orientadora)

Profa. Dra. Maria Edelvacy Pinto Marinho (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Marcel Edvar Simões (Banca Examinadora)

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Tatiana Aguiar pelas horas de orientação, dedicação e incentivo, pessoa que soube captar minhas angústias e guiar-me neste caminho entre Direito Civil, Teoria Geral e Filosofia, o meu mais sincero e profundo reconhecimento.

Agradeço aos demais professores e colegas do mestrado, sem os quais as calorosas discussões não regariam a semente plantada, germinando e evoluindo em conhecimento.

Agradeço à minha família pelas palavras doces de incentivo e por jamais duvidarem de minha capacidade.

Por último, e com mais relevo, agradeço a meu marido, Ronan Bonello da Silva, sem o qual, neste momento, não seria possível o ingresso no Mestrado nem tampouco sua conclusão, pessoa que, em sua força, soube doar. Minha eterna gratidão.

MAIA, Tatiana Gobbi. **Autonomia Privada nos Contratos de Compra e Venda**: uma análise interpretativa deste princípio à luz do pós-positivismo de Friedrich Müller. 2021. 16 de dezembro. Dissertação de Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento. Instituto Brasiliense de Direito Público. São Paulo, 2021.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo examinar a influência do pensamento pós-positivista de Friedrich Müller sobre a interpretação do princípio da autonomia privada nos contratos de compra e venda, objetivando, principalmente, analisar se, por meio da metódica estruturante, é possível uma releitura ou, até mesmo, a efetiva intervenção judicial no contrato de compra e venda, alterando o conceito clássico que são antecedentes de autonomia privada e liberdade de contratar. O trabalho, inicialmente, aprofundar-se-á nos conceitos de autonomia, autodeterminação e exercício da liberdade, refletindo sobre o princípio da autonomia privada. Na sequência, será necessário apresentar o contrato de compra e venda como exercício de direito do homem comum, o instrumento que mais simboliza o exercício da liberdade e da concretização da autonomia da pessoa. Como consequência, proceder-se-á a um exame detido sobre o significado e extensão do termo autonomia da vontade e sua importância para o Contrato de Compra e Venda.

A “Teoria Estruturante” de Friedrich Müller será apresentada como a teoria que melhor representará as perspectivas pós-positivistas nesta dissertação, uma vez que redefine o conceito de norma. A norma passa a ser fruto de um processo criativo-concretizante que engloba o programa normativo e o âmbito normativo. Analisar-se-ão os efeitos do pós-positivismo de Friedrich Müller quanto à autonomia privada no contrato de compra e venda. A teoria relacionará mediante o processo de criação da norma, o qual concretiza a constituição, e, portanto, a aplicação de princípios e direitos fundamentais, como a inserção de elementos interdisciplinares pelos quais o teórico pretende incluir a realidade fática na solução do caso em concreto. A presente análise perpassa o papel interpretativo do juiz e os reflexos da intervenção estatal perante o contrato de compra e venda quanto à segurança jurídica. Sem a pretensão de esgotar a matéria, chegar-se-á à conclusão que é, possível por meio da metódica estruturante, realizar a releitura da autonomia privada perante o contrato de compra e venda sobre critérios socializantes, contudo em manutenção e concretização dos objetivos da lei.

Quanto à metodologia, foi adotada como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica sobre o tema da autonomia da vontade, a compreensão da liberdade de auto constituir-se, e sua concretização por meio dos contratos de compra e venda.

Palavras-chave: Indivíduo. Vontade. Pós-positivismo. Contrato. Normas. Interpretação.

MAIA, Tatiana Gobbi. **L'autonomia privata nei contratti di compravendita:** un'analisi interpretativa di questo principio alla luce del post-positivismo di Friedrich Müller. 2021. 16 dicembre. Tesi di Laurea Magistrale in Diritto, Giustizia e Sviluppo. Istituto Brasiliense di Diritto Pubblico. San Paolo, 2021.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone di esaminare l'influenza del pensiero post-positivista di Friedrich Müller sull'interpretazione del principio di autonomia privata nei contratti di compravendita. Il lavoro qui presentato mira principalmente ad analizzare se, attraverso il metodo costituzionalista, è possibile svolgere una rilettura o, addirittura, l'effettivo intervento giudiziario nel contratto di compravendita, modificando, in questo modo, il concetto classico di autonomia privata e libertà contrattuale.

Il lavoro, inizialmente, approfondirà i concetti di autonomia, autodeterminazione ed esercizio della libertà, riflettendo sul principio dell'autonomia privata. Sarà successivamente necessario presentare il contratto di compravendita come esercizio del diritto dell'uomo, lo strumento che più simboleggia l'esercizio della libertà e la realizzazione dell'autonomia della persona.

Di conseguenza, verrà svolto un approfondito esame sul significato e sull'estensione del termine autonomia della volontà e sulla sua rilevanza ai fini del Contratto di Compravendita. La "Teoria costituzionale" di Friedrich Müller sarà presentata come la teoria che meglio rappresenta le prospettive post-positiviste in questa discussione, poiché ridefinisce il concetto di norma.

La norma diventa il risultato di un processo creativo-concretizzante che include il programma normativo e l'ambito normativo. Verranno analizzati gli effetti del post-positivismo di Friedrich Müller sull'autonomia privata nel contratto di compravendita. Verrà, successivamente, elencato il processo di creazione della norma, attraverso il quale si concretizza la Costituzione, e, quindi, l'applicazione dei principi e dei diritti fondamentali, come l'inserimento di elementi interdisciplinari attraverso i quali il teorico intende includere la realtà fattuale nella soluzione del caso specifico.

Tale analisi permea il ruolo interpretativo del giudice e i riflessi dell'intervento statale in relazione al contratto di compravendita in termini di certezza del diritto. Senza la pretesa di poter esaurire la materia, si giunge alla conclusione che è possibile,

attraverso il metodo costituzionalista, effettuare la rilettura dell'autonomia privata che sta alla base del contratto di compravendita su criteri di socializzazione, con l'obiettivo di mantenere e attuare gli obiettivi della legge. Quanto alla metodologia, è stata adottata come tecnica di ricerca la rassegna bibliografica sul tema dell'autonomia della volontà, della comprensione della libertà di auto costituzione e della sua attuazione attraverso contratti di compravendita.

Parole- chiave: Individuo; Desiderio; Affari giuridici; Norme; Interpretazioe.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AUTONOMIA PRIVADA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA	13
2.1 AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE	16
2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	23
2.2.1 Limites do Princípio da Autonomia Privada	29
2.3 O CONTRATO DE COMPRA E VENDA COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DO HOMEM COMUM	31
2.3.1 Características do Contrato de Compra e Venda, Elementos Constitutivos, Consequências e Cláusulas Especiais à Compra e Venda	38
2.3.2 Princípios Norteadores da Formação Contratual	42
2.3.2.1 <i>Princípio da Boa-Fé e/ou Proibição</i>	46
2.3.2.2 <i>Princípio da Liberdade do Função Social do Contrato</i>	48
2.3.2.3 <i>Princípio do Consensualismo</i>	51
2.3.2.4 <i>Princípio da Obrigatoriedade da Convenção ou dos Contratos</i>	52
2.3.2.5 <i>Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato</i>	53
3 A BASE DO PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER	54
3.1 POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN COMO TEORIA ANTECESSORA	59
3.2 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER	68
3.2.1 Programa Normativo e Âmbito Normativo	71
3.2.2 Método de Concretização da Norma Jurídica	74
4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER	81
4.1 O PAPEL INTERPRETATIVO DO MAGISTRADO	82
4.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER	87
4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SEGURANÇA QUANTO AO NEGÓCIO JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA MULLERIANA	93
CONCLUSÃO	107

REFERÊNCIAS..... 104

1 INTRODUÇÃO

A dissertação apresentada pretende investigar os efeitos do pensamento pós-positivista de Friedrich Müller sobre o princípio da autonomia privada aplicável ao contrato de compra e venda. Neste contexto, possuindo o pós-positivismo teóricos com matrizes de distintos raciocínios, agrupando-se quanto a pontos de concordância e noções centrais comuns, procurou-se identificar uma teoria que melhor representasse os objetivos deste pensamento filosófico tão atual.

A Teoria Estruturante do pós-positivista Friedrich Müller apresenta os principais fundamentos do modelo pós-positivista, sendo uma teoria que busca demonstrar quais são os erros da teoria positivista, e, em consequência, busca superar o que outrora foi proposto. Desse modo, a teoria de Müller apresenta uma nova interpretação.

Ao contrário da interpretação tradicional, que, mediante um caráter logicista e literal, estrutura a solução de um determinado caso em concreto com base no texto normativo, a Teoria Estruturante do Direito refuta esse modelo de interpretação baseado em pressupostos lógico-formais do positivismo porque compreende que, para realmente se efetivar o direito, deve-se inserir a realidade na decisão, e, para tanto, a norma deve ser construída pelo operador do direito.

Neste sentido, limita-se o presente estudo a investigar os reflexos da Teoria Estruturante de Friedrich Müller sobre a autonomia da vontade no contrato de compra e venda uma vez que esta teoria examina a norma jurídica, redefinindo o seu conceito. Assim, passa-se a estabelecer que o texto normativo se distingue da norma, integrando elementos externos, tornando o âmbito normativo parte da norma, sendo que a norma não pode consubstanciar-se apenas em um texto literal, devendo resultar em atividade criadora do direito.

O estudo possibilitará o aprofundamento do conceito de norma jurídica e de todo o processo de concretização e criação de acordo com a Teoria Estruturante, estando intimamente ligado à concretização do Direito Constitucional e à aplicação dos princípios fundamentais aos casos concretos.

Este novo contexto normativo, possibilitado pela Teoria Estruturante, foi recepcionado pela doutrina pátria e pela jurisprudência, a qual entendeu ser possível a reinserção dos valores e da ética no Direito, mudando o olhar sobre o Estado, até então liberal, para um Estado social com uma nova percepção do indivíduo. Desse

modo, ocasionaram-se sucessivas mudanças legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais as quais vêm alterando a significação da autonomia da vontade perante o contrato de compra e venda.

Tais práticas romperam com o que outrora se estabelecida na doutrina contratual. De uma forma geral, pode-se dizer que houve uma releitura das figuras contratuais, no caso do contrato de compra e venda, dos contratantes, por exemplo, devendo se atingir o equilíbrio contratual com a aplicação de princípios socializantes.

Aliado a este fato, o Estado, com este novo direcionamento, passou a atuar de forma intervencionista, priorizando os valores coletivos de uma sociedade. Assim, o indivíduo deixa de ser um ser único, como pessoa dotada de vontades, passando a ser questionando quanto ao seu papel dentro desta nova coletividade, o que já demonstra uma crescente mudança no cenário jurídico brasileiro, especialmente frente à autonomia privada, sendo direito livre do indivíduo realizar suas escolhas, repercutindo diretamente no contrato de compra e venda.

A segunda delimitação da presente dissertação diz respeito à análise da autonomia da vontade exclusivamente em relação ao contrato de compra e venda, porque é neste instituto que melhor se visualiza o exercício da autonomia da vontade do homem comum, na atividade de sua plenitude enquanto pessoa, e que atua como efetivo termômetro para saber o nível de liberdade experimentada pelo homem em determinada época e lugar.

A autonomia da vontade, conceito inicial da temática do Direito Civil, gradualmente, vem sofrendo um processo de ressignificação pela doutrina e jurisprudência nacional.

Tem-se, então, que as relações entre particulares, na qual subsiste em função da liberdade, da vontade do ser como indivíduo, da escolha e garantia de seus interesses, hoje, se constituem em objeto de amplo questionamento e ressignificação.

A possibilidade dos contratos serem objeto de constantes revisões, reanálises e questionamento perante o Judiciário fez crescer uma crise de confiança básica nos contratos. Hoje, os contratantes temem a efetividade e o cumprimento do que foi obrigado entre as partes, uma vez que as cláusulas ajustadas poderão ser revisadas sob diversos argumentos, que se fundamentem tanto em princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como pelo processo de criação normativa do Juízo ao caso em concreto, o que é possível de acordo com a Teoria Estruturante.

A Teoria Estruturante, admite a possibilidade de o intérprete construir a norma, dando significado ao texto normativo, o que o faz diante de fatos diversos relacionados ao caso em específico, ou ainda, em consequência de um novo método de interpretação. Tal panorama se constitui na problemática a ser perquirida por meio da dissertação.

Dentro da metodologia utilizada para este trabalho, foi escolhida como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica sobre os temas da autonomia da vontade, da compreensão da liberdade de autoconstituir-se e da concretização da liberdade por meio dos contratos de compra e venda. Com essa revisão, objetiva-se desenvolver, a partir da teoria estruturante pós-positivista de Friedrich Müller, os efeitos em relação à ressignificação da autonomia em detrimento do contrato de compra e venda.

A dissertação dividiu-se em três capítulos. No primeiro capítulo, apresentar-se-ão o sentido da autonomia privada e as eventuais distinções quanto ao conceito de autodeterminação da pessoa e exercício da liberdade, para, em seguida, tratar exclusivamente do princípio da autonomia privada em uma ressignificação da autonomia da vontade. Posteriormente, cita-se o contrato de compra e venda como importante instrumento de exercício do direito pelo homem comum, como forma de se concretizar a plenitude humana, a formação e a constituição do indivíduo como pessoa. Percorrer-se-á o contrato de compra e venda, demonstrando suas características, elementos constitutivos, consequências e cláusulas especiais à compra e venda. Apresentar-se-ão, também, os princípios que fundamentam e norteiam o direito privado contratual.

No segundo capítulo, tratar-se-á da Teoria Estruturante de Friedrich Müller, iniciando a intelecção evidenciando o positivismo normativista de Hans Kelsen como teoria antecessora, e seu conceito quanto à norma. Posteriormente, serão trazidos os elementos identificadores do pós-positivismo, que auxiliarão a apresentar os objetivos desse movimento teórico quanto a uma nova visão de norma. E como último subcapítulo, será apresentada a Teoria de Estruturante de Friederich Müller.

No terceiro capítulo, serão apresentados os resultados da pesquisa realizada por meio de toda a bibliografia analisada, os efeitos da teoria pós-positivista de Müller perante à autonomia do contrato de compra e venda, de modo concreto e verificável, buscando responder se um contrato de compra e venda pode subsistir sem o exercício da autonomia da vontade, ou se é possível a permanência de seu instituto sob nova orientação. Na tentativa de responder a essa principal questão, será observado qual

o papel do magistrado no ato interpretativo, como a aplicação dos princípios inerentes ao direito contratual, incluindo-se também o princípio da função social do contrato e a efetivação dos direitos fundamentais sobre o contrato de compra e venda, averiguando ainda eventuais reflexos perante a segurança jurídica.

2 AUTONOMIA PRIVADA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

O homem é o eixo principal para o estudo que se pretende apresentar aqui a fim de se compreender o princípio da autonomia da vontade. O homem, diga-se, como sujeito das relações, não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista filosófico. Assim, esta análise busca compreender o papel do homem como titular dessas relações sociais e jurídicas e enquanto ser “(...) indispensável para a resolução de dilemas no campo do direito contemporâneo e para a efetiva proteção jurídica do indivíduo que se possa investigar adequadamente o conceito de pessoa” (LEITE, 2016, p. 1).

Assim, do ponto de vista jurídico, o conceito de pessoa envolve a compreensão do que seja a essencialidade humana. A origem do conceito de pessoa está ligada ao teatro grego antigo. Nesse teatro, só os homens podiam ser atores e, muitas vezes, interpretavam mais de um personagem, tanto masculino como feminino. Para que fosse possível se diferenciarem nos papéis interpretados (principalmente quando o papel era feminino), os atores faziam uso de máscaras para representar o personagem, e o nome dessa máscara era *persona*. Com o passar do tempo, a palavra *persona*, por associação, passou a identificar também a ideia da concepção da imagem que uma pessoa forma de si mesma, seu verdadeiro eu, em contraposição com aquilo que se deseja ser ou parecer ao se apresentar diante do outro. (LEITE, 2016, p. 3).

Segundo Almeida, o conceito de pessoa mais conhecido possui origem no filósofo Boécio, que relaciona o significado de *persona* à máscara de teatro que, através da abertura da boca, permite ao ator expressar por sua voz o personagem que interpreta. Assim, “aceita-se que a derivação de *persona* estaria relacionada ao verbo latino *personare*, que significa soar, passar através da voz do ator, através da *persona*, da máscara (2017, p. 223).

Desta forma, o conceito de *persona* é fruto de grandes reflexões, tanto na filosofia, quanto na teologia. Assim, o percurso transcorrido desde o âmbito teatral como a caracterização de pessoa, como sujeito de direito, passa pela gramática como pessoa ligada à compreensão do tempo verbal, no entendimento de sua essencialidade, como sujeito consciente (MORI, 2014, p. 62 e 63).

Com isso, percebe-se que o conceito de pessoa, parecido com o que se identifica hoje, surgiu efetivamente pelo cristianismo, não para explicar os seres

humanos enquanto uma individualidade própria, mas para resolver os problemas de compreensão quanto à Trindade. Ou seja, o fato de que, para os cristãos, Deus é, ao mesmo tempo, uno e trino uma vez que cada uma das facetas de Deus, se apresenta de forma separada (Deus-pai, Deus-filho e Deus-espírito santo), mesmo sendo um único indivíduo e justificando o fato de que apenas uma dessas facetas morre e ressuscita (o Cristo) (BRAGA, 2010, s/p). A necessidade consistiria em diferenciar o pai, o filho e o espírito santo como pessoas distintas, mas sendo uma única representação de Deus, “a substância passa a significar o que há de comum enquanto a pessoa significa a individualidade na substância.” (BRAGA, 2010, s/p).

Braga afirma que Santo Agostinho, no intuito de encontrar uma explicação para a existência da Santíssima Trindade, utiliza como exemplo a imagem do ser humano. Assim, o ser humano seria parte de seu criador, e, na alma do homem, estaria a imagem de Deus, expressando que “a mente tem seu conhecimento e ama a si, conhece a si mesma e se ama”, e a “memória que se lembra de si própria, de seu conhecimento e de sua vontade; o conhecimento que conhece a si próprio, de sua lembrança e de seu querer; e a vontade que quer querer, lembrar a e conhecer”. (SANTO AGOSTINHO, 1908 apud BRAGA, 2010, s/p)

[...] ser humano é pessoa, pois sendo Deus três pessoas em uma única substância e o ser humano tendo também em sua parte mais digna (alma ou mens) como uma substância, com três individualidades diferentes, pode ser visto também como pessoa: “cada homem, entretanto, tomando separadamente, é uma pessoa humana” (AGOSTINHO, 1908 apud BRAGA, 2010, s/p)

Até então os filósofos antigos buscavam compreender o homem como ser da natureza, dotado de razão, de uma forma universal. Mas, neste momento, na passagem da Antiguidade para a Idade Média e por meio do Cristianismo, o homem passa a ser cobrado por sua consciência, suas vontades. Para tanto, ele deve tornar-se íntimo de si mesmo, em autoconhecimento: [...] “é possível afirmar que o pressuposto primitivo daquilo que a Modernidade denominou de autonomia teve suas bases no cristianismo medieval.” (SÁ, MOREIRA, 2015, p. 9).

Durante a Idade Média não ocorreram grandes avanços uma vez que a Igreja Católica se apropriou dos “arquétipos do pensamento grego” (SÁ, MOREIRA, 2015, p. 9) com o propósito de manipular as massas, elevando o divino, criando a salvação

do purgatório e nominando várias ações como pecaminosas, controlando, assim, a vontade e os desejos dos homens.

Dessa forma, se o Cristianismo foi efetivo na interiorização do homem, e este como pessoa passou a compreender suas vontades, seus desejos, em autodeterminação, de outra sorte tolheu sua liberdade quando ele perde sua autonomia, à medida que suas ações passam por criteriosos julgamentos, sob orientação da própria Igreja, a qual utilizava o medo como meio de impedir qualquer emancipação.

A transição da Idade Média para a Idade Moderna culminou com o declínio da Igreja Católica, o que está diretamente envolvido com a busca da divindade pelos monarcas como forma de aquisição do poderio exercido pela Igreja Católica e pela corrupção que tomou a Igreja, eclodindo na Reforma Protestante, o que possibilitou que o Estado funcionasse independente da Igreja, permitindo, assim, o surgimento do livre pensamento.

Já no final da Idade Moderna, transição para a Idade Contemporânea, Immanuel Kant, ao realizar seus estudos de metafísica relacionados à ética e à moral, na busca pelo princípio supremo da moralidade humana, analisou a autonomia humana como expressão de vontade. (KANT, 2019, p. 91).

Durante a Idade Contemporânea é que aconteceu a emancipação do homem em relação à natureza e em relação à Igreja Católica, na qual ele se torna autodeterminante de si. Baseado nessa concepção, outros movimentos teórico-filosóficos eclodiram pelo mundo, reafirmando o homem como centro do universo. Sem esquecer o lastro dado pelo Iluminismo, que eleva a razão como forma legítima para busca da verdade, bem como a própria luta pela liberdade.

Do mundo moderno ao contemporâneo, são inegáveis as grandes transformações sociais econômicas e políticas como da mesma sorte é inquestionável a luta pelos direitos fundamentais.

Assim, neste último século, o ser humano passou a ser um indivíduo que refletiu e se autodeterminou em seu processo de construção, exteriorizando suas vontades, o que apenas lhe foi possível pela liberdade. Esta permitiu a efetividade de suas escolhas, a exteriorização de suas vontades, e, para tanto, a prática da vida privada, “e sob o contexto de vivermos em uma sociedade pluralista que necessita afirmar-se democrática”. (SÁ; MOREIRA. 2015. p. 9).

Após estas notas introdutórias, as quais considera-se essenciais para melhor compreensão do tema proposto, uma vez que não há como pensar em autonomia sem antes refletir sobre a construção do homem e de sua consciência, passa-se agora à construção de um diálogo entre os termos “autonomia”, “autodeterminação da pessoa” e “exercício da liberdade”, uma vez que não se tratam de simples expressões, mas da base teórica que fundamentará a importância dada quanto à atuação do homem dentro do negócio jurídico, concretizado no contrato de compra e venda.

2.1 AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE

De acordo com a etimologia¹, a palavra autonomia é formada pelos elementos compostos, como o prefixo “auto”, que provém do grego *autós*, significando “de si mesmo, por si mesmo, espontaneamente” (CUNHA. 2012 p. 70), que se funde a *nomos*, que significa “nome”, podendo ser traduzido como normas, regras. Tal palavra ingressou na língua portuguesa por meio do vocábulo francês *autonomie* e seu significado é definido como aquele que possui faculdade de se governar por si mesmo, liberdade ou independência moral ou intelectual². (AURÉLIO, 2004, p. 233).

Pode-se atribuir aos pensadores iluministas a libertação da vontade humana. Sua autonomia torna-se reflexo da razão conferida ao homem de decidir por si mesmo (TEPEDINO; TEIXEIRA; ALMEIDA, 2016, p. 98). É neste momento histórico que o homem deixa de se guiar pelo destino atribuído a si pela Divindade e passa a compreender que sua existência depende de suas ações.

Dentre os pensadores modernos, coube inicialmente a Immanuel Kant a investigação mais profunda sobre a autonomia da vontade, sua relação com a liberdade e a racionalidade das ações do indivíduo.

¹ Etimologia é o estudo de caráter científico de origem atribuído a Platão, e desenvolvido por autores alemães como Gyarmathi, Rask dentre outros (VIARO, 2013, p. 27) através do qual se pretende descobrir a origem e a história da palavra por meio do seu sentido real, verdadeiro, bem como sua evolução no intuito de conhecer de forma completa. (SCHÜTZ, 2018, n.p.).

² A definição completa da palavra perante o dicionário é, neste momento, transcrita no intuito de esclarecer que todo o sentido que da palavra se extrai não foi objeto de menção na dissertação por guardar relação com outras acepções: “1. Faculdade de se governar por si mesmo. 2. Direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias. 3. Liberdade ou independência moral ou intelectual. 4. Distância máxima que um veículo, um avião ou um navio pode percorrer sem se reabastecer de combustível. 5. *ET.* Condição pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta. [Cf., nesta acepção, autodeterminação (2) heteronomia (2) e liberdade (11)]”, (AURÉLIO, 2004, p. 233).

A autonomia, para o pensador, é “o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional” uma virtude que permite ao homem racional se considerar” como fundador de uma legislação universal por meio de todas as máximas de sua vontade, de sorte que possa julgar-se a si mesmo e a suas ações sob este ponto de vista (...).” (KANT, 1994, p. 39).

Kant introduz a razão como fundamento da faculdade de desejar, afastando-se, assim, da moral hedonista³ (FELLINI, 2008, p. 93) que coloca o prazer como bem supremo da vida. Com isso, o pensador pretendia desviar o sujeito de qualquer dor e sofrimento.

Kant reconhece o desejo como objeto de prazer. Todavia seu interesse está na razão, em como ela direcionará o próprio desejo: [...] a razão passa a ser considerada como instância de determinação, possibilitando a capacidade de agir por outros critérios que não os sensíveis.” (FELLINI, 2008, p. 93).

Viver é o poder de um ser agir segundo as leis da faculdade de desejar. A faculdade de desejar é o poder que ela tem de ser, pelas suas representações, causa da realidade (Wirklichkeit) dos objetos (Genstände) dessas representações. O prazer é a representação da concordância do objeto da ação com as condições subjetivas da vida, isto é, com o poder da causalidade de uma representação em relação à realidade de seu objeto (Objekt) (ou à determinação das forças do sujeito para a ação de o produzir). (KANT, 2019, p. 17).

Neste estudo, Kant ponderou que um indivíduo é livre se detentor de sua autonomia (KANT, 2019, p. 101), de suas vontades e desejos, porque é sujeito de autodeterminação. Em fundamentação no livro “Metafísica dos Costumes” analisa a autonomia como expressão da vontade, essa vontade exercida pela liberdade fundamental da lei:

[...] autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei [...] o princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição. (KANT, 2019, p. 87).

³ Hedonismo é uma escola filosófica que compreende o prazer como razão das ações humanas que elevam o homem ao bem supremo da vida, e possuem várias vertentes. Originou-se na Grécia antiga e tem como expoentes, por exemplo, os filósofos Aristipo de Cirene e Epicuro (NEVES, 2021, p.137-140 *passim*).

Ele menciona que o exercício desta liberdade⁴ também está condicionado ao respeito às leis e isso porque a lei é proveniente da vontade racional do indivíduo, que é sujeito em si, um ser consciente.

O pensador busca fundar uma teoria moral em termos científico (FELLINI, 2008, p. 93). Portanto, estabelece “a regra formal da razão, como princípio a priori⁵ universal e necessário, constitui-se neste princípio que promete um critério seguro para a solução das questões morais.” (FELLINI, 2008, p. 93).

Afirma também que há uma ligação inerente entre razão e moralidade, uma vez que propõe que “as leis da liberdade só são possíveis a partir do uso prático da razão, pois, se diferenciam das leis do uso teórico na medida em que, estas últimas se prendem a causalidade da natureza.” (LUIZ, 2017, p. 14).

A razão humana seria a fonte da moral, de como se deve agir, porque se o indivíduo é autônomo e livre, não está subordinado à nenhuma vontade ou influência exterior, em independência. (KANT, 2019, p. 102 e 105).

Kant constrói o conceito de vontade como a faculdade do desejo que se realiza por meio da razão do indivíduo, e “a condição que permite chegar a tal conceito de vontade é a liberdade” (FELLINI, 2008, p. 93).

Apenas após a compreensão do conceito estabelecido por Kant para liberdade será possível assimilar a essência da autonomia da vontade. “A VONTADE é uma espécie de causalidade dos seres viventes, enquanto dotados de razão, e a liberdade seria a propriedade que esta causalidade possuiria de poder agir independentemente de causas estranhas que a determinam; assim como a necessidade natural é a propriedade que tem a causalidade de todos os seres desprovidos de razão, de serem determinados a agir sob a influência de causas estranhas.” (KANT, 1964, p. 39).

Tem-se que a vontade é a capacidade, a aptidão natural do indivíduo de estabelecer-se perante às leis, e a liberdade da vontade se traduz em autonomia, do poder do indivíduo de estabelecer suas próprias leis. Essa faculdade, por sua vez, somente é presente quando o agente é dotado de razão (KANT, 1964, p. 427).

⁴ “[...] a vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como a necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à actividade pela influência de causas estranhas” (KANT, 2019, p. 91)

⁵ A priori, na concepção kantiana, na teoria do conhecimento, é quando uma crença é justificada independentemente da experiência, por exemplo, o conhecimento a posteriori é fruto de nossa observação, e o a priori não porque já existente, como as verdades universais e necessárias, não dependendo de experiência ou sensações, sendo irrefutável. (FREITAS, 2007, p. 3 e 4).

Importante esclarecer que Kant estabelece que a vontade somente é livre quando também se sujeita às leis morais, (KANT, 1964 p. 39) e isto porque “liberdade não significa a ausência de leis ou a mera capacidade de se subtrair aos determinismos naturais.” (FELLINI, 2008, p. 97).

Se Kant apresentou uma autonomia moral, que, em certa medida, busca compreender a vontade guiada pela razão afastando-se dos desejos vulgares, pode-se dizer que o universo Kantiano é otimista. Arthur Schopenhauer, que foi grande estudioso da filosofia kantiana, neste sentido, diverge quando apresenta a vontade como princípio fundamental da natureza humana, e, assim irracional, incontrolável e indomável.

Para Schopenhauer, a vontade é onipotente e, portanto, livre, e se auto constitui e determina o mundo, sendo reflexo de sua ação. Sem a ação nada existe e, portanto, a ação tem que ser autônoma, sendo a vontade a coisa em si, “primária e independente, os seus atos, ainda que já determinados, devem igualmente ser acompanhados na consciência do sentimento da sua natureza primitiva e autônoma” (SCHOPENHAUER, 2012, p. 14).

[...] o mundo como representação é o espelho da vontade, no qual a vontade se reconhece a si mesma com uma clareza e uma precisão que vão gradualmente crescendo: no homem esta consciência atinge a perfeição, mas a essência do homem não encontra a sua expressão completa, salvo na concatenação das ações que ele pratica e é a razão que torna o indivíduo capaz de abranger de relance e inabstrato a unidade consciente da sua conduta.” (SCHOPENHAUER, 2012, p. 4).

Este estabelece que a razão é a serva da vontade, é inconsciente e localizada em todos os reinos da natureza e nas suas leis, é cega e irreversível e só adquire consciência no desejo e quando objetiva o querer, busca a vida, como meio de representação e manifestação da vontade. (SCHOPENHAUER, 2012, p. 5 e 7). Schopenhauer entende o mundo como representação do indivíduo e a vontade é a sua essência, na medida em que é propulsora da vida. Para ele, o sujeito não é guiado pela razão, por mais que possa acreditar nisso, e sim pela vontade irracional que se afirma sempre. O próprio intelecto guia a prolonga os impulsos da vontade. (FERREIRA, 2013, p. 13).

O filósofo também relaciona o sofrimento humano em decorrência de sua sujeição absoluta à vontade, vez que causa sofrimento para si e para os outros, seja em decorrência da eterna insatisfação pela insaciabilidade do desejo ou em reflexo

das ações egoístas e individualistas que causam dor e sofrimento aos outros. Em busca de uma solução a essa problemática, encontra na “ação voluntária de negar o próprio querer, em que o homem deve estabelecer em si uma indiferença a todos os ímpetos da vontade, que o levará ao um contentamento que não pode ser mais interrompido” (FERREIRA, 2013, p. 20). Sua solução seria a “supressão do nosso querer que nos torna segundo ele seres mais sensíveis e justos.” (FERREIRA, 2013, p.20).

Assim, apresentam-se, aqui, os pensamentos de dois grandes filósofos, os quais, indubitavelmente, por meio de seus conceitos, influenciaram a ciência jurídica. Também importante mencionar que esses pensadores, iluministas⁶, inspiraram os conceitos atuais de vontade, autonomia, autodeterminação e liberdade no que concerne ao não intervencionismo estatal como expressão própria da liberdade. (PEDEDINO; TEIXEIRA; ALMEIDA, 2016, p. 99).

Deve-se lembrar que no final do século XVII, John Locke, o pai do liberalismo político, foi o grande responsável pela liberdade individual, conceito esse que se desenvolveria em momento posterior, nas revoluções iluministas do século seguinte. Dessa forma, “a limitação do Poder Político soberano tendo como referência a demanda por liberdades públicas dos indivíduos face ao Estado” foi essencial para o desenvolvimento do pensamento político ocidental (GUEDES; FIGUEIRA. 2018 p. 1).

Locke, ao defender o direito do indivíduo à propriedade individual, justifica que as coisas da natureza em si estão disponíveis a todos os homens comuns, e este sujeito é o senhor de si, seu único detentor, proprietário de sua razão e pessoa e quando ele coloca toda sua força de trabalho sobre algo da natureza ele naturalmente exclui da comunidade essa coisa, tornando a coisa sua, em prol de seu sustento, permitindo a manutenção de sua existência. Este estado de espírito autorizaria inclusive, a proteção em face da investida de outros homens.

Como o direito de propriedade não é objeto de estudo nessa dissertação, não se discutirá aqui, com maior profundidade, o estado da natureza e as demais preocupações de Locke como propriedade, Estado e divisão de poder. Basta, apenas, contextualizar a elevação do homem como indivíduo único responsável por si, e, portanto, autônomo, e o poder conferido a este homem comum como um ser livre.

⁶ Como pensadores iluministas, podem-se citar Immanuel Kant, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Voltaire, Diderot e D’Alembert, por exemplo.

Aos pensadores iluministas como Voltaire, devem-se as principais inspirações para os atuais conceitos de liberdade individual, também sendo inegável a contribuição de Montesquieu quanto ao tema. Mas, mantendo o foco quanto ao objeto de investigação, é no livro de Jean-Jacques Rousseau, “Do Contrato Social”, onde se localiza uma interessante relação entre o pacto social firmado pelos sujeitos que compõem o povo na escolha de seus representantes e as regras estabelecidas da vontade geral como meio de “passagem do estado natural para o civil”, estabelecendo-se, assim “uma liberdade moral, que garante o sentimento de autonomia do homem.” (VILALBA, 2013, p. 64).

No livro de Rousseau, especificamente no capítulo do “estado civil”, o filósofo relaciona a mudança de espírito que segue o homem quando passa de um “animal estúpido e limitado” para um ser inteligente, nobre e valoroso ao efetuar concessões; quando renega seus impulsos físicos e desejos, sua ampla liberdade conferida pela natureza em prol de uma vida em sociedade, adquirindo a liberdade civil. (ROUSSEAU, 2002, p. 9).

Finaliza o capítulo, dizendo que o estado civil adquirido pelo homem lhe confere liberdade moral, “a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui em escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é liberdade.” (ROUSSEAU, 2002, p. 10).

Tem-se como inegável a força do projeto de emancipação humana pelo Iluminismo, a correlação entre liberalismo e individualismo e como essa filosofia política repercutiu na construção dos conceitos que ora se apresenta. Assim, trata-se, a partir daqui, de compreender os termos autonomia, autodeterminação e liberdade no contexto atual. (BACHUR, 2006, p. 2).

No início desse subcapítulo, apresenta-se o significado etimológico de autonomia e desenvolve-se o termo que garante grande importância nesta dissertação, sendo possível identificar como os conceitos de liberdade e racionalidade foram incorporados à sua essência, sendo inegável que o exercício da autonomia está atrelado, ora à maior ou à menor intervenção estatal.

A relação simbiótica entre os conceitos de autonomia e liberdade parece esclarecida uma vez que “é pacífico o entendimento da autonomia como expressão da liberdade.” (TEPEDINO; TEIXEIRA; ALMEIDA. 2016. p. 102). E, portanto, “a possibilidade, faculdade que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade

chama-se liberdade” e a liberdade conferida ao sujeito no campo do direito privado é conceituada como autonomia. (NETO, 1989, p. 212).

Já a palavra “autodeterminação”, por sua vez, mesmo estando intimamente ligada à palavra autonomia possui uma conotação de ordem política, como condição de escolher as leis que regulamentam sua conduta, exercida por meio do voto. Portanto, existe aqui mera intersecção conceitual.

Tal termo é facilmente localizado em textos de Direito Constitucional ou de Direito Internacional Público, significando a “prerrogativa de cada povo constituir-se em estado soberano, produzindo regras próprias sobre seus súditos e sobre a organização interna de suas instituições políticas, com o respeito das demais pessoas jurídicas internacionais”. (RODRIGUES, 2004, p. 126).

É considerado um princípio que “confere aos povos o direito de autogoverno e de decidirem livremente a sua situação política, bem como aos Estados e direito de defender a sua existência e condição independente”. E esse princípio é constituído por elementos diversos, como independência, associação, etc., sendo um deles a própria autonomia. (HEPP, 2005, p. 1).

O Professor Otavio Luiz Rodrigues Junior menciona que a palavra vem sendo utilizada com outros sentidos, em acepção que ultrapassa o conceito de autonomia privada da vontade. No intuito de esclarecer esse novo contorno, utiliza-se da distinção conceitual proposta por Joaquim de Souza Ribeiro que define autodeterminação como “um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.” (RODRIGUES, 2004, p. 126, apud RIBEIRO, 1999, p. 22).

A utilização do termo é produto de uma escolha frente ao vínculo que a palavra possui com o direito privado quando deseja qualificar as condutas humanas no campo individual. Esse significado também está corporificado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, vez que se efetiva na dignidade da pessoa humana, “sob a óptica do personalismo ético-social e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.” (RODRIGUES, 2004, p. 127).

Acolhe-se, na presente dissertação, o termo autodeterminação definido por Rodrigues, que engloba a autonomia privada da vontade como todo campo de

escolhas individuais tais como ideologia, partido político religião, opção sexual e o direito de renunciar à própria vida. (RODRIGUES, 2004, p. 127).

Passa-se, no próximo subcapítulo, a apresentar a íntima relação entre a autonomia da vontade perante o campo do direito privado e de que forma se exterioriza perante à legislação pátria.

2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Conforme foi visto no tópico anterior, a autonomia da vontade é a capacidade, a aptidão natural do indivíduo de estabelecer-se perante as leis. E a liberdade da vontade se traduz em autonomia, do poder do indivíduo de estabelecer-se pelas suas próprias leis. Essa faculdade, por sua vez, somente é presente quando o agente é dotado de razão (KANT, p. 427). Tal definição estabelecida no século XVIII é fonte preliminar de qualquer estudo para quanto o conceito de autonomia da vontade.

O conceito reinou por dois séculos sem praticamente nenhuma mudança de essência em relação ao seu significado. Apenas no século XXI foi possível uma reflexão que ousasse moldurar o conceito sob distintas naturezas.

Para Francisco dos Santos Amaral Neto, os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade não são sinônimos. Ele considera que entre ambos há uma sutil diferença, à medida que a expressão “autonomia da vontade” sugere uma introspecção de ordem psicológica, de essência subjetivista. Já a expressão “autonomia privada” se caracteriza pelo exercício da vontade de forma real no mundo em concreto. Faz, ainda, uma ressalva à medida que a vontade é propulsora de si, ou seja, um dos principais elementos do ato jurídico, uma vez que produz efeitos à medida em que caracterizam as relações jurídicas. (AMARAL, 1989, p. 213).

Assim, percebe-se que:

Vontade psicológica e vontade jurídica não são, porém coincidentes. Enquanto que a psicologia conhece a vontade como “tipo especial de tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realiza-lo”, estudando-a no campo do ser, o direito aprecia-a no campo do dever ser, no campo da dogmática jurídica, reconhecendo-a como fato de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo. Para o direito, portanto a vontade tem grande importância da gênese dos direitos subjetivos, sendo critério diferenciador dos fatos e atos jurídicos, e critério doutrinário de justificação desses mesmos direitos. (AMARAL, 1989, p. 213).

Esclarece-se, anteriormente, que há uma relação íntima entre autonomia e liberdade, porque “a possibilidade, faculdade que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade” (NETO, 1989, p. 212). E nesta concepção de liberdade jurídica há o poder de regular juridicamente as relações dos sujeitos, conferindo “conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito” (AMARAL, 1989, p. 213). Tais conceitos são de ordem imperiosa para, finalmente, compreender que este campo de atuação apresentado pela legislação no âmbito do direito privado, em exercício a liberdade do indivíduo, constitui-se no princípio de direito privado.

Tem-se, assim, que a autonomia privada, para Amaral Neto, constitui-se nas ações do sujeito dentro do campo estabelecido pelo direito privado, “um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento Estatal” (AMARAL, 1989, p. 213), quando, por exemplo, é permitida a criação de um negócio jurídico entre indivíduos estabelecendo obrigações mútuas.

Rosa e Nelson Nery compactuam da distinção entre os termos, partindo do conceito estabelecido por Luigi Ferri, e atribuem à autonomia da vontade um significado baseado na vontade real como desejo ou psicológica, que se exerce de forma plena, na liberdade conferida pela dignidade humana como causa de efeitos jurídicos. (NERY; NERY, 2019, p. 562).

Respeita, portanto, à relação entre vontade e declaração e é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, porque destaca a liberdade de agir da pessoa, sujeito de direitos. Todas as disciplinas jurídicas em geral, e o Direito Privado em particular, velam pelo respeito, pela correspondência verdadeira entre vontade do sujeito e sua declaração, que encontra ocasião de proteção suprema na teoria geral do direito privado, eis que se a vontade não foi autônoma e livremente expressada (por dolo, erro, coação etc.), abre-se ocasião de invalidar o ato ou negócio jurídico que a declaração viciada possa ter ensejado. (NERY; NERY, 2019, p. 562).

Assim, a autonomia privada é um princípio específico de direito privado, podendo ser conceituada como o “poder do sujeito de criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos”, revelando-se mediante o negócio jurídico, uma vez que declara o seu interesse privado e, assim sendo, é fonte normativa. (NERY; NERY, 2019, p. 562).

Maria Helena Diniz, por sua vez, entende autonomia da vontade como um dos princípios fundamentais do direito contratual, uma vez que, bem delineada a liberdade contratual dos sujeitos, eles livremente podem estipular, pactuar o que melhor lhes

convier, seguindo o interesse de ambas as partes em acordo mútuo, disciplinando seus interesses, produzindo efeitos previamente tutelados pela ordem jurídica. (DINIZ, 2011, p. 40).

A autora não faz distinção entre autonomia da vontade ou autonomia privada, mas é possível identificar que o conceito que sustenta se concretiza na esfera privada à medida em que esclarece que, por meio deste princípio, percebe-se o poder de autorregulamentação dos interesses dos sujeitos que pactuam sua vontade em plena liberdade contratual, ou seja, contratando ou não, decidindo sobre a tutela de seus interesses, com exceções estabelecidas pela lei. (DINIZ, 2011, p. 45).

Na doutrina civilista, é possível encontrar os dois termos, ora englobando ambos os sentidos, ora significando apenas a autonomia privada, ou seja, a preocupação em definir e demonstrar a diferença de essência entre autonomia da vontade e autonomia privada não é unânime na doutrina civilista.

Rodrigues esclarece que o conceito autonomia da vontade, que persistia no campo do direito civilista era o conceito de Kant, “de caráter subjetivo ou individualista” (RODRIGUES, 2004, p. 118) disseminado pela influência francesa⁷, e em seu entendimento “qualificada apenas como um produto da vontade revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear” (RODRIGUES, 2004, p. 120). Contudo, o Direito sofreu sensíveis mutações no século XX, especialmente no pós Segunda Guerra Mundial, e a principal mudança, que refletiria diretamente na essência deste conceito, seria um novo Estado que passaria a gerir a economia, em caráter intervencionista. Assim, entende-se que:

Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada. (RODRIGUES, 2004, p. 121).

Rodrigues relaciona os entendimentos em comum entre alguns doutrinadores⁸ de visão italiana e Hans Kelsen, os quais podem ser citados como defensores deste novo significado etimológico, a supremacia do direito público sobre o interesse do

⁷ O professor Otavio Luiz Rodrigues Junior explica que o conceito de autonomia da vontade foi difundido pelo mundo após o livro “Metafísica dos Costumes”, de Immanuel Kant, ser traduzido para o francês da versão gaulesa “Fondements de la métaphysique des moeurs”. A divulgação do conceito também ocorreu por meio dos autores de Direito Internacional, tanto é que inúmeros doutrinadores citam visão, sentido ou significado à “francesa” quando desejam referir-se a essa concepção. (RODRIGUES, 2004, p. 118).

⁸ Os doutrinadores mencionados por Rodrigues são Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota Ferrara, Santi Romano. (RODRIGUES, 2004, p.118).

particular (incluindo a esfera privada), o negócio jurídico como uma espécie normativa, mas de caráter inferior, e finalmente a autonomia privada constituindo em poder normativo conferido aos indivíduos pela lei, uma outorga, uma concessão do Estado dada aos indivíduos para que, no exercício de sua razão e nos limites impostos por ela, pudessem criar norma.

Assim, resta esclarecido que o termo correto a ser empregado é o do princípio da autonomia privada uma vez que este termo superou a visão de autonomia da vontade, a qual refletia o individualismo, frente à mudança operada neste século decorrente do “intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares.” (RODRIGUES, 2004, p. 122).

E não poderia ser diferente quando se reflete que “o direito civil é o ordenamento jurídico dos interesses e das relações jurídicas privadas” no qual se espera uma soberania individual (AMARAL, 1989, p. 215).

É um princípio que se consubstancia na liberdade individual e, sendo a liberdade um valor jurídico, os atos deste sujeito possuem eficácia jurídica que se exterioriza mediante a modificação ou à extinção das relações judiciais (de ordem subjetiva) e à criação normativa (objetiva) quando se disciplina esta atividade, dentro dos limites legais. (AMARAL, 1989, p. 216).

Parece que seu limite de atuação vinha sendo reduzido e, em 1989, já era objeto de preocupação de Francisco dos Santos Amaral Neto quanto às mudanças que poderiam repercutir com o advento da Constituição Federal, de tendência social, na qual se manteve o conflito entre indivíduo *versus* sociedade, o qual ainda ressalta que, quando o Estado tenta limitar o exercício e alcance da autonomia do indivíduo no setor privado, impactando diretamente na economia de mercado, o instituto passa a ser reafirmado pela importância do negócio jurídico na constituição e manutenção da sociedade atual. (AMARAL, 1989, p. 209).

Os direitos que consubstanciam a referida “tendência social” acima citada são o reflexo do novo Estado Social, que decorre de um modelo político-jurídico produto dos movimentos sociais pós Segunda Guerra Mundial, os quais elencaram a importância dos direitos sociais como fonte garantidora de bem-estar social, eclodindo em sistemas constitucionais orientados por princípios. (GURGEL, 2004, p. 44).

O Estado passa a atuar de modo intervencionista, protecionista, regulando por meio de novos direitos e princípios constitucionais sob a égide de assegurar paridade

entre as partes no direito contratual, coibindo má-fé e desigualdades sob o enfoque da dignidade da pessoa humana. (GURGEL, 2004, p. 44).

Posteriormente observou-se que o temor dos civilistas concretizou-se no campo positivista com o advento do Código Civil de 2002, quando no Artigo 421 do Código Civil disciplinou “a liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”, Artigo esse que foi recepcionado mediante crítica por alguns doutrinadores os quais asseveraram que:

A par da erronia em substituir liberdade de contratar por liberdade contratual, o dispositivo sujeita a autonomia privada da vontade-corolário dessas liberdades – não somente aos limites, mas exacerbadamente, ad libitum da interpretação eu venha a ser conferida à função social do contrato. Essa crítica, manifestada por Antônio Junqueira de Azevedo, revela quão perniciosos podem ser os efeitos de uma óptica normativista-objetiva em derredor à noção de autonomia privada. O condicionamento de seu exercício in concreto às razões da função social opera um giro radical: dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatalismo. (RODRIGUES, 2004, p. 122).

Após as críticas efetuadas, foi possível, por meio da Lei da Liberdade econômica n.º 13.874/19, o artigo ser parcialmente corrigido para: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Brasil, Lei 2002, Art.421),

Havia dois equívocos na literalidade da redação original. O primeiro consistia na “liberdade de contratar” e o segundo no termo limítrofe “função social do contrato”. Nelson Rosenvald esclarece que “a liberdade de contratar é plena em uma ordem econômica pautada pela livre iniciativa, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro” o termo correto a ser empregado é “liberdade contratual” (ROSENVALD, 2020, n.p.).

O vocábulo “em razão de” não apenas limitaria a liberdade contratual do indivíduo mas “se destinaria precipuamente a conformar a autonomia privada à dimensão social” (ROSENVALD, 2020, n.p.), interferindo, inclusive, no conteúdo negocial, sendo que a função social do contrato não é a razão do mesmo, e portanto a necessidade de excluir a expressão “em razão de”. (TARTUCE, 2019, n.p.).

Rosenvald esclarece que é por meio do direito privado que o indivíduo exerce sua liberdade de contratar, e a ordem pública limita sua atividade. Em síntese, tudo que não é proibido é permitido, a lei estabelece os limites de atuação do sujeito, estabelecendo critérios pelo qual o instrumento deve ser confeccionado para obter

sua validade, “mas não se constrange o particular a efetivar negócios jurídicos com fins que lhe sejam heterônomos.” (ROSENVALD, 2020, n.p.).

Pode-se concluir que a mudança no vernáculo atuou de forma a minimizar os danos originários do texto inaugural uma vez que se apresentava como uma imposição estatal contra a liberdade contratual, desprestigiando a autonomia privada, impactando diretamente no atual modelo econômico e voltando-se contra a tradição e o costume que, há séculos, molduram o contrato privado.

Com a alteração do texto do artigo, manteve-se a expressão “função social do contrato” e a nova locução minimizou a problemática causada por “em razão de”. Contudo o termo “nos limites da função social do contrato” deixa em aberto eventuais interferências que apenas poderão ser calculadas caso a caso, na decisão judicial que interpretará o que venha a se constituir por função social e qual a importância do princípio da autonomia privada. A reflexão de Rosenvald parece de importância salutar neste momento:

Em um Estado Democrático de Direito estabelecido em uma ordem econômica dirigida à livre iniciativa, a função social não pode ser compreendida como uma transferência das liberdades particulares para um abstrato e ideologizado “sistema” ou ordenamento”. Lembre-se: O contrato não “é” função social. Ele é dotado de função social. Não existe uma hierarquia que submeta a autonomia privada aos desígnios de uma coletividade, como se os contratantes fossem zeladores a serviço da sociedade. Ao inverso, a coletividade pode ser materializada no conjunto de pessoas que integram um mercado de bens e serviços e aspiram pela conciliação entre uma eficiente circulação de créditos e uma justa, previsível e segura regulamentação dos dinâmicos interesses que alicerçam esse mercado. (2020, n.p.)

O princípio da autonomia da vontade vem se equilibrando entre a dimensão comutativa (entre particulares) e distributiva (entre os sujeitos da comunidade), mantendo-se presente, inclusive, sob a perspectiva da justiça social, já não mais atuante dentro dos excessos do liberalismo de outrora. Assim, o individualismo egoístico resta por superado. (AMARAL, 1989, p .230). Ressalte-se que “o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a civilização ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade”. (RODRIGUES, 2004, p. 123).

A legislação civilista apresenta, hoje, função corretora e de equilíbrio dos interesses (AMARAL, 1989, p.230). Porém, deve-se alertar para a importância de jamais desconsiderar o sujeito à medida em que é o substrato político-jurídico do sistema neoliberal em vigor, é a autonomia privada, que, sob o enfoque jurídico, é

princípio fundamental da ordem jurídica privada, e sob sua existência garante a sobrevivência do valor jurídico da pessoa humana. (AMARAL, 1989, p. 230).

Deve-se manter vigilante no intuito de que “dos abusos do individualismo passa-se à opressão do estatismo”. (RODRIGUES, 2004, p. 122). A sociedade é reflexo natural da concretização das ações dos indivíduos, e a autonomia privada como espaço jurídico livre pelo qual o indivíduo pode se manifestar, exteriorizando suas vontades criando normas jurídicas particulares, concebe maravilhoso aparato de realização do Direito.

2.2.1 Limites do Princípio da Autonomia Privada

Foi traçado, na presente dissertação, o contexto histórico que deu causa à tutela incisiva dos interesses da ordem pública sobre a privada, inicialmente, melhor demonstrado no campo constitucional, e, posteriormente, incorporados no próprio Código Civil de 2002 quando este sofreu uma releitura sendo incorporados a ele o princípio da boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio econômico, priorizando o social, o coletivo em detrimento do particular. Houve, também, a incorporação à legislação das normas abertas e das cláusulas gerais as quais afastam qualquer rigor e, ao mesmo, tempo permite o acesso dos princípios constitucionais.

Deve-se, preliminarmente, mencionar que foram consagrados em princípios constitucionais princípios que, antes, eram pertinentes ao Direito Civil como o princípio da liberdade, da propriedade e da iniciativa econômica, eis que incorporados ao texto constitucional e, portanto, integrantes do atual sistema político. (AMARAL, 1989, p. 226).

Tais princípios estão, hoje, perante à Constituição em manifesto reconhecimento constitucional, eis que integrados a ordem econômica e social como forma de instrumentalizar o próprio desenvolvimento e a justiça social. (AMARAL, 1989, p. 226).

O que não poderia ser diferente vez que se tratam de princípios tradicionais que sempre estiveram presentes no campo contratual obrigacional, e sem os quais não subsistiria o contrato, conforme bem acentua AMARAL, “o intervencionismo neoliberal não se opõe a liberdade contratual nem à livre concorrência, apenas visa evitar a que for desleal, e a proteger o consumidor [...]”. (AMARAL, 1989, p. 226).

De outra sorte, outros preceitos e princípios constitucionais também passaram a restringir a autonomia e a liberdade no campo contratual privado, o que possibilitaria garantia contra eventuais abusos sob a justificativa de que esses princípios visam limitar ou anular o individualismo, promovendo bem-estar social, sobre o entendimento de THEODORO, “Apenas foram a eles acrescidos para enriquecê-los e aprimorá-los, diante da moderna visão do fenômeno econômico pelo Estado Democrático de Direito, preocupado com os valores éticos e sociais.” (THEODORO, 2014, p. 147).

A autonomia privada passa a ser limitada mediante diretrizes que tutelam os interesses coletivos, como os princípios constitucionais os quais visam os interesses sociais e, portanto, condicionam a autonomia privada a um alinhamento perante os padrões expostos nos preceitos da ordem pública.

Há, assim, redução do âmbito de atuação da autonomia privada, eis que resta esclarecido que, na qualidade de princípio fundamental da ordem jurídica civil, hoje, a autonomia privada já não incorpora mais a mesma importância, vez que é crescente sua limitação, e não se refere aqui apenas à boa-fé, mas à equidade e, principalmente, à redução drástica de atuação quanto se contrapõem a função social do contrato.

As cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato, conforme bem acentua Theodoro, pretendem colocar “nos ombros dos juízes uma pesada tarefa integrativa no que diz respeito à interpretação e concretização das *voluntas legis*” vez que somente adquirirão “contornos mais nítidos por meio da jurisprudência e das reações que, concretamente, provocarem no meio social.” (THEODORO, 2014, p. 147).

Deve-se se ater ao fato de que os contratos possuem uma regulação baseada nos usos e costumes, no comportamento econômico social, e a análise da boa-fé deverá se dar com base no comportamento negocial, interpretando o negócio jurídico, se ético ou não, mediante o cuidado de não desconfigurar o próprio contrato em sua essência.

Quanto a função social do contrato, seus critérios de aplicação são ainda insertos, porque inicialmente é possível compreender que trata-se de um instituto que visa resguardar interesses de terceiros estranhos ao contrato, que podem ser prejudicados, como por exemplo quando ofende-se direitos de terceiros e ou os interesses estatais, de forma a se demonstrar como incompatível com a ordem pública, devendo ser visto mediante uma ordem social harmônica não minimizando a autonomia dos contratantes. (THEODORO, 2014, p. 147).

Portanto a função social do contrato a depender da extensão de sua aplicação mediante um caso em concreto, poderá possuir o sentido que se relaciona ao bem comum, e ou questões econômicas, vinculando diretamente quanto à geração e circulação de riquezas.

Existe uma terceira possibilidade de interpretação que pode ampliar o campo de atuação e/ou sentido da função social do contrato quando se relaciona com a dignidade da pessoa humana, saúde pública, e ou meio ambiente, e, portanto, sua aplicação poderá se estender, em maior ou menor gradação, com o nível de intervencionismo estatal e solidarismo social. (REBOUÇAS, 2017 p. 91)

Ao juiz abrir-se-á um campo vasto para decidir, frente à necessidade ou não de revisar certas cláusulas e/ou anular o contrato. O caminho que o intérprete percorrerá entre as normas e os princípios nessa atividade intervencionista deverá buscar equilibrar todos os princípios orientadores ao direito contratual, ou poderá ir além, aplicando disposições que, até então, eram estranhas ao Direito Civil e, nesse sentido, o princípio da função social do contrato e da boa-fé, por se tratar de cláusulas abertas, proporciona a complementação que poderá se apresentar pelos direitos fundamentais e ou princípios constitucionais.

2.3 O CONTRATO DE COMPRA E VENDA COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DO HOMEM COMUM

Efetivamente, o Direito Civil, tal como se conhece hoje, ingressa finalmente no contexto social brasileiro no início do século passado, quando, após dezesseis anos de estudo, possibilitou a promulgação da Lei Civil em 1º de janeiro de 1916, regulamento este muito mais próximo da tradição romano-germânica do que do Código Francês (DINIZ, 2011, p. 50 e 51). Tal lei refletia o início de um século que passou a sofrer uma enorme transformação social, em velocidade jamais antes vista, principalmente em decorrência da Revolução Industrial.

Ressalte-se que a influência do Liberalismo no contexto da sociedade Brasileira da época foi muito limitada em decorrência da classe econômica dominante, sob a qual as demais classes estavam ligadas diretamente, uma vez que a classe média, durante a urbanização, passou a trabalhar em cargos públicos, os quais eram dependentes dos latifundiários e oligarquias (LEAL, BORGES, 2017, p. 2). O próprio

coronelato oligárquico, o qual se manteve em todo esse período, contrastando com as demais classes sociais, impediu que o Liberalismo atingisse um papel mais relevante.

O contrato vem inserido no Código Civil sob os ditames dos ideais liberais, mas não se pode esquecer que a realidade econômica-social Brasileira da época impediu maiores avanços a medida em que estava ligada ao conservadorismo dos latifundiários.

Com a mudança dos moldes de produção e trabalho, seus reflexos nas relações privadas, as alterações significativas na organização familiar, leis esparsas foram sendo aprovadas para adaptar alguns conceitos ou adaptando a lei à nova realidade social, bem como outras leis foram criadas no intuito de regulamentar assuntos específicos como o trabalho, que antes, por exemplo, era regulamentado como locação de serviços.

A diferença entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, como bem relata Tarcísio, está no fato de o primeiro pertencer a uma sociedade individual, quando o Brasil era basicamente um país agrícola, o que justificaria a importância dada às relações familiares e à propriedade privada, porque “era o que se tinha como mais relevante à época” (TARCÍSIO, 2014, p. 16), e o segundo a responder aos anseios de uma sociedade moderna, complexa, com a indústria, comércio e serviços desenvolvidos, sendo necessário um papel maior para quanto às relações obrigacionais empresariais.

Pode-se dizer que o Código de 1916 era de inspiração liberal, a qual acreditava que o Estado não deveria atuar de forma intervencionista, e no direito das obrigações, onde repousa a autonomia privada, por meio das normas contratuais. Assim, respeitava-se o espírito liberal, com liberdade e autonomia ao contratante no exercício de sua vontade.

O contrato de compra e venda externava a autonomia do sujeito, respeitando o princípio da igualdade formal entre as partes, e a liberdade de se criar cláusulas as quais se equiparavam à lei, em conformidade com o *pacta sunt servanda*, assegurando a imutabilidade contratual.

No Código Civil de 2002 houve a unificação do Código Comercial e do Civil, estabelecendo-se um capítulo no Código Civil, “dos contratos em Geral” onde se localizam as normas básicas, teoria geral para todos os tipos de contrato.

Neste contexto, houve o rompimento com o que outrora se estabelecia na doutrina contratual. De uma forma geral, pode-se dizer que houve uma ressignificação

em relação à leitura que deve ser feita perante às figuras contratuais, no caso do contrato de compra e venda, dos contratantes, por exemplo, devendo se atingir o equilíbrio contratual com a aplicação de princípios socializantes.

O Estado, em papel intervencionista, prioriza os valores coletivos de uma sociedade e o indivíduo deixa de significar um ser único, como pessoa dotada de vontades, e passa a ser questionado quanto sua atuação dentro das relações sociais que está inserido, em verdadeira relativização do aspecto individual, em um “movimento de passagem do sistema de regras de conduta clara, objetiva e precisas, ao sistema aberto, com normas abstratas e cláusulas gerais servindo como mero ponto de orientação ao julgador” (ALMEIDA, 2019, p. 138).

Tem-se que o homem possui uma estreita relação com o Direito Civil, como pode-se perceber:

[...] entre os diversos ramos que integram a árvore jurídica, o Direito Civil é o que toca mais de perto os interesses básicos das pessoas, sendo considerado por alguns a constituição do homem. Ele dispõe sobre fatos e relações das pessoas, independentemente de sua condição social ou de trabalho, abrangendo assim tanto as autoridades dos Três Poderes quanto os demais membros da sociedade. O Direito Civil disciplina a vida do ser dotado de razão apenas por sua condição. (NADER, 2018, p. 2)

De todos os contratos que, de tempos em tempos, surgem e adaptam-se às novas realidades deste mundo pós-moderno, com necessidades até então impensáveis, pode-se dizer que o contrato de compra e venda é o que melhor resistiu a influências históricas, sociais e econômicas, uma vez que atende da vida cotidiana das pessoas aos interesses do homem comum.

O contrato de compra e venda é o contrato mais utilizado pelas pessoas ao longo dos séculos, considerado como “um contrato-mãe, tal como o mandato e o de locação” que vem mantendo sua estrutura, natureza e essência. (USTÁRROZ, 2015, p. 3).

Perante o Código Civil o contrato de compra e venda está inserido como “Estatuto fundamental do homem comum” onde “estabelecem os fundamentos da teoria geral do direito privado, disciplinando situações e relações jurídicas entre os titulares de direito e a respeito de seus interesses sobre o objeto de direito.” (NERY, 2019, p. 460).

Tem-se, então, nesta legislação pós-moderna, que os contratos, por serem acordos de vontades externados por duas ou mais pessoas (bilateral ou plurilateral),

estão inseridos na teoria obrigacional como negócio jurídico. Sua formação dependerá da interseção do interesse e vontade das partes envolvidas, as quais regulam seus desejos. “Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme a ordem jurídica.” (DINIZ, 2011, p. 32).

Sobre o mesmo entendimento versa Nery ao concluir que a autonomia privada é “um caráter todo próprio da vida civil e da realização de negócios jurídicos” conclusão está exposta após estabelecer que:

O CC garantiu a autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, impondo como limites a ordem pública e a função social do contrato, todos têm autonomia para declarar sua vontade e agir, autonomia da vontade essa decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (CF 1º. III). Autonomia privada, como fonte normativa, está ligada à ideia de poder, isto é, da possibilidade de realizar negócios jurídicos. (NERY, 2019, p. 484)

Fato é que, nos negócios firmados entre particulares, como e especialmente o de compra e venda, as partes costumam pensar muito antes de realizar o negócio, analisando as consequências de seus atos.

Está inserido no Direito Civil que “permanece sendo o centro normativo do Direito Privado. A despeito do que sustentam os civil-constitucionalistas, o Direito Civil mantém preservada sua autonomia epistemológica.” (ALMEIDA, 2019, p. 139).

Pode-se dizer que, em relação ao direito pátrio, as normas de direito contratual asseguraram por muito tempo um exercício seguro da autonomia do indivíduo, posição esta que não se manteve no Código Civil de 2002.

Miguel Reale, o idealizador do Código Civil de 2002, por meio de suas considerações preliminares, afirmou que “em um País há duas leis fundamentais, a Constituição e o Código Civil: a primeira estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil; a segunda se refere à pessoa humana e à sociedade civil como tais [...]” (REALE, 1984, p. 2), complementando que “é inegável que o código atual obedeceu, repito, como era natural, ao espírito de sua época, quando o individual prevalecia sobre o social.” (REALE, 1984, p. 2).

Neste sentido, Reale reservou nessas considerações preliminares um tópico em específico para que “o princípio de socialidade” e, por meio deste, esclareceu que “o sentido social” está “em contraste com o sentido individualista”, concluindo parcialmente que, “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da

“socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”. (REALE, 1984, p. 8).

O autor necessitou explicar que as mudanças sociais ocorridas propiciaram uma reflexão da sociedade como um todo e estão fundidas na experiência sofrida com as duas grandes guerras universais, que ocasionaram rápidas mudanças sociais fruto da tecnologia e da emancipação da mulher. (REALE, 1984, p. 10).

Reale menciona, ainda, que o princípio do equilíbrio econômico dos contratos foi estabelecido no intuito de estabelecer uma “base ética de todo o Direito Obrigacional”, justificando-se que a resolução de um contrato na legislação passada apenas era possível “em razão de atos ilícitos”. (REALE, 1984, p. 10).

Neste contexto detalha:

O direito de resolução obedece a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa. Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. (REALE, 1984, p. 10)

O idealizador, juntamente aos seus juristas, fundados nos valores e princípios constitucionais, estabeleceram normas as quais externam a nova ideologia estabelecida na Carta Magna, adaptando o Código Civil à essa nova realidade social.

[...] de fato, se a interpretação civil-constitucional foi importante no passado, dada a defasagem principiológica do Código Civil de 1916 frente à Constituição de 1988, tal não será mais o caso, a não ser excepcionalmente, após o advento do Código Civil de 2002, que, bem ou mal, incorporou os mais importantes valores e princípios constitucionais atinentes às relações privadas, tais como a função social, a boa-fé, a família plural, o melhor interesse do menor, a igualdade entre homens e mulheres, para criar alguns” (FIUZA apud ALMEIDA, 2019, p. 14)

Resta esclarecido que “a propriedade e a autonomia da vontade deixaram de ser o epicentro das relações jurídicas privadas” (FIUZA, em ALMEIDA, 2019, p. 9), levando a um questionamento comum sobre a permanência ou não de um Direito Civil com aspectos privados, distintos do direito público em face de “um novo referencial e a uma nova metódica social, de bases constitucionais e estatizantes” (FIUZA, em ALMEIDA, 2019, p. 16).

A mudança operada em relação à autonomia da vontade perante o contrato de compra e venda decorre não só das efetivas mudanças normativas estabelecidas no Código Civil de 2002, mas, equitativamente, em decurso da “máxima realização constitucional” a qual se concretiza pela aplicação de “uma teoria das normas constitucionais com efeitos modificativos e interpretativos do Direito Civil” possibilitada em detrimento dos princípios e cláusulas gerais estabelecidos na Constituição Federal, possibilitando “decisões jurídicas passíveis de serem alargadas indefinidamente para a efetivação de tais normas”. (FIUZA, apud ALMEIDA, 2019, p. 18).

Não se pode deixar de mencionar que, já desde os anos 1920, o Estado vem intensificando seu papel intervencionista, uma vez que, progressivamente, o juiz vem aumentando seu controle sobre a autonomia privada, atuando de forma a possibilitar eventuais revisões, reanalisando os contratos, corrigindo abusos, tutelando direitos. Assim, desde aquela época até o advento da Constituição Federal de 1988 surgiram diversas codificações disciplinando novos institutos assim como inclusive foram se extraindo do Código Civil setores da atividade privada. (SALLES, 2019, p. 28).

De outra sorte o modelo solidarista de contrato por sua característica de ensejar maior grau de intervenção estatal das relações privadas acaba por se mostrar desatualizado e ineficaz diante da era da internacionalização da economia. Está em contrafluxo da história. Em verdade, a imprevisibilidade dele decorrente tende a servir como um desincentivador de investimentos externos no país. (TIMM, 2015.p. 143).

Nesta dissertação não se pretendeu explorar o conteúdo econômico do contrato, isto porque restringiu-se à análise do indivíduo, do ser, enquanto homem pensante e autônomo e como este homem exterioriza suas vontades no campo contratual. Reserva-se, assim, o final deste subcapítulo para tecer algumas prévias observações quanto à relevância do contrato perante o sistema econômico.

O contrato é meio de formalização das operações econômicas, instrumento gerador de riquezas, real propulsor de desenvolvimento social (REBOUÇAS, 2017, p. 47). A sociedade não subsiste sem sua existência: “a consequência seria a estagnação da vida social.” (PEREIRA, 2001, p. 11).

Com efeito, é importante também aduzir que os efeitos dos contratos podem afetar pessoas que estão fora da relação negocial, influenciando na economia: “não se

pode pensar em interesses sociais em uma relação contratual e descurar do ambiente em que esta relação é celebrada – o guia é, indubitavelmente, o mercado”. (TIMM, 2015, p. 198).

O espaço no qual os contratos surgem é o mercado, conceituado como “espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio” (TIMM, 2015, p. 198). Assim é um espaço existente na vida em sociedade, no qual bens e serviços circulam, e os indivíduos pactuam de acordo com suas vontades dentro dos limites estabelecidos pelo Direito.

O direito contratual, dentro do modelo econômico de contrato, confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos, o que corresponde a um importante papel institucional e social. (TIMM, 2015, p. 214).

A ausência de “equilíbrio entre a base objetiva e subjetiva do negócio jurídico, resulta em uma insegurança e uma instabilidade no sistema jurídico contratual”, proporcionando danos econômicos como, por exemplo, elevação de preços, “desequilíbrio econômico do contrato e das bases objetivas e subjetivas” de um negócio além da redução de investimentos em determinados segmentos, como inadimplência e descumprimento, ocasionando a frustração na expectativa dos sujeitos envolvidos no negócio, ou seja, danos que repercutem na sociedade, sob a ótica da análise econômica do direito. (REBOUÇAS, 2017, p. 34).

O melhor dos mundos seria equacionar o dinamismo econômico da atual sociedade de mercado com a função “socioeconômica dos contratos quanto ao fluxo de geração e circulação de riquezas” (REBOUÇAS, 2017, p. 201).

O princípio da autonomia privada se efetiva em um processo obrigacional que se consubstancia na vontade dos sujeitos quando normatizam e se vinculam pela formação e execução do contrato.

A insegurança jurídica decorre de intervencionismos excessivos frente à incerteza na aplicação da lei e normas, como ainda a possibilidade de eventual contrato ser declarado inválido e/ou ter sua execução alterada pelo Judiciário.

A própria legislação de um país pode causar insegurança jurídica quando ausente de precisão e clareza quanto ao seu significado, e/ou mesmo mudanças de orientação e interpretação, ou ainda, quando diversos entendimentos refletem em decisões conflitantes de causas semelhantes.

A insegurança jurídica afeta diretamente o interesse do indivíduo na concretização de um contrato de compra e venda, e, conseqüentemente, reflete no ambiente econômico, resultando em baixo desenvolvimento econômico social.

Mencionou-se que o princípio da autonomia da vontade perante o contrato de compra e venda vem sofrendo nova ressignificação, o que está atrelado ao advento do Código Civil de 2002, como a concretização constitucional, seja pela releitura da lei civilista em adaptação aos preceitos constitucionais, seja pela aplicação da constituição, em especial dos direitos fundamentais e princípios na esfera privada, o que vem sendo realizado por meio da intervenção judicial. Neste contexto, no capítulo 3 (três), será analisada a Teoria de Müller, a qual defende a concretização da Constituição mediante uma nova metodologia normativa. Porém, antes, como já mencionado acima, vejam-se algumas prévias observações no que se refere à relevância do contrato perante o sistema econômico.

2.3.1 Características do Contrato de Compra e Venda, Elementos Constitutivos, Consequências e Cláusulas Especiais à Compra e Venda

No tópico anterior apresentou-se o contrato de compra e venda, delimitando esta espécie contratual dentre todas as demais porque é o mais comum sendo o instituto que melhor exemplifica a prática autônoma do indivíduo no exercício de sua liberdade ao externar suas vontades perante o campo privado do Direito Civil.

Restou esclarecido que, por meio do contrato, os sujeitos que negociam pretendem a transferência e a aquisição de propriedade, e assumem a figura de vendedor e comprador, existindo uma obrigação de entregar a coisa, e uma intenção de aliená-lo (RIZZARDO, 2019, p. 5). Há entre os sujeitos uma obrigação de transferir a coisa, e por sua vez, uma contraprestação a ser entregue de forma determinada, como dinheiro ou valor fiduciário. (GOMES, 2019, p. 17).

Tem-se um modelo contratual em que conferem aos sujeitos um direito pessoal, acarretando com isso uma obrigação de transferir o domínio sobre a coisa mediante o pagamento do preço. Portanto, os efeitos são de ordem obrigacionais, com a característica de ser bilateral ou sinalagmático, vez que credor e devedor. (DINIZ, 2011, p. 197).

Ressalta-se a importância que este instituto, o contrato de compra e venda, possui para quanto à economia na medida em que assume papel primordial como meio de circulação dos bens. (GOMES, 2019, p. 217).

Pode-se notar que o texto do Artigo 481 do Código Civil segue estas definições: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” (Brasil, 2002, Art.º 481).

Não serão objeto de estudo nesta dissertação as modalidades especiais de venda, bastando apresentar o que se aplica genericamente a todos os contratos de compra e venda e relacionando-se diretamente a atividade do indivíduo quando efetua suas escolhas, exteriorizando sua vontade no campo privado do direito civil.

Para Gomes e Rizzardo o contrato veste de características como a solenidade e ou consensual, bilateral, comutativo, oneroso de execução simultânea ou diferida, (GOMES, 2019, p.217), (RIZZARDO, 2019, p. 288), Diniz, inclui a translatividade pelo domínio, quando a forma exigir *titulus acquirendi*. (2011 p. 33).

São traços importantes que tornam este instrumento, o contrato de compra e venda, distinto dos demais, com estrutura inconfundível. O contrato poderá se realizar sob as características consensual ou solene. Quando decorre do consentimento de ambos os sujeitos, pela manifesta expressão da vontade, os ímpetus podem ser realizados de forma tácita ou expressa, verbal ou escrita, (RIZZARDO, 2019, p. 288), sendo que a lei definirá a necessidade de o contrato ser realizado por escritura pública ou não.

São traços importantes que demonstram que o contrato de compra e venda possui estrutura inconfundível, como as características de consensualidade e ou solenidade, que decorrem da manifestação de ambos os sujeitos, os quais expressam suas vontades. A forma pela qual o ato poderá se exteriorizar será a tácita, expressa, verbal ou escrita.

A lei definirá a necessidade ou não de que o instrumento contratual seja celebrado mediante escritura pública ou não.

O Contrato se constitui como instrumento oneroso porque pressupõe para sua execução a existência de vantagens financeira, devendo existir certa correspondência de obrigações, algo que é entregue em troca de compensação. A comutatividade decorre da existência da “equivalência” entre os contratantes, pelo objeto determinado mediante as contraprestações, é a certeza do valor no ato da celebração do negócio.

(DINIZ, 2011, p.197). Ou seja, de forma mais clara, cada agente “deseja receber tanto quanto dá.” (RIZZARDO, 2019, p. 288).

A bilateralidade é existente frente às vontades serem obrigacionais e recíprocas: “a dependência recíproca dessas obrigações, e de outras estipuladas em complementação, configura o sinalagma característico dos contratos bilaterais perfeitos.” (GOMES, 2019, p. 217).

A execução simultânea ou diferida no contrato subentende que decorre da possibilidade da execução ocorrer de uma só vez e/ou após algum tempo, (RIZZARDO, 2019, p. 288).

Por translativo do domínio, Diniz explica que se trata do “ato causal da transmissão da propriedade”, quando a obrigação pactuada depende além da exteriorização formal de um fator obrigacional como a entrega da coisa. (DINIZ, 2011, p. 197).

São quatro os elementos essenciais à existência os quais asseguram que o ato está perfeito e acabado: a coisa, o preço, o consentimento e a forma.

É importante esclarecer que a “coisa” e o “preço” constituem o objeto do contrato, e que a “coisa” deve ser individuada, determinada ou determinável, devendo ter existência no momento da celebração, portanto é passível a venda de tudo que pode formar objeto de obrigação, sendo assim corpórea e incorpórea, singulares e universais, presentes e futuras. A coisa deve ser determinável, e sua identificação, como tipo e quantidade, deve ser possível no momento da concretização do contrato

A “coisa” deve ser disponível, o que significa a possibilidade de ser apropriada pelo homem e autorizada pela lei de ser apropriada, como a possibilidade de ser transferida ao comprador, não sendo de terceiro e ou do próprio comprador. (DINIZ, 2011, p.197). Outra exigência é de que a “coisa” se encontre no comércio, o que significa que deve ser algo sobre a qual há possibilidade de se recair uma obrigação, não sendo permitido, por óbvio, que o objeto seja impossível.

As regras jurídicas impeditivas quanto “à coisa” se classificam como natural, física e jurídica, primeira seria a venda de algo que nunca existiu e ou não existe mais, e jurídica quando algo não pode ser contratado, como algo que impede o efetivo resultado, como ainda a venda a si mesmo.

O elemento preço refere-se à quantia que o comprador se obriga a entregar ao vendedor. O dinheiro deve ser a parcela principal, podendo ser pago de uma única vez ou por parcelas, e deve existir seriedade, sendo “inadmissíveis, portanto o preço

simulado, o preço irrisório, o preço vil” (GOMES, 2019, p. 224). Importante parêntese deve ser feito quanto ao preço. Gomes ressalta que “a equivalência das prestações não precisa ser objetiva. Exigindo-se apenas que o preço não seja tão insignificante que signifique liberalidade do vendedor ou seu propósito de não o exigir.” (GOMES, 2019, p. 224).

Em regra, há plena liberdade na estipulação e, se não convencionado, outras formas de quantificação podem ser usadas, não sendo válidas cláusulas que permitem a um só dos agentes estipular o preço. (RIZZARDO, 2019, p. 291). Como consequência da conclusão do contrato de compra e venda têm-se a obrigação da entrega da coisa, a transferência da propriedade, o pagamento do preço, a realização das estipulações pactuadas, a obrigação de garantia, as responsabilidades pelos riscos, os direitos aos cômodos antes da tradição, a responsabilidade do alienante por defeito oculto nas vendas de coisas conjuntas e o direito do comprador de recusar coisa vendida mediante amostras. (DINIZ, 2011, p. 215.)

O consentimento dos contratantes é um elemento essencial do contrato, porque abrange inteiramente a autonomia privada, uma vez que o consentimento apenas é possível frente à vontade dos indivíduos contratantes na compra e venda, sendo, portanto, requisito essencial porque deve existir a vontade recíproca de vendedor e comprador quanto a coisa e o preço.

Preliminarmente, deve existir entre os sujeitos a capacidade e legitimidade, o acordo deve ser mútuo, livre e espontâneo. (RIZZARDO, 2019, p. 288).

Por efeitos obrigacionais tem-se o dever de entrega pelo vendedor da coisa ao comprar, e este último tem o dever do pagamento, sendo esta a principal obrigação. A entrega poderá ocorrer pela via corpórea com a entrega material para o comprador e/ou simbólica quando é representada por meio de documento, quando necessário instrumento que confira o gozo e disponibilidade sobre a coisa. O vendedor deve assegurar a entrega da coisa com as qualidades essenciais prometidas, incluindo funcionamento e destinação que a coisa se destina, como ainda, a posse pacífica “no que diz respeito à evicção e a posse útil, relativamente aos vícios redibitórios. (RIZZARDO, 2019, p. 305).

Responsabilidades pelos riscos e despesas estão expressamente previstos no artigo 492 do Código Civil e compreendem que os riscos da coisa até o momento da tradição são do vendedor, e os do preço do comprador; e quando a entrega for a local diverso, os riscos também correrão pelo comprador. (RIZZARDO, ano, p. 309).

Quanto à obrigação do comprador, está relacionada a pagar o preço no tempo, forma e lugar estabelecido. (RIZZARDO, 2019 p. 305). Rizzardo esclarece ainda que, quando não é convencionada uma data ou prazo para o pagamento, o vendedor poderá exigir antes da entrega da coisa, como ainda, ao alienante, é possível reter a coisa quando o pagamento estipulado a vista não é concluído. Da mesma forma, se a prazo, no curso do pagamento houver a inadimplência, a coisa poderá ser retida caso ainda não tenha sido entregue.

A título de citação e exemplificação ainda constituem como deveres obrigacionais:

[...] a responsabilidade do alienante por defeito oculto nas vendas de coisas conjuntas, o direito do comprador de recusar a coisa vendida sob amostra, por não ter sido entregue nas condições prometidas o direito do adquirente de exigir, na venda ad mensuram, o complemento da área, ou de reclamar, se isso for impossível, a rescisão do negócio ou o abatimento do preço, exoneração do adquirente de imóvel que exibir certidão negativa de débito fiscal de qualquer responsabilidade por dívida anterior do imóvel por impostos, e outros. (DINIZ, 2011, p. 242).

Existem ainda cláusulas especiais relativas à compra e venda, e estas demonstram o amplo campo de atuação no qual os contratantes podem e devem normatizar seus interesses, estipulando obrigações diversas, como a retrovenda (que consiste na estipulação de transferência do imóvel para o credor em certo prazo, uma reserva do direito de reaver, restituindo o preço e demais melhorias realizadas), venda a contento, venda sujeita à prova, preempção, reserva de domínio e venda sobre documentos.

2.3.2 Princípios Norteadores da Formação Contratual

Com o advento do Código Civil de 2002, ocorreram profundas modificações na legislação privada extravagante. Com isso a orientação da lei civilista, conforme palavras de Miguel Reale, que presidiu a comissão e redigiu parte do código, em especial o capítulo obrigacional, é de normas ou cláusulas abertas⁹, (REALE, 2003, n.p.).

⁹ Miguel Reale afirma que ideia central para quanto a orientação do código civil em cláusulas gerais e abertas é o fim proposto de não subordinar ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes." (REALE, 2003, n.p).

Nery e Nery Junior esclarecem os conceitos:

Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, par. 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, Cap. VI, p. 120-121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizando para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, par.3º, IV, n. 94, p.82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais do direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que tem de exercer naquele caso concreto. (2003, p. 142).

As cláusulas gerais seriam normas cuja função é de orientar e direcionar o julgado e possuem conteúdo geral e abstrato, e, portanto, conferem ao juízo certa liberdade ao decidir, permitem “a concretização dos princípios gerais de direito e dos próprios preceitos jurídicos indeterminado. Assim, o juiz passa a ter maior poder na valoração e interpretação das normas, as cláusulas gerais vivificam os próprios princípios gerais do direito” (ASSIS; *et al.*, 2012, p. 75)

“Os conceitos jurídicos indeterminados ‘são expressões ou palavras dispostas no preceito primário da norma de caráter impreciso, genérico ou vago, mas que dão grande discricionariedade ao aplicador” (ASSIS; *et al.*, 2012, p. 75). Eles se apresentam como normas orientadoras e atuam como guia. Já as normas abertas permitem a junção da norma jurídica de princípios, que compreende em máximas de conduta.

Os princípios se apresentam como “cânones, ou seja, proposições de caráter geral e amplo que englobam implícita ou explicitamente um conjunto de normas, determinando a produção de efeitos dos mesmos no sistema jurídico”, orientando a produção do conteúdo normativo e visando preencher lacunas (ASSIS; *et al.*, 2012, p. 75).

O conceito de princípio e sua função não é unívoco na doutrina brasileira, sendo comum a aplicação sob entendimento de teorias diversas. Nery e Nery Junior

ressaltam a dificuldade de conceituar o que venham a ser princípios frente a diversas teorias, decidindo por não adotar nenhuma corrente de pensamento.¹⁰ (2019, p. 551).

Ávila, esclarece que, inicialmente, a definição de princípio era de normas fundamentais, “normas que atribuem fundamento axiológico a outras normas, indiretamente atribuindo a própria fisionomia axiológica do sistema jurídico” (2018 p. 157). Tal definição se apresentaria como ponto de partida, ou mesmo a base que sustentaria a construção normativa, o fundamento na criação de regras. Posteriormente as teorias de Dworkin e Alexy passaram a reinar como teorias predominantes, realidade que ainda hoje é mantida. (2018, p. 157)

Assim, quanto às teoria acima mencionadas, Ávila esclarece que o que difere os princípios das regras seria a aplicação por ponderação (2018, p. 150).

Por ponderação compreende-se a forma pela qual se equacionam as colisões existentes entre princípios, sobreposicionando-os à medida em que não existe um princípio único e absoluto, já que cada qual pode ceder em detrimento da aplicação de outro, e em cada caso em concreto se localiza o princípio de maior importância e de peso maior. (ÁVILA, 2018, p. 151)

Ávila critica a majoração e subsunção dos princípios pelo interprete porque na prática resulta em uma contingência de princípios, em seu entendimento não se deve afastar um princípio em detrimento de outro que lhe seja contrário, ou ainda que seja compreendido como “mais importante” ou “mais específico” perante o caso em concreto, isto porque cada princípio possui uma condição estrutural diversa.

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. [...]O seu elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas em elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas. (ÁVILA, 2018, p.155)

Assim, Ávila considera que os princípios são normas prescritivas de fins a serem alcançados e, portanto, constituem-se de fundamento para a aplicação

¹⁰ As teorias mencionadas por NERY e NERY Jr. quanto aos princípios são a presente na obra de Dworkin, Robert Alexy, utilizado como critério por Luís Virgílio Afonso da Silva, Lênio Streck, Canotilho e Josef Esser. (NERY; NERY Jr., 2019, p. 551).

normativa porque, por ser fonte de fundamentação e de conteúdo genérico, também necessitam de complementação por outras normas. (ÁVILA, 2018, p. 160).

Pode-se notar que existem diversas acepções para quanto o significado de princípio, e em grande parte das teorias, é um consenso de que são normas e de que se situam em posição de supremacia. O problema se encontra se no princípio é conferido a força normativa.

Mas o que deve-se compreender é que os princípios são a base do ordenamento jurídico, abraçam a realidade de um povo, se apresentam como alicerce, possibilitando a futura codificação,

Imperioso mencionar que nunca se deu tanto valor aos princípios quanto após o advento da Constituição de 1988, que revolucionou a positivação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, impondo regras a serem seguidas, trazendo em seu corpo cláusulas pétreas, filtrando, assim, sucessivas generalizações de normas particulares do sistema.

A positivação de princípios permitiram que deixassem de ser induzidos das regras assumindo posição apriorística, em vez de induzidos por sucessivas generalizações de norma particulares do sistema, passaram a constituir normas de superior hierarquia". (SILVA *et al.*, 2021, p. 94).

Compreende-se que, ao se discutir o contrato de compra e venda, faz-se necessário apresentar quais os princípios que orientam a sua formação. Visando delimitar e restringir aos que possuem maior importância relevância perante o contrato de compra e venda passaremos a discorrer sobre os princípios da boa-fé e o probidade, liberdade e função social do contrato, consensualismo, obrigatoriedade da convenção ou dos contratos e relatividade dos efeitos do contrato.

Posteriormente, no capítulo 4 (quatro), será analisada a influência da Teoria de Friederich Müller perante à autonomia privada no contrato de compra e venda, uma vez que auxilia na concretização das normas de direitos fundamentais. De outra sorte, tem-se que os princípios do direito contratualista apresentam-se como norteadores do ordenamento, regem os contratos e inserem a função solidarista da Constituição Federal de 1988, como os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

2.3.2.1 Princípio da Boa-Fé e/ou Probidade

Miguel Reale explica que a boa-fé esteve presente no centro de toda construção do novo Código Civil porque a “boa-fé não constitui em um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.” (REALE, 2003, n.p.).

Assim, sob estes argumentos, Reale compreende a boa-fé como condição indispensável na realização da justiça, especificando que possui dupla faceta: objetiva e subjetiva. Por objetiva, tem-se a boa-fé que significa honestidade pública, lealdade, modelo de conduta, “arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo.” (REALE, 2003, n.p.). Por subjetiva corresponde a uma atitude psicológica, “uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito.” (REALE, 2003, n.p.).

Rizzardo estabelece, ainda, que probidade e boa-fé são princípios básicos para a orientação e a formação do contrato. (RIZZARDO, 2019, p. 31).

Para Diniz, na interpretação do contrato, é necessário verificar a intenção dos contratantes mais do que, efetivamente, seguir o sentido literal da linguagem. Tal aplicação estaria consubstanciada inclusive em prol do interesse social e das relações jurídicas. Ligando-se ao princípio da probidade, as partes devem atuar juntas, auxiliando em conjunto tanto na formação como na execução do contrato. (DINIZ, 2011, p. 55).

Portanto, sendo perceptível a intenção do organizador quando se vê que no artigo 112 do Código Civil percebe-se o protagonismo da boa-fé na intenção das partes, ao contrário do formalmente estabelecido no contrato.

Da mesma forma, o texto do artigo 104 do Código Civil prevê a validade do negócio jurídico, como objeto lícito, o que predispõe a boa-fé.

Por meio deste princípio, exalta-se a lealdade contratual e, para tanto, devem ser evitadas cláusulas abusivas e desleais, e ressalta, por fim que todos os princípios estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2011, p. 55). A própria segurança das relações jurídicas é inerente da “clarividência dos direitos e deveres. (...) A probidade envolve justiça, o equilíbrio, a comutatividade das

prestações, enquanto a boa-fé exige a transparência e clareza das cláusulas. (RIZZARDO, 2019, p. 31).

Reale, ainda, conclui que “a exegese das leis e dos contratos não seja feita in abstrato, mas sim in concreto. Isto é, em função de sua função social.” (2003, n.p.). Em suma, os princípios da boa-fé devem repercutir sobre todas as normas pertinentes e deve ser usado na interpretação das regras jurídicas como pressuposto geral na estrutura do ordenamento jurídico. (REALE, 2003, n.p.).

Portanto, percebe-se que o princípio da boa-fé está presente em várias fases do contrato, desde a negociação até a efetiva concretização, devendo ser utilizado como subsídio na leitura e na interpretação das demais cláusulas, com as quais mantêm íntima relação.

Theodoro afirma, que o juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, tem atuação limitada à medida em que não pode substituir ou modificar o acordo de vontades formador de contrato. O que lhe cabe é interpretar o contrato, preenchendo lacunas ou eliminando imprecisões, devendo assim agir de forma a reconhecer as obrigações ali estatuídas em consonância com o que é comum para o negócio jurídico que se aperfeiçoou. (THEODORO, 2014, p. 31).

E de outra sorte, quando necessário caberá ao juiz negar o efeito contratual quando a boa-fé foi superada pela má-fé, vez que a conduta imoral explicitada na cláusula contratual leva à nulidade do negócio jurídico. (THEODORO, 2014, p. 31).

O que o doutrinador faz questão de aduzir é que este princípio não confere ao juiz o amplo poder de alterar a substância do contrato, vez que o acordo de vontades é o fundamento do negócio bilateral, não podendo intervir ao ponto de recriar o contrato em moldes distintos do que se originou. (THEODORO, 2014, p. 32).

É um princípio que “apresenta-se como modelo de conduta, arquétipo social que impõe a todos o dever de proceder sempre conforme dito modelo, “agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal” (THEODORO, 2014, p. 34 e 35), é caso igualmente de “proibidade e da confiança, de “princípios da ordem pública” (THEODORO, 2014, p. 34/35). Denota-se que a busca pela correta aplicação do princípio da boa-fé objetiva é causa de grande importância à medida em que se deve e respeitar a “força jurígena dos efeitos do contrato” sob pena de desconfigurar o próprio instituto. (REBOUÇAS, 2017, p. 25).

2.3.2.2 Princípio da Liberdade do Função Social do Contrato

A lei confere liberdade aos sujeitos para estipularem as condições de sua compra e venda, sendo que as cláusulas representam as vontades ali inseridas entre os contratantes, e, portanto, o contrato torna-se verdadeira norma jurídica.

A exteriorização nada mais é que decidir o conteúdo, de redigir as cláusulas, de pactuar condições.

Após a finalização do negócio, da conclusão do contrato, decorre a formação da fonte formal de direito, assegurando ao instrumento sua execução, podendo fazê-lo, inclusive, por meio do Estado.

A liberdade contratual de uma pessoa está no limite da liberdade contratual que inicia a do outro, e assim sendo, nenhuma parte poderá impor cláusula ou condição que a outra parte não concorde. Os limites estão estabelecidos pela lei e os atos dos sujeitos devem respeitar as normas.

Além dos limites claros, estabelecidos, o princípio passou a sofrer atenuações quando o artigo que assegura o direito de contratar impôs o dever, a subordinação à função social do contrato.

A mudança ao texto do Artigo 421 do Código Civil legitimou-se pela conformidade com os princípios da liberdade e da autonomia da vontade.

Impor ao sujeito que suas contratações devem ser constituídas em razão da função social é transmitir a ele os deveres do Estado. A função social do contrato nada mais é que “prevaler o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva.” (RIZZARDO, 2019, p. 20).

Rizzardo considera que a mudança operacionalizada no artigo, quando ainda possuía o texto “em razão” de necessária inserção, no intuito de combater o individualismo, vai além, citando o artigo de Glauber Moreno Talavera, no qual o mesmo demonstra que a aplicação de tal princípio confere uma compatibilização do princípio da liberdade com a igualdade, no intuito de distanciar-se da expansão da personalidade individual e, assim, “para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que o ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.[...]” (TALAVERA apud RIZZARDO, 2019, p. 21).

Por função social tem-se os direitos individuais e coletivos inseridos (SILVA, *et al*, 2021, p.40), e como o interesse coletivo estaria acima do interesse individual seria

possível a elevação do princípio da solidariedade e da cooperação entre os contraentes. (SILVA, *et al*, 2021, p. 126).

[...] é espécie do gênero e busca garantir que determinados direitos tenham uma função que garanta benefícios ou resguarde direitos que são de cunho coletivo, sobretudo aqueles considerados fundamentais pela Constituição do Estado” (SILVA, *et al*, 2021. p. 82).

A ideia exposta no parágrafo anterior, de um princípio que compatibilizaria o princípio da liberdade com o princípio da igualdade, também é analisada por Silva, que compreende como função social o equilíbrio entre igualdade e liberdade, resultando na igualdade solidária, e menciona a necessidade de paridade de armas, e iguais condições negociais, sob o intento de alcançar a função social. (SILVA, *et al*, 2021. p. 82). Assim:

O contrato é um instrumento que permite que as partes com pensamentos e desejos antagônicos possam, a partir do consenso e da busca por um “denominador comum”, distribuir, trocar ou vender riquezas. Diante disso é impossível esperar que duas partes que possuam desejos antagônicos, vontades conflitantes e situação dissonantes entre si possam ficar em posição de exigência mútua, para celebrar um melhor contrato, em nome de seu interesse privado, bem como, que possam abrir mão de tudo isso, em nome da igualdade solidária.” (SILVA, *et al*, 2021. p. 126).

Silva menciona que, por meio deste princípio, é possível realizar uma releitura da autonomia privada. Esta vincular-se-ia às normas sociais e coletivas previstas na constituição (SILVA, *et al*, 2021. p. 128), como ainda possibilita a leitura constitucional do contrato, o que permitiria, assim, a inserção de outros princípios gerais pertinentes à matéria constitucional como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Silva conclui seu raciocínio, explicando que o presente princípio “não visa tutelar a igualdade dos contratantes na efetiva constituição do contrato” (SILVA, *et al*, 2021. p. 126), mas tão somente seria aplicado como forma de coibir os abusos que, supostamente, podem ter sido normatizados, controlando e limitando as consequências e reflexos do contrato. Esta é a interpretação feita para quanto o conteúdo do artigo 412 do Código Civil.

Outro importante ponto conclusivo é extraído do trecho transcrito; “[...] as partes contraentes terem ciência de que possuem a liberdade contratual e negocial, mas que essa liberdade poderá ser mitigada em caso de reflexos contratuais que atinjam direito

sociais e coletivos de terceiros ou dos próprios contraentes.” (SILVA, *et al*, 2021. p. 128).

Tem-se um princípio que visa impedir que a atuação dos contratantes causem prejuízos ou danos à coletividade.

Antônio Junqueira de Azevedo esclarece que este princípio decorre da Constituição, em especial após fixar:

[...] como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/1988/3)); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa as partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da CF/1988 (LGL/1998/3), de novo, salienta o valor geral para a ordem econômica, da livre iniciativa.” (AZEVEDO, 1998, p. 3).

Sobre este enfoque o princípio também atua de forma a impedir prejuízos em decorrência de eventuais reflexos a terceiros, no meio social que está inserido.

Diante do reconhecimento da moderna função social atribuída ao contrato, a autonomia privada não desaparece e continua sendo a base de sustentação do instituto jurídico. Limitando, porém é o poder individual que dela agora deflui, pela agregação das ideias de justiça e solidariedade social, que passam a figurar também como princípios a ser observar no campo do direito do contrato. Daí falar-se em acréscimo de novos princípios como o da boa-fé e o da função social. (THEODORO, 2014, p. 23).

Outro ponto que deverá ser esclarecido é o de que o conceito de função social “não deve ser tão genérico que abranja tanto o comportamento interno dos contratantes entre si, como o comportamento externo deles[...]” (THEODORO, 2014, p. 41).

Certo é que a doutrina não definiu com segurança e precisão as bases conceituais da função social do contrato, e nesta linha de raciocínio é imperioso mencionar que para alguns a função social resultaria em colocar o interesse coletivo sobre o do particular, como consequência valorizando-se a solidariedade e a cooperação entre os indivíduos, conforme as palavras precisas de Theodoro:

A base da função social do contrato estaria no princípio da igualdade, o qual atuaria, *in casu*, para superar o individualismo, de modo a fazer com que a liberdade de cada um dos contratantes “seja igual para todos”. Seria a ideia de desigualdade na dignidade social ou na liberdade “para todos”, que faria com que o contrato, outrora concebido de maneira individualista, possa passar a exercer, na sociedade, uma função social. (THEODORO, 2014, p. 45)

Compreender que a função social do contrato esteja situado no princípio da igualdade, conforme bem exposto no parágrafo acima, reserva preocupação à doutrina na medida em que dizer que o contrato deve promover a igualdade das partes seria objetivar que as partes sejam iguais, o que é um contrassenso à medida em que “o único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza” (THEODORO, 2014, p. 46).

Sobre outro enfoque, a função seria em decorrência dos reflexos do contrato perante o meio externo, conforme posicionado acima, mediante a transcrição do professor Antônio Junqueira de Azevedo, quando os mesmos ocasionam prejuízos à coletividade mediante ato ilícito.

Deve-se compreender este instituto da função social do contrato sobre o contexto da Constituição e do Código Civil, e, sobre este intuito, frente ao estado democrático de direito, a função social do contrato demanda a conciliação entre os interesses das partes contratantes, visando à manutenção do contrato firmado, mas respeitando os interesses sociais.

Conclui-se que o princípio da função social do contrato não visa combater o individual nem tão pouco a autonomia da vontade, mas sim, regular o exercício desses direitos afastando-os do individualismo egoístico possibilitando a interpretação segundo o solidarismo, respeitando o interesse de terceiros e da coletividade.

2.3.2.3 Princípio do Consensualismo

Por meio deste princípio, o consenso estabelecido por duas ou mais pessoas é efetivo para gerar um contrato válido, (DINIZ, 2011, p. 48), “O acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato” (GOMES, 2019, p. 30). Em síntese, mero consentimento tem o poder de criar norma, sendo assim absoluto para sua perfeição e validade. (DINIZ, 2011, p. 48).

Ressalte-se que nem todos os contratos se revestem como requisito de validade do consensualismo. Alguns prescindem da realização de solenidades estabelecidas em lei. (GOMES, 2019, p. 30).

2.3.2.4 Princípio da Obrigatoriedade da Convenção ou dos Contratos

Princípio mais conhecido pelo brocardo *pacta sunt servanda* estabelece que os pactos firmados deverão ser fielmente cumpridos, isto porque o contrato é instrumento que pressupõe a liberdade dos pactuantes, e após sua conclusão “incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estadual para assegurar a execução da obrigação” (DINIZ, 2011, p. 48).

Uma vez que suas cláusulas criam preceitos legais imperativos, o contrato obriga seus sujeitos ao cumprimento (GOMES, 2019, p. 31). Conforme bem esclarece Rizzardo, “Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida”, (2019, p. 24).

As partes guarnecem o poder de autorregulação de seus interesses contratuais, consubstanciado na autonomia da vontade, sendo necessário proteger a observância do que foi pactuado. Nas palavras de Diniz, “deve-se a subordinação à *lex contractus*. O contrato é intangível [...]” (2011, p. 55).

Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. (GOMES, ano, p. 31)

Este princípio foi mantido no direito atual frente à sua função de segurança, mas sofre limitações, não sendo mais absoluto, decorrentes do princípio do equilíbrio contratual e da teoria da imprevisão.

A intervenção judicial no conteúdo dos contratos deve seguir a orientação apenas frente a acontecimentos extraordinário, “que revelariam na injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos” (GOMES, 2019, p. 32).

A cláusula *rebus sic stantibus*, conhecida como teoria da imprevisão possibilita a revisão do contrato frente a situações às quais as partes não poderiam prever e/ou que alterassem significativamente o obrigado, proporcionando desequilíbrio ao que outrora fora pactuado.

Por meio desta teoria é possível, frente a alterações das circunstâncias contratuais, modificações estas que alterem o estado relativo ao momento da celebração do contrato, e, portanto, de ordem excepcional, extraordinário e imprevisível, e, mesmo, assim ainda deve-se provar a impossibilidade de um dos sujeitos em cumprir com o pactuado. Situações estas que permitiriam ao juiz alterar o conteúdo contratual ou operar-se sua resolução ou redução das prestações, existindo em exceções. (GOMES, 2019, p. 34).

2.3.2.5 Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato

Este princípio refere-se à eficácia do contrato e estabelece que o que foi obrigado entre os contratantes não vincula terceiros que no negócio não participaram e, portanto, não podendo prejudicar terceiros.

O contrato estabelece obrigações e direitos entre os contratantes e, em regra, não pode influir em terceiros, sendo seu campo de eficácia interna e relativa porque se dirige às partes.

As exceções a este princípio ocorrem quando comportam efeitos a terceiros impondo obrigações, como “estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho, a locação em certos casos e o fideicomisso “intervivos”, podendo ainda refletir quanto ao objeto, como quando o sujeito foi privado da coisa frente a reconhecimento de terceiro. (GOMES, 2019, p. 38).

Existem ainda terceiros que que assumem esta figura, em decorrência de sua esfera jurídica que, eventualmente, podem incidir em efeitos finais de contrato. (GOMES, 2019, p. 38).

3 A BASE DO PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER

Neste capítulo, objetiva-se apresentar o pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller. Para tanto, é necessário compreender a base deste pensamento jusfilosófico, o qual se assenta no pós-positivismo, e qual sua influência perante as legislações e na jurisprudência, alterando substancialmente os postulados anteriormente assentados pelo positivismo, em especial perante o contrato de compra e venda.

Constitui como paradigma pós-positivista uma atividade interpretativa do jurista no qual não consiste mais em saber a vontade do legislador ou da lei, conforme Kelsen defendia, método este interpretativo do positivismo, compreendendo a norma como atividade interpretativa e construtiva (ABBOUD, 2016, p. 3). Porém, inegavelmente, foi por meio da teoria analisada nesta dissertação que a norma passa a ser desfecho de um procedimento interpretativo.

Fernandes e Bicalho entendem que o pós-positivismo se constitui em uma “matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais” (2011 p. 7), a qual tem origem no contexto pós Segunda Guerra Mundial e sua barbárie, com a tentativa da humanidade em concretizar os direitos fundamentais, movimento histórico este que ocasionou com a inserção da moral ao direito.

Este contexto histórico desenvolveu-se a partir da Segunda Guerra Mundial mediante tratados e declarações internacionais como a Declaração dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral dos Direitos Humanos, e a realização da Conferência de São Francisco com a criação da Organização das Nações Unidas, o que fez eclodir e reacender a importância dos direitos fundamentais, irradiando-se no decorrer do século XX.

As violações cometidas aos direitos humanos pelo regime nazista é, em grande medida, o alicerce teórico de vários doutrinadores quando argumentam que a efetivação dos direitos humanos por meio de um sistema protetor internacional efetivo impediria tais práticas lesivas.

Otávio Luiz Rodrigues Jr. elenca os motivos pelos quais eclodiriam após a Segunda Guerra Mundial os direitos fundamentais como fator de correção ao direito ordinário:

[...] (i) um positivismo desacreditado; (ii) a atividade legislativa considerada como um parque industrial normativo “a serviço” da solução de crises econômicas emergenciais e que constantemente expelia produtos “com

defeito” de uma linha de produção; (iii) um catálogo generoso de direitos fundamentais e (iv) uma sociedade ainda traumatizada pelo regime de força”. (RODRIGUES JR., 2019, p. 15).

Neste contexto, surge a necessidade de institucionalizar os direitos humanos, mesmo que, outrora, isso já tenha ocorrido em outros momentos históricos como na Revolução Francesa e na Inglesa, as quais influenciaram as demais nações, efetivando a positivação ao Direitos Humanos. Todavia, surge um direito humano com um novo referencial ético, ao qual outros direitos se somavam. Apresentava-se como um novo paradigma, um modelo de solidariedade o qual “exige a distributividade de recursos para que se atinja o bem comum”. (CANELA, 2009, p. 22).

A ideia de concretizar esses direitos estabelecidos em “uma norma ética universal” (CANELA, 2009, p. 22) demandaria a própria positivação deste.

O que é verificável, à medida em que a Constituição de 1988 vem inserida nesta nova roupagem e, diferentemente das Constituições anteriores, esta contemplou os princípios e as garantias fundamentais.

Pode-se dizer que o pós-positivismo busca, por meio da filosofia, encontrar os alicerces teóricos para incluir na norma valores morais, objetivando afastar qualquer decisão judicial injusta ou absurda, engendrando direitos constitucionais. (FERNANDES; BICALHO, 2011 p. 7). Tal intento pode resultar um tanto quanto ingênuo, e no decorrer deste capítulo serão apresentados os motivos desta posição.

Para Barroso, o pós-positivismo possui formação vinculada às concepções positivistas e jusnaturalistas, que, ao mesmo tempo, mantém “a clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política” em uma “leitura moral da Constituição”. (BARROSO, 2019, p. 243).

Para Streck:

[...] pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade. Pós-positivismo será compreendido, nesse contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático do Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que aqui denomino de Constitucionalismo Contemporâneo. (2017, p. 102).

Por meio do pensamento pós-positivista os princípios atingem a normatividade definitiva, convertendo-se em princípios constitucionais, elevando-se “a chave de todo o sistema normativo” (BONAVIDES, 2011, p. 256), concretizando normas de direitos fundamentais e princípios.

Um importante parênteses deve aqui ser feito. Os princípios na fase jusnaturalista possuíam normatividade duvidosa e se contrapunham ao “reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça” (BONAVIDES, 2004, p. 261). Bonavides, citando Fórez-Valdés, explica que a corrente jusnaturalista compreende os princípios gerais de direito como “axiomas jurídicos” “ou normas estabelecidas pela reta razão”. Complementando tal conceito, o autor conclui que seriam “normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana’”. (FÓREZ-VALDÉS *apud* BONAVIDES, 2004, p. 261).

Os princípios passam a fazer parte do código durante o positivismo jurídico, sendo sua teorização juspositivista. Os princípios ingressam como fonte normativa em igual hierarquia a lei, sem qualquer anterioridade, considera Gordillo Cañas, citado por Bonavides, como efetiva “válvula de segurança” à medida em que “estende sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo” (CAÑAS *apud* 2004, p. 262) e, portanto, irrelevante juridicamente (BONAVIDES, 2004, p. 263).

Os princípios, apenas nas duas últimas décadas do século XX, passam a portar hegemonia axiológica como fonte hierárquica superior nos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 264). Bonavides cita que, por meio de Dworkin, os princípios passam a ser proclamados como direito, se contrapondo à “doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.” (2004, p. 264).

Para Bonavides, toda construção da normatividade dos princípios provém de Esser. Todavia, afirma que as teses que fecundam e representam o pós-positivismo são de Müller “com o normativismo de sua teoria estruturante do Direito intentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen”, e também de Dworkin, “com a conexão Direito/Moral, buscando abalar e desterrar da Ciência Jurídica o positivismo de Hart.” (BONAVIDES, 2004, p. 271).

O pós-positivismo, então, culminaria com a aceção de que princípios jurídicos seriam definidos “por normas, (...) normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema.” (BONAVIDES,

2004, p. 276). Assim, a “norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra”. (BONAVIDES, 2004, p.276).

A posição de Bonavides quanto à classificação de Dworkin e Alexy como pós-positivistas não é unânime na doutrina. Aliás, poucos autores assim os definem, podendo-se citar Nelson Nery Junior, Georges Abboud e Ronaldo Porto M. Junior como juristas que não reconhecem Dworkin e/ou Alexy como pós-positivistas, considerando-os jusnaturalistas. Todavia, é uniforme sua expressiva contribuição para a elevação de princípios à qualidade de norma (MACEDO, 2013, p. 212) como do próprio Esser¹¹, com atuação desbravadora.

[...] com efeito, ambos já se colocam na faixa histórica do pós-positivismo, cujas teses mais fecundas e representativas encabeçam verdadeiramente; Müller, com o normativíssimo de sua teoria estruturante do Direito tentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen; Dworkin, com a conexão Direito/Moral, buscando abalar e desterrar da Ciência Jurídica o positivismo de Hart. (BONAVIDES, 2011, p. 276).

A escolha da Teoria Estruturante do Direito, do autor Friedrich Müller, como marco teórico da presente dissertação vai ao encontro da redefinição proposta do conceito de norma e de todo seu processo de criação intimamente relacionado ao procedimento decisório perante o caso concreto, compreendendo que os textos legais não são a norma, ao contrário do positivismo normativista ou legalista de Hans Kelsen (MÜLLER, 2013, p. 10).

A metódica estruturante é a teoria que melhor representa as perspectivas pós-positivistas à medida que constitui um processo de criação da norma inserindo as variáveis presentes ao caso concreto mediante um critério racional na busca pela solução ideal ao direito posto.

Neste capítulo, será possível aprofundar o conceito de norma jurídica e todo o processo de positivação do direito, de acordo com a Teoria Estruturante.

Dentre as premissas teóricas para que uma teoria jurídica possa ser classificada como pós-positivista é necessário que a norma se distinga do texto

¹¹ Josef Esser, por meio da obra “Princípio e norma no desenvolvimento judicial do direito privado” (1961), introduz a reflexão sobre a existência universal dos princípios, efetuando reflexões quanto à relação “princípio e norma” e seu valor como agente criador. Galuppo define que “Esser apresenta um novo conceito de princípios jurídico que recusa a dicotomia entre segurança jurídica e justiça (enquanto conjunto de conceitos, deveres e valores que informam o ordenamento jurídico), que devem ser garantidas simultaneamente pelo princípios jurídico na solução de um problema” (GALUPPO, 1999, p. 32).

normativo e, em decorrência, a sentença deixe de se fundar em um processo de subsunção. Assim, a norma deixa de possuir existência semântica e abstrata e passa a ser concreta e produto da própria linguagem (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 14109)

A teoria pós-positivista possui, assim, três características fundamentais: diferença entre texto e norma; o processo de interpretar o direito não se consubstancia na vontade do legislador e da lei; a sentença deixa de se constituir por meio de um processo de silogismo, e portanto “as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 14109)

Assim, a norma possuiria uma diferença ontológica¹² quanto ao texto e, para tanto, ela seria “fruto de um processo compreensivo que não se reduz à compreensão sintático-semântica do texto”, mas sim, conforme sinaliza Streck, o “texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do entre (texto).” (STRECK apud ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 14121)

Essa concepção de norma, que se fundamenta na diferença ontológica, não é a apresentada por Friedrich Müller, porque este jusfilósofo compreendia a norma em distinção estrutural de seu texto.

A teoria mülleriana se realiza por meio de duas dimensões: a primeira intitulada programa normativo; e a segunda, âmbito normativo. Por âmbito normativo é possível compreender no texto de Abboud que se refere ao ato interpretativo do teor literal do texto da norma, que, primeiramente, assimila as informações linguísticas. Além disso, o âmbito normativo caracteriza-se pela utilização de elementos não linguísticos a ser regulamentada pelo programa normativo, o que será mais bem aprofundado no tópico seguinte. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, p. 14143)

Dessa forma, as teorias pós-positivistas não aceitam a norma em sua acepção semântica. A norma apenas passa a existir na solução de um caso jurídico, e, portanto, texto normativo é o programa da norma, e norma é o resultado de um complexo processo de concretização que envolve o programa normativo e o âmbito normativo. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 14143)

Quanto ao processo decisório, este se baseia na produção que o intérprete faz diante do caso em concreto. Ele, ao decidir, cria a norma, e essa norma é fruto de

¹² Streck compreende que a diferença ontológica é no sentido heideggeriano que compreende uma reflexão a respeito do sentido abrangente do ser, como aquilo que torna possível as múltiplas existências. (STRECK, 2017. p. 543).

todo o conhecimento produzido no ato de julgar, portanto constitui em um processo concretizante, sendo assim não é aceito por teorias positivista as quais as decisões são baseadas em processo silogístico Visando revelar a vontade da lei.

Foi possível concluir que o pós-positivismo restabelece uma ligação entre o direito e a moral, mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios, conforme assevera BARROSO:

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o interprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genéricos ao mais específico, até chegar a regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (2001.p. 30).

A teoria pós-positivista resultou em grande influência na legislação, doutrina e jurisprudência à medida em que concretizou a Constituição, a qual passou a irradiar seus efeitos por todo o sistema infraconstitucional.

A normatização dos princípios, diante das novas metodologias de interpretação, despertou o desejo de analisar a teoria estruturante, vez que, como já apresentou-se no início do capítulo seu jusfilósofo é o pai do pós-positivismo.

Objetivando apresentar um trabalho com amplitude quanto ao pensamento jusfilosófico pós-positivista, no próximo subcapítulo será apresentado o positivismo, como teoria antecessora ao pós-positivismo e, neste intento, restringe-se para o positivismo normativista de Hans Kelsen, filósofo este o qual o objeto epistemológico¹³ “se apresenta exclusivamente dado pelo sistema de normas jurídicas, que imprimem sentido nos atos sociais” (ABBOUD, 2013 p. 13505), teoria esta que Friedrich Müller pretende superar, sendo a base inicial filosófica da teoria Mülleriana.

3.1 POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN COMO TEORIA ANTECESSORA

Antes de, efetivamente, adentrar na Teoria a qual a presente dissertação propõe a analisar, apresentando as mudanças propostas por Friedrich Müller, faz-se necessário estabelecer os conceitos utilizados pelo universo jurídico quanto à norma.

¹³ Conforme bem esclarece Abooud “Ao mesmo tempo, a partir de uma operação epistemológica determinada pela norma jurídica enquanto modelo de interpretação e objeto da ciência do direito, Kelsen garante a especificidade e a autonomia do direito frente à política, à sociologia e à ideologia.” (ABBOUD, 2013, p.13517).

Para tanto utilizar-se-á como base o que foi previamente estabelecido por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, à medida em que se constitui em efetivo marco teórico pelo enfoque normativo quando estabeleceu uma consciência metodológica à ciência do direito.

O positivismo surge após um contexto histórico que deflagrou na supervalorização da lei, sendo importante lembrar que entre o século XVIII e XIX a concentração do poder pelos reis absolutistas passou a ser questionadas pela sociedade, desejando impor limites aos arbítrios. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106). Tais questionamentos resultaram em movimentos constitucionalistas, os quais apresentavam a lei como sistema jurídico, estabelecendo e limitando direitos.

A lei neste contexto era “considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106). Em singelas palavras o povo passa a ser o soberano do poder e o responsável pelo modo como o poder seria direcionado por meio de seus representantes.

Como consequência da valorização da lei tem-se: o afastamento dos valores jusnaturais e dos seus princípios naturais, um vez que a população desejava “segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Nesse cenário, tem-se o início do positivismo jurídico se contrapondo ao jusnaturalismo: “O direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado através da Lei” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Norberto Bobbio considera Auguste Comte e John Austin como os fundadores do positivismo jurídico propriamente dito. John Austin “define lei como um comando geral e abstrato, excluindo, assim, antes de tudo, do conceito de lei as ordens ‘incidentais’ ou ‘ocasionais’, vale dizer as ordens dirigidas a uma pessoa determinada porque realiza uma ação individual.” Além disso, o pensador faz distinções sobre leis divinas e leis humanas e, principalmente, compreende que direito positivo é reflexo do comando do soberano (soberanos podendo ser o povo em uma sociedade livre) em obediência habitual “e ausência de toda relação de subordinação e de obediência desse superior nos confrontos diante de qualquer outro superior humano”. (BOBBIO, 2006, p. 106). Assim, Bobbio assim conclui:

[...] direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (BOBBIO, 2006, p. 119).

Sendo um dos pontos fundamentais da doutrina positivista, é de que “o Direito como um fato e não como um valor”, (BOBBIO, 2006, p. 131) neste sentido o direito¹⁴ é considerado como um conjunto de fatos ou dados sociais devendo o juiz ao analisar o direito se ater de formular juízos de valor.

O segundo é que “o Direito é definido em função do elemento da coação”, que significa dizer que as normas feitas naquela sociedade valem como meio de força. Outro elemento é a legislação como fonte preeminente do direito, como ainda a norma jurídica é um comando.

Quanto à teoria do ordenamento jurídico positivismo sustenta a teoria da coerência e da completitude do ordenamento. Quanto à completitude, o Positivismo rejeita a possibilidade de existirem lacunas na lei, podendo o juízo extrair de outras normas a resolução ao caso.

Pela “característica da coerência exclui que, em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas” em suma, existindo duas normas contraditórias uma das duas é invalida, quanto ao método de interpretação (BOBBIO, 2006, p. 132-133) é sustentado que:

[...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou logo um debate temendo chamado pelos alemães de “batalha dos métodos” (Methodenstreit). (BOBBIO, 2006, p. 133.)

E por fim, há a teoria da obediência como decorrência absoluta à lei.

Diversos teóricos são classificados como positivistas, contudo existem diversas correntes cada qual com seus adeptos.

¹⁴ Conforme esclarece Bobbio, o termo “direito” para o positivismo é avalorativo “privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância motiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.” (BOBBIO, 2006, p. 131).

Hans Kelsen é quem define com maior precisão e clareza o conceito de norma, sendo classificado como positivista normativista, e isso porque, antes de sua teoria, o conceito de norma era incipiente. Para Kelsen, tudo que é jurídico equivale à norma, como bem detalha Abboud e outros:

[...] o conceito de direito é identificado como o próprio conceito de norma. Todavia, o conceito de norma não possa ser equiparado ao de lei. Vale dizer a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infra ordenada da dinâmica jurídica. O esforço de uma teoria do direito Kelseniana é efetivamente demonstrado quando Kelsen cria a divisão do estudo do direito em dois sistemas, o estático e o dinâmico. Kelsen apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido como um sistema de normas em vigor, e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito em seu movimento. (2013, p. 283).

Em sua obra mais famosa, “Teoria Pura do Direito”, Kelsen propõe que a ciência jurídica deveria apenas se ater ao enfoque normativo, afastando-se da moral. Para ele o Direito “deve ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral”, (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 107).

De acordo com Coelho, inicialmente, Kelsen declara como sendo “princípio fundamental de seu método eliminar todos os elementos que lhe são estranhos por elementos que lhe são estranhos” considera elementos diversos como políticos, sociais e outros, sendo importante esclarecer, como bem posiciona Reale que:

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para incluí-la em seus domínios.” (REALE, 2002, p. 440).

Tal designo fundava-se nas confusões e obscuridades que Kelsen notava nas ciências jurídicas da época, pela interdisciplinaridade que as envolvia, “para combater o que ele considerava um erro da ciência jurídica tradicional do seu século XIX e princípios do século XX, como ele mesmo acentua, por ter um único objeto - o direito positivo – e ignorar tudo o mais que não corresponde estritamente à sua definição.” (COELHO, 2016, p. 23)

Kelsen jamais negou ou ocultou a existência das dimensões sociais e valorativas do Direito. Quando propôs “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto” (KELSEN, 1989, p. 1), pretendia aprofundar-se em sua essência, na construção do Direito, sob o enfoque normativo, quando este é o princípio e fim do sistema legal, não

se importando como o Direito deveria ser. Seu desejo era o de alcançar como a ciência do direito, efetivamente, seria.

Kelsen tinha em mente que, até então, a ciência jurídica, envolta nas disciplinas como sociologia e psicologia, bem como a moral e a política, tornava-se confusa e obscura, o que o levou a realizar uma cisão, excluí-las, para que finalmente o objeto do direito material específico e o sistema de normas gerais e individuais fossem finalmente estudados, não discutindo a pretensão de quem o formula. (COELHO, 2016, p. 23).

Tais assertivas restam validadas quando se lê no início do primeiro capítulo “É ciência jurídica e não política do Direito” (KELSEN, 1989, p. 1).

Sua teoria objetiva a norma, elevando-a a um meio de autonomia ao jurista, descrevendo o funcionamento das normas jurídicas em ciência do dever-ser. Assim, por meio de sua teoria, conceitua a norma como uma conduta humana prescrita, permitida ou não, ordenada, autorizada ou consentida. (KELSEN, 2000, p. 12).

Reale afirma que a primeira grande contribuição de Kelsen foi a de justamente determinar a natureza lógica da norma jurídica: “Ciência jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do dever-ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa” (2002, p. 444).

Reale ainda menciona que o conceito de norma antes de Kelsen conforme a tradição romanística referira-se a lei elaborada pelo Estado ou outra regra imposta pela jurisdição e o costume, e no direito anglo-americano “em ambos os casos, prevalecia o sentido de uma ordem ou de um comando, mais do que seu significado de “juízo de valor””. (REALE, 2002, p. 442).

A norma jurídica não possui nenhum comando uma vez que ela é indicativa e de estrutura hipotética, ela liga um fato, uma ação a uma consequência, não mencionando ou relacionando nenhum juízo de moral. (REALE, 2002, p. 444). Abboud ainda esclarece que o “conceito de direito é identificado como o conceito de norma. Todavia, o conceito de norma não possa ser equiparado ao de lei”. (ABBOUD, 2013, p. 13471)

Como ainda para Kelsen a ciência jurídica é uma ciência do dever ser, porque sua natureza é puramente normativa (REALE, 2002, p. 444), uma vez que a norma é indicativa e de estrutura hipotética porque liga um fato; a causa, a uma consequência; a sanção, de forma exemplificativa: Se A é, B deve ser, sendo que a cópula “deve ser”

significa uma forma de conexão inconfundível com a do nexa entre causa e efeito. (REALE, 2002, p. 444).

A norma jurídica preceitua uma conduta e comina uma sanção, ao jurista cabe tomar conhecimento do caso e atribuir “uma consequência por simples referibilidade normativa” (REALE, 2002, p. 446) e, portanto são comandos, mandamentos imperativos, como permissões e atribuições de poder e competência. (KELSEN, 2000, p. 81)

A regra jurídica, por conseguinte, é pura entidade lógica de caráter hipotético, que serve para disciplinar os comportamentos humanos possíveis, cujos conteúdos ou cuja materialidade não é de natureza jurídica. Sob o prisma do direito, o que deve ser é sempre uma sanção, como consequência do adimplemento ou não de uma regra jurídica. (REALE, 2002, p. 447).

Tem-se assim que o próprio conceito de norma não pode ser equiparado ao da lei, “a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infra ordenada da dinâmica jurídica (ABBOUD, 2013, p. 13471)

Kelsen define ainda proposição como:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. (KELSEN, 2000, p. 80).

O sistema jurídico seria um conjunto de normas jurídicas válidas, estruturadas de forma hierárquica, e sua validade é sempre regulamentada por alguma norma que lhe seja superior, bem como à obediência às formalidades do processo legislativo, como uma pirâmide normativa (ABBOUD, 2013 p. 13570). Importante esclarecer que a estrutura hierárquica possui como fundamento a validade e não seu conteúdo, o que difere sobremaneira das “formulações jusnaturalistas e nas do constitucionalismo moderno, mas, sim, numa perspectiva de validade.” (ABBOUD, 2013, p. 13590),

Essa estrutura normativa é hierárquica e a validade da norma deverá estar posta na própria competência estabelecida pela sua norma criadora, se competente ou não sobre qualquer ponto de vista lhe seja estranho não é objeto de sua discussão. A norma inferior é válida não pelo seu conteúdo mas “pela perspectiva de conteúdo” (ABBOUD, 2013, p. 13591).

Em uma determinada norma, uma precisa conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida ou consentida. Os costumes são estabelecidos

por atos de vontade humana, condutas previamente estabelecidas pelo tempo e em determinado país, podendo constituir-se em normas se assim a Constituição desse país permitir.

Por exemplo, se, em um país X, uma determinada norma, relacionada a uma determinada conduta humana, é preceituada, ou seja, inserida no ordenamento jurídico de forma ordenada, e, dessa tipificação, estabelece-se uma conduta exigida ou proibida, isso pode significar que os costumes são estabelecidos por atos de vontade humana e as condutas previamente estabelecidas como corretas ou incorretas, condutas estas que podem ser consideradas costumes ou inseridas por escrito, formalmente no ordenamento jurídico. Essas condutas estão ligadas ao tempo e ao lugar, ou seja, a um determinado tempo Y, em um lugar X (o país X do exemplo dado), e pode-se constituir uma norma jurídica se a Constituição do país X assim o aceita.

Para Kelsen, a relação da Constituição em relação à lei inferior é de vinculação e subordinação.

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1998, p. 3).

Abboud esclarece que, para Kelsen, “a norma jurídica possui caráter semântico. Ou seja, ela preexiste abstratamente antes mesmo da problematização” (ABBOUD, 2013, p. 13816). Abboud, inclusive ao dialogar com Alexy, confirma o caráter semântico da norma ao expor que mesmo Robert Alexy ter tentado transpor a teoria Kelsiana manteve o conceito semântico de norma jurídica “uma vez que, ela é um ente abstrato que se subdivide em duas espécies: regras e princípios”, concluindo que ambos “mantém o conceito de norma como um esquema de interpretação ou dispensa a problematização para a sua existência” (ABBOUD, 2013, p. 13816)

Apenas a existência de uma norma faz de um ato ele se tornar jurídico ou antijurídico, a norma deve prescindir o ato, apenas ela possui o poder de conferir a um fato o caráter de jurídico, assim sendo “o direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana [...] Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer,

especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. (KELSEN, 1999, p. 5).

A visão a qual a norma preexiste é o que confere a possibilidade dos juristas decidirem mediante integração de fatos à norma jurídica, confere-se, assim, ao intérprete o preciso ajustamento dos acontecimentos à norma, não permitindo uma interpretação que o aplicador possa juntamente da regra construir a decisão, devendo-se seguir a suposta vontade da lei.

Assim, a norma jurídica se apresenta, nesta teoria, como objeto da ciência do direito e como forma de interpretação.

A interpretação, por sua vez, constituir-se-á em um “ato revelador do sentido normativo da lei (*mens legis*) ou da vontade do legislador (*mens legislatoris*) aplicáveis ao caso concreto pelo método subjuntivo.” (ABBOUD; CAVALCANTE, 2015, p. 8)

ABBOUD e CAVALCANTE mencionam que, para Kelsen, a interpretação consiste no ato de demonstrar a vontade da lei e do legislador. (ABBOUD; CAVALCANTE, 2015 p. 8).

O trecho abaixo confirma tal assertiva:

Que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão pode ser completa, mas também pode ser parcial. Este último caso apresenta-se quando a vontade do legislador ou a intenção das partes correspondem pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal norma veicula” (KELSEN, 1998, p. 390).

Como bem esclarece Dimoulis (2018, p. 127), 3% da obra de Kelsen referem-se à interpretação jurídica. Inicialmente, ele afirma que o intérprete deve reconhecer a competência da concretização da norma superior, respeitando a hierarquia, nomeado por ele como moldura. Neste contexto extrai-se que “a norma oferece ao aplicador um leque de alternativas, cabendo a ele (e somente a ele) decidir qual será efetivamente adotada” (DIMOULIS, 2018, p. 127).

Se uma norma constitucional empregar um termo genérico que permite, v.g., cinco diferentes interpretações, o legislador pode concretizá-la elegendo um termo que exclua duas. As autoridades que criarão normas infralegislativas continuarão excluindo alternativas, até chegarmos à escolha de uma única interpretação. (DIMOULINS, 2018, p. 128).

Para Kelsen, a aplicação do Direito possui caráter cognitivo. O Juiz, frente a um caso em concreto, não localizando uma lei correspondente, deve buscar soluções dentro da própria legislação, procurando leis que possam ser utilizadas analogicamente, mas não pode atuar de forma unicamente cognitiva, devendo sempre realizar uma escolha, manifestando sua preferência. (DIMOULIS, 2018, p. 128).

Para Dimoulis, a proposta de Kelsen é lógica. Todavia, poderá ser questionada por um jusmoralista que contestaria a discricionariedade do aplicador.

O problema está no silêncio do autor em relação aos métodos interpretativos que permitem constatar os limites da norma, isto é, traçar a moldura. Sem isso, perde relevância a afirmação da existência de alternativas dentro da moldura e de outras que não se enquadram no significado do enunciado normativo. (2018, p. 128).

Kelsen ainda compreende a norma jurídica individual, o contrato como negócio jurídico e fator criador de Direito, aliás também mencionando que o “negócio jurídico típico é o contrato”, neste sentido esclarece que frente a uma conduta que cause prejuízo a outrem, e ou o ato de não cumprir uma obrigação contratual, o fato que condicionará a sanção civil está estabelecido em duas partes integrantes: “a conclusão de um contrato e uma conduta anticontratual; ou, expresso por forma mais geral: a realização de um negócio jurídico e uma conduta contrária ao negócio jurídico.” (KELSEN, 1998. p.284)

Perante um contrato, como já vimos, as partes acordam de forma deverão conduzir aquele negócio, as obrigações ali estatuídas, consistindo assim em dever-ser, eis que “é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial” (Kelsen, 1998. p. 284).

Portanto é um ato produtor de direito, sendo estabelecidos perante a ordem jurídica seus requisitos que lhe conferirá qualidade, como quais os pressupostos que eclodirão na sanção. Para Kelsen as normas jurídicas negociadas não estatuem sanção, mas uma necessária conduta, a qual por meio de normas jurídicas gerais é possível que se estatuem determinadas sanções.

Kelsen ainda ressalta que quando o tribunal estiver frente a um contrato que pela forma esteja descrito uma declaração que não seja atribuída a uma das partes contratantes, por exemplo, ou algum problema que decorrer dos termos contratados, ou finalmente ainda quando uma das partes ali exprimiu algo que poderá ferir a ordem jurídica, não será a ciência jurídica que resolverá a questão, mas a ordem jurídica, em síntese a solução para a controvérsia estará na legislação, vejamos:

A ordem judicial pode conferir mais peso à declaração do que à vontade efetiva, ou, inversamente, conferir mais peso à vontade real do que à declaração. A resposta à questão de saber qual das duas soluções do presente problema deve ser preferida depende dos princípios de política jurídica que determinam o legislador. (KELSEN, 1998, p. 287)

Para Kelsen as questões provenientes e que depende de interpretação e análise do julgador, uma vez que provocado, deverá ser respondido pelos preceitos positivos da ordem jurídica.

Todavia, é claro quando afirma que segundo o direito vigente, as partes podem estabelecer livremente seus interesses, exteriorizar suas vontades em princípio da autonomia privada (KELSEN, 1998, p.288) e neste sentido é possível concluir, (neste momento) que a Teoria Estruturante confere maior liberdade ao interprete, porque conforme será possível analisar no próximo subcapítulo a norma será construída, e poderão ser acrescentados no processo concretizante decisório, os elementos que Kelsen fez questão de afastar; tudo que seja estranho a ciência do direito, assim, os elementos políticos, sociais, econômicos e outros.

Sob o argumento de que o positivismo tornou-se obsoleto na aplicação de interpretação do direito, os teóricos se prestaram a buscar uma nova metodologia que se adaptasse à complexidade, no intuito de resolver ou minimizar os problemas decorrentes da metodologia na aplicação do direito, o que passaremos a analisar.

3.2 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Friedrich Müller é professor emérito e decano da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, onde leciona aulas de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, sendo considerado de grande originalidade e de grande contribuição quanto à renovação da Ciência do Direito. É autor de diversos livros, dentre eles “Quem é o povo?” (2018), “Ciência, biografia e poesia” (2017), “O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturante” (2013) e “Métodos de trabalho do direito constitucional” (2010).

O jusfilósofo parte do princípio que o positivismo é insuficiente quanto à fundamentação do Direito e em relação ao que consiste ser norma. Sua crítica se baseia no fato desta teoria defender que o sistema de Direito se traduz em um “sistema perfeito de normas jurídicas” e a decisão é a aplicação da norma, que, para

ele, é “abstrata”, uma espécime em “construtibilidade em termos de lógica jurídica” (MÜLLER, 2008, p. 15).

A visão de norma “como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia” pela qual os homens aplicariam aos seus semelhantes determinadas sanções, por terem infringido tais regras, é amplamente rechaçada pelo autor. (MÜLLER, 2008, p. 18).

E vai além, entendendo que o sistema normativo positivista trata-se de uma ficção, e que do positivismo é possível abstrair a utilização de normas jurídicas comparativamente técnicas, mas em condição limitada (MÜLLER, 2008, p. 51). Isto porque, em sua análise, o positivismo perde a forma racional quando se depara diante das determinações fundamentais da Constituição porque inexistente uma forma de aplicação dos direitos fundamentais, sendo insustentável, não existindo possibilidades interpretativas (MÜLLER, 2008, p. 53).

Contrariamente ao que é proposto pelo modelo kelseniano que normas jurídicas são puro dever-ser, Müller propõe que a norma integre conjuntamente o “ser”, a “realidade”, como ainda os “dados linguísticos e dados reais”.

Na verdade, ao construir as bases teóricas do paradigma pós-positivista do direito, Friedrich Müller não teve a intenção de romper definitivamente ou criar um paradigma antipositivista. O que pretendeu foi identificar os equívocos do paradigma positivista e superá-los, propondo a sua adequação aos avanços alcançados pela filosofia da linguagem e da hermenêutica jurídica. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3).

Müller formulou uma teoria para apresentar uma mudança epistemológica quanto à concepção de norma jurídica, inovando neste desígnio uma vez que, através de sua metódica estruturante, demonstra um processo de interpretação e aplicação do direito pelo qual a norma perde o caráter semântico e abstrato, deixando de se confundir com o texto legal e passando a ser o resultado concreto de um processo interpretativo.

Esclarece que sua teoria é mais bem analisada quando aplicada ao Direito Constitucional porque constituído por normas abertas, (MÜLLER, 2008, p. 56), podendo-se dizer que se trata de uma teoria que visa efetivar a Constituição (MÜLLER, 2005, p. 35) em estrita observância da norma, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio (MÜLLER, 2005, p. 36), “por meio da observância da norma, da obediência a ela, de soluções de meio termo e arranjo no

quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional” (MÜLLER, 2005, p. 37). Desse modo, a Constituição deve possuir força normativa e a teoria pretende, na prática, concretizar a Constituição.

Müller expõe que toda ciência possui um método que significa “técnica do proceder praticamente” (MÜLLER, 2005, p. 9) e para o Direito ele o nomeou como “técnica formal de resolução de casos”. Esse item faz parte da “metódica Jurídica”, (MÜLLER, 2005, p. 9), sendo que por metódica¹⁵ deve-se compreender o sentido de “discurso sobre o método”:

No entanto, minha “metódica Jurídica” não é apenas prática, mas uma *Teoria da Práxis*. Esta é a segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: o conjunto do percurso das normas jurídicas através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política. (MÜLLER, 2005, p. 9).

Por meio de sua teoria, “tornou possível à teorização acerca de conceito pós-positivista da teoria do direito e da própria norma jurídica” (ABBOUD, 2020, pos.;, 14254), conforme já descrito anteriormente, não se pode confundir texto normativo que apenas engloba o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto) com norma jurídica, vez que esta última consiste em um processo complexo construtivo que engloba o programa da norma e o âmbito da norma.

Importante esclarecer que Müller é considerado o pai do pós-positivismo, porque todas as bases teóricas foram por ele formuladas, sendo que o próprio termo “pós-positivismo” foi por ele criado. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3)

Müller deixa claro que, por meio de sua teoria, não pretende apresentar uma fórmula para a solução dos casos mediante uma lógica jurídica formal. Ele reprovava, como já asseverado, a distinção epistemológica entre ser e dever-ser, porque em sua compreensão há uma grande lacuna entre o que se apresentou pelas teorias que o precederam, para quanto a aplicação e interpretação do Direito e a realidade embutida no cotidiano dos operadores do direito, à medida em que normas jurídicas não são os fatos, mas os sentidos destes, “o sentido de atos de vontade direcionados para o comportamento humano” (MÜLLER, 2008, p. 24)

¹⁵ Nas notas do tradutor, no livro “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional” é definido o conceito e a utilização da palavra no sentido empregado: “Utilizo, assim metódica para traduzir o termo alemão *methodik*, comumente traduzido por “metodologia” (que deveria ficar reservado para designar o metaplano, acima do plano do método: o do discurso sobre método)” Vide Notas do Tradutor - Peter Naumann. (MÜLLER, 2005).

Nesta tentativa de proporcionar aos julgamentos um direito real, apresentou sua teoria buscando racionalmente, a concretização do Direito com os textos normativos, submetendo, assim, no processo de criação da norma, os textos como fundamento. Müller crê que, mudando o conceito de norma, resolvam-se finalmente os problemas decorrentes da dogmática e da prática jurídica.

3.2.1 Programa Normativo e Âmbito Normativo

A metódica estruturante é uma teoria que desenvolve regras que possibilitam a descrição completa da estrutura de concretização da norma jurídica perante o caso em concreto.

O jusfilósofo apresenta um método no qual acredita ser possível demonstrar com transparência o processo decisório, ou que seja possível verificar as razões formuladas, possibilitando a sua crítica.

É uma teoria que estrutura a tomada da decisão, ou seja, o caminho pelo qual o operador do direito vai percorrer guiado pela racionalidade dos métodos a serem executados, seguindo a orientação do texto da norma, de forma metódica¹⁶. O operador vai percorrer o caminho apresentado pela teoria, de forma que, posteriormente, seja possível qualquer pessoa identificar os passos dados, permitindo, assim, a discutibilidade¹⁷, a controlabilidade e a revisibilidade da decisão.

A teoria mülleriana visa orientar o magistrado como os demais operadores do direito de como atuar, mediante um método controlável.

Sob este enfoque, é imperioso esclarecer que para Müller norma jurídica não se confunde com o texto normativo. “O texto normativo não traz nele próprio o significado da norma jurídica.” (ABBOUD; CAVALCANTE, 2015, p. 5)

Conceitos jurídicos no texto da norma fornecem apenas em determinados casos (no âmbito da norma gerado pelo direito, como e.g. em prazos, datas e prescrições meramente processuais) descrições factuais do que é referido, em regra eles evocam apenas enquanto conceitos sinalizadores e concatenadores o que se pensa como correspondência da realidade social. O texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreto. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização material determinada do direito no âmbito do seu quadro. (MÜLLER, 2005, p. 41).

¹⁶ O termo “metódico” é empregado no sentido de atos coordenados, seguindo uma ordem passo a passo.

¹⁷ No significado de a qualidade de um texto que suporta contra argumentações.

O texto normativo é apenas um ponto de partida para esta teoria. O significado da norma jurídica “surge diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício.” (ABBOUD; CAVALCANTE, 2015, p. 5).

Conforme expõem Aguiar:

“A intenção deste doutrinador é estreitar a conexão entre a norma e mundo dos fatos, a fim de que a norma não seja vista como uma estrutura autônoma conexa à realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico.” (Aguiar, 2013, p.144).

O programa normativo e o âmbito normativo são “entidades jurídicas” (ABBOUD, 2015) que constituem a teoria estruturante.

Por âmbito normativo pode-se entender os elementos presentes ao caso, que não se restringem apenas ao conjunto de fatos que se apresentam ao caso, mas todo e qualquer elemento subtraído da realidade como necessários e pertinentes à resolução do conflito, como a realidade social e histórica.

O programa normativo é composto pelos dados linguísticos e os elementos formais e materiais que respaldam a decisão, os quais lhes conferem sentido com liberdade e razão, e o texto normativo funcionará como limite do processo de concretização definindo um caminho.

Segundo explica Abboud e Cavalcante:

O programa normativo é composto pelos elementos linguísticos (texto normativo) do processo interpretativo e concretizador da norma jurídica. Esse teor literal do programa normativo é *ante casum*, isto é, preexiste abstratamente antes da problematização. Já a norma é sempre concreto-decisória nunca prescindido da solução do caso concreto. De outro lado, o âmbito normativo é formado pelos elementos não linguísticos, ou seja, pelos aspectos da realidade social que, no processo de interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, são apontados como estruturas básicas relevantes pelo programa normativo. O recorte da realidade é elemento integrante da composição da norma jurídica, juntamente com os dados linguísticos, no processo interpretativo. Assim, o programa normativo e âmbito normatização entidades jurídicas que estruturam a concretização da norma jurídica, sendo ambos inseridos nela própria”. (ABBOUD; CAVALCANTE, 2015, p. 5).

Partindo da compreensão que texto normativo não se confunde com a norma jurídica, correspondendo ao programa normativo, e portanto, sendo elemento

linguístico da norma, tem-se que o programa normativo corresponde aos textos legais, às súmulas vinculantes e aos precedentes judiciais.

Portanto, na busca de soluções concretas limitando o texto normativo, o autor organizou uma estrutura “que seleciona os fatos, engloba o relativamente autônomo “sentido” a ser concretizado, o teor de validade do programa normativo relativo ao âmbito normativo” (MÜLLER, 2008, p. 244). Müller defende uma fundamentação na decisão que vai além de simplesmente convencer quem a lê, mas torna efetivamente controlável a atuação do jurista, possibilitando um reexame em outra instância, como melhor explica:

[...] a práxis jurídica não está obrigada à reflexão hermenêutica e metodológica explícita, mas seguramente à busca de uma metódica que permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão; de uma decisão que deve ser apurada a partir da mediação metodicamente diferenciada de ambos componentes por meio da concretização da “pertinente” norma jurídica enquanto “norma de decisão”. A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir os caminhos ao feedback controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica. (MÜLLER, 2005, p. 37 e 38).

Müller expõe que a norma jurídica não se compõe dos enunciados existentes em seus textos normativos, à medida que estes apresentam apenas a informação e uma possibilidade futura a depender do tipo material. Para que seja possível a criação da norma, deve existir um saber aprofundado da estrutura normativa, que deve percorrer a análise do texto e a ação criadora do Estado de Direito, sua construção, com o significado originário até a fusão entre a realidade com a norma, efetivado pela inter-relação entre programa normativo e o âmbito normativo até a concretização da norma.

Após a construção da norma mediante o caso em concreto, pelo âmbito normativo e o programa normativo, essa norma não se mantém em uma futura decisão judicial porque um novo caso prescinde de uma nova análise e a decisão anterior torna-se mero texto normativo. Assim, outra construção de norma será implementada.

Resta, ainda, ressaltar que “não há aplicação de textos normativos (lei, súmula, acórdão paradigma etc.) sem a atividade interpretativa. Daí a impossibilidade em se

admitir o silogismo como mecanismo para aplicação de regras jurídicas ou de qualquer outro elemento jurídico.” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 6).

3.2.2 Método de Concretização da Norma Jurídica

Antes de se apresentarem os métodos de concretização conforme a teoria de Müller, tem-se que, sinteticamente, reforçar que, de acordo com a teoria, a atividade interpretativa não pode ser entendida como forma de desvendar a vontade do legislador e os motivos os quais consubstanciaram o significado exposto no texto lei, uma vez que, nesta teoria, o texto legal não possui nenhum significado jurídico antes da problematização, interpretação e concretização do intérprete. A norma jurídica não existe antes da problematização e mais: o seu significado só é obtido após a realização da atividade interpretativa e construtiva, que, por sua vez, envolve o programa normativo e âmbito da norma. Assim sendo, será necessário percorrer pelos dados linguísticos do texto da lei, como todos elementos da realidade do caso em concreto. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2020, p. 7).

Para dar efetividade do que defendeu o autor, apresentam-se os elementos de concretização de acordo com sua subdivisão em dois grupos: o primeiro seria composto por elementos metodológicos em sentido estrito, sendo estes; interpretação gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica. Bem como os modernos princípios de interpretação da constituição); e o segundo por elementos do âmbito da norma como elementos dogmáticos (doutrina e jurisprudência); elementos de teoria (Teoria do Estado e da Constituição); elementos de técnica de solução de casos; e elementos de política do direito e política constitucional. (MÜLLER, 2005, p. 61)

O primeiro grupo traz os recursos voltados ao tratamento da norma no sentido tradicional, referindo-se, portanto, ao tratamento do texto da norma (MÜLLER, 2005, p. 59), e o segundo é constituído por elementos de concretização que demandarão a intelecção do conteúdo da norma mediante o caso em concreto no qual o operador de direito poderá apresentar seu ponto de vista.

Neste segundo elemento, concretizador, o intérprete deverá fundamentar e demonstrar toda a sua linha de raciocínio, apresentando os pontos de vista favoráveis e negativos, conjuntamente à análise do texto que provém do primeiro elemento, que também deverá ser apresentado mediante o conjunto dos fatos utilizados para efetivar a concretização da norma.

Os elementos metodológicos que o autor considera essenciais para a interpretação do texto, neste primeiro momento, são métodos tradicionais de solução de problemas jurídicos.

Müller argumenta que a interpretação gramatical não é método com efetivos resultados. À medida que depende da explicitação e valoração do sentido linguístico dos termos contidos no texto da norma, como não se verifica sozinho, estaria sempre dependendo de outros elementos (MÜLLER, 2005, p. 65).

Desta forma a interpretação gramatical é dependente da estrutura da norma uma vez que é possível ao interprete a escolha de um conceito usado entre os diversos possíveis existentes na linguagem. Para o autor o método gramatical não se refere-se ao texto da norma, mas a norma em si, quando um possível sentido da norma passa a ser interpretado por antecipação e, em consequência, há exclusão da interpretação literal de cunho filosófico (MÜLLER, 2005, p. 63).

Por isso, o autor afirma que o método de interpretação não pode se operar sozinho uma vez que depende da estrutura da norma, [...] Isso somente é possível porque também o “método” gramatical não diz respeito ao texto da norma, mas à norma.” MÜLLER, 2005, p. 63).

Quanto aos elementos históricos, genéticos e sistemáticos e teleológicos estes devem ser trabalhados em conjuntos entre si como conjuntamente com a interpretação gramatical, sendo também meios de interpretação de texto. Quanto os pontos de vista genéticos e históricos podem ajudar a precisar em termos de conteúdo as possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal” (MÜLLER, 2005, p. 67).

A interpretação genética e histórica possibilita a compreensão do sentido do teor literal do texto em uma determinada época.

Quanto à interpretação sistemática, o autor acrescenta que é importante a sua utilização por meio da análise dos âmbitos da norma e das prescrições interligadas, o que pode tornar complicado o procedimento. Contudo, força-se a uma análise efetiva, e, por isso, deve-se recordar que para a interpretação sistemática faz-se necessário percorrer os dispositivos diversos que compõem aquele sistema. Neste intento, para o autor, a interpretação sistemática dos direitos fundamentais deve sempre ser utilizada como forma de corrigir eventual conflito porque os direitos fundamentais devem ser aplicados imediatamente e, conforme as palavras do autor: “sem viver à mercê das leis ordinárias.” (MÜLLER, 2005, p. 68).

Quanto ao fim que a norma se dirige, a interpretação teleológica, não excluindo a importância do sentido e finalidade, o autor faz uma ressalva à importância da comprovação mediante outro elemento da concretização para que não se utilize algo subjetivo.

Para Müller, é importante que todos os elementos estejam entrelaçados, inclusive os textos com prescrições não mais vigentes, como textos de materiais legislativos, os quais devem ser interpretados, mesmo não possuindo caráter normativo. (MÜLLER, 2005, p. 69).

Esclarecendo que, na prática, esses modos de interpretação para o autor:

[...] resultam como indagações a uma prescrição que apresenta modelos históricos e materiais legislativos comparáveis (interpretação histórica e genética). De resto, elas se dirigem a toda e qualquer norma jurídica: porque cada norma jurídica tem o seu texto da norma – a consuetudinária um texto mutante, a escrita um autenticamente fixado – (interpretação gramatical): porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); porque, finalmente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu “sentido e [à sua] finalidade. (MÜLLER, 2005, p. 70).

Quanto aos princípios da interpretação da Constituição criados pela jurisprudência e doutrina, estes estariam submetidos aos tradicionais aspectos acima tratados, sendo sua autonomia apenas defensável para o sistema de direitos fundamentais, e este sendo fechado e coerente, se destaca por ser sistema de valores. E a interpretação das leis, de acordo com a Constituição, não pode ser tratada como os demais elementos de interpretação. (MÜLLER, 2005, p. 71 e 72).

Como um todo, em respeito à força normativa da Constituição,¹⁸ o autor expõe que pelo princípio da unidade da Constituição deve-se impedir eventuais contradições e, para tanto, deve-se manter a visão unitária de seu todo, sua base, seu sentido essencial, seu componente político, conforme suas palavras “um todo integrado com sentido” (MÜLLER, 2005, p. 75). Na prática interpretativa, deve-se procurar ajustar eventuais contradições, o que é possível utilizando o procedimento sistemático.

E sempre na solução de problemas de Direito Constitucional deve-se dar preferência a pontos de vista que esteja em conformidade com os pressupostos da eficácia da força normativa da Constituição. (MÜLLER, 2005, p. 78)

¹⁸ Força normativa da Constituição entende o autor se tratar de um reforço formal que deve sempre atuar de forma a tornar eficaz a Constituição, sendo um apelo por tal fim, sem qualquer metodologia em particular a ser empregada.

Quanto ao que antecede à promulgação da Constituição, classificado pelo autor como “quadro global de direito pré-constitucional”, o que anteriormente a constituição era vigente, trata-se de mero subcaso de interpretação (MÜLLER, 2005, p. 75 e 76).

Por “nexo de normas de direito fundamentais e de normas de competência” ressalta, mais uma vez, a importância que os direitos fundamentais possuem em sua metodologia. (MÜLLER, 2005, p. 76 e 77).

Para Müller a função interpretativa possui um limite, que está consubstanciado no texto normativo. Dito isso, é possível compreender porque o jusfilósofo declara que “deve-se tratar com reservas todos os tipos de interpretação e decisão de casos que procuram obter soluções mais concretas diretamente a partir de princípios gerais ou de teses da filosofia do direito”. (MÜLLER, 2015, p. 244).

Sob outro enfoque, Müller se posiciona ainda quanto à impossibilidade metodológica de conceber as chamadas “normas da lei moral” como princípios jurídicos prontos e aplicáveis, entre as quais as circunstâncias reais do direito poderiam ser subsumidas na tranquilidade de um positivismo do direito natural” (MÜLLER, 2015, p. 121).

Quanto aos direitos fundamentais e cláusulas gerais Müller afirma que:

A equiparação geral de direitos fundamentais e cláusulas gerais ignora diferenças na estrutura teórica de ambos os tipos normativos. Os direitos fundamentais comportam maiores chances de validade que podem ser metodicamente tipificadas. Não obstante, as cláusulas gerais podem ser entendidas não apenas como livres orientações aos juizes para que encontrem uma norma de decisão de modo autônomo e sem um vínculo normativo comprovável. (MÜLLER, 2015, p. 260).

Também assim declara:

O conceito estruturante de âmbito normativo deixa claro que os direitos fundamentais atualmente válidos, bem como concretamente normativos não podem ser entendidos como garantias de abstratas e isoladas esferas “naturais” de liberdade. Os âmbitos normativos dos direitos fundamentais não são nem juridicamente nem materialmente vazios; ao contrário, enquanto âmbito normativos de garantias vigentes, eles são constituídos pelo direito e estruturados pelos dados reais, sendo que o ordenamento constitucional atua de forma mais reguladora ou menos reguladora, abstendo-se em maior ou menor escala de um regulamento. (MÜLLER, 2015, p. 260).

Pela leitura dos trechos selecionados, é possível classificar os direitos fundamentais como parte do âmbito normativo, em decorrência de sua matéria e interdisciplinaridade.

O segundo momento, viabilizando a concretização da metódica proposta diante da estrutura da norma, tem-se novos elementos, os quais se apresentam perante o âmbito da norma e do âmbito do caso, e que visam oferecer elementos adicionais os quais pretendem fundamentar e expor os motivos da decisão de forma detalhada. (MÜLLER, 2005, p. 81).

O autor ressalta que a diferença entre o âmbito material, âmbito da norma e o programa da norma, está na prática, na realização da construção da decisão ao caso em concreto. Estes elementos, ressalta o autor, não asseguram decisões corretas. O que visam estes aspectos estruturais é a complementação, possibilitando a fundamentação e uma exposição detalhada.

Müller esclarece, apresentando tais elementos como a jurisprudência, conceitos jurídicos indeterminados, história do direito, criminologia, trabalhos sociológicos, enfim, elementos presentes de forma interdisciplinar, os quais guardam importância ímpar para “análise estrutural do âmbito da norma de *lege ferenda* (política do direito e da legislação) e de *lege lata* (com vistas à tarefa da concretização do direito)” (MÜLLER, 2005, p. 82).

A dogmática na visão do autor encontra-se inserida nos elementos determinados *stricto sensu* segundo as normas, uma vez que as normas de decisão estão notadas por enunciados dogmáticos presentes na prática e na ciência. (MÜLLER, 2005, p. 85).

Os elementos presentes no procedimento de técnica de solução de um caso em concreto, o que se materializa na construção da decisão, ocorre por meio estruturado e argumentativo no texto, os quais, em si, não integram o método jurídico, mas podem se constituir como meios complementares de ensino para a prática *strictiore sensu*. A ressalva é a de que tais elementos não devem encaminhar a uma decisão que seja autônoma à norma ou contrária a ela. (MÜLLER, 2005, p. 86).

Por fim, resta esclarecida a obrigatoriedade do Direito Constitucional como direito hierarquicamente superior a todo o ordenamento, em regramento de preferência o qual não guarnece relação à hermenêutica ou métodos apresentados, mas sim por constituir-se em vista a sua “origem normativa como imperativo do Estado de Direito e em virtude do caráter de obrigatoriedade do direito constitucional” (MÜLLER, 2005, p. 86).

Percebe-se que o proposto pelo autor por meio de sua teoria é a implementação prática de um método¹⁹ que ultrapasse o que outrora se estabelecia, em especial a natureza semântica da norma jurídica e a aplicação do direito, objetivando seguir o que revelou a vontade da lei (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3).

O autor pretendeu estabelecer que a norma é criada perante a decisão do caso em concreto, e este processo de criação deve ser claro e preciso a fim de possibilitar que qualquer intérprete consiga percorrer pelos meandros desta criação sem dificuldades. Nesta criação, deve estar claramente presente o programa da norma, que se constitui por meio de dados linguísticos e de todo o aparato extralinguístico presentes no âmbito da norma. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 4).

Na prática, o método empregado transcorreu pelos meios tradicionais de tratamento de texto, os quais, de acordo com a teoria, devem ser utilizados como meio de possibilitar a inclusão durante a concretização dos “teores materiais provenientes dos âmbitos das normas de forma hermenêutica não refletida e metodicamente não-diferenciada” (MÜLLER, 2005, p. 104), adicionando pelos elementos metodológicos que utilizem o teor material dos âmbitos das normas e facultando uma decisão guiada pela normatividade, como a própria interpretação deve guiar-se pelos princípios de interpretação da Constituição, os quais guardam hierarquia como já foi exposto.

A utilização dos elementos de interpretação clássicos propostos por Savigny, indicados pelo autor em sua teoria, visam o tratamento de texto: “Implicitamente eles contém possibilidades de incluir na concretização teores materiais provenientes dos âmbitos das normas de forma hermenêutica não-refletida e metodicamente não-diferenciada.”

Desse modo, os elementos de interpretação devem ser complementados;

“por elementos metódicos que permitam aproveitar o teor material do âmbito das normas de forma expressa e racionalmente verificável para a decisão normativamente orientada de casos jurídicos. Além disso os meios de interpretação do texto das normas devem ser complementados para a

¹⁹ No curso do presente tópico, percebe-se a necessidade de distinguir os vocábulos método, metódica e metodologia empregados no texto. “Metodologia” significa “o estudo dos procedimentos que, concatenados entre si destinam-se ao enfrentamento de determinado ramo do conhecimento. “Metodologia jurídica” é o estudo dos métodos de investigação do Direito visando à sua concepção, interpretação e aplicação” (LISBOA, 2016, p.1). Anteriormente, informou-se, que “metódica” é um termo utilizado pelo tradutor para traduzir o termo alemão *methodik*, que, em suma, significaria o discurso do método, aquilo que está acima do plano do método. Vide in Notas do Tradutor - Peter Naumann (MÜLLER, 2005).

metódica do direito constitucional por princípios de interpretação da constituição”

Todos os elementos envolvidos no processo concretizante, sejam os *strictiore sensu* (MÜLLER, 2005, p. 53 e 67) e/ou os princípios aplicados diretamente à norma, e ou funções concretizantes auxiliares, visam formular a norma e estruturá-la.

Portanto, foi possível, pela leitura do presente capítulo, compreender o fenômeno jurídico pós-positivista sob o enfoque da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. Neste intento, apresentaram-se as distinções entre texto normativo norma-jurídica e o processo de criação da norma por ele defendido, um procedimento racional e detalhado que possibilita a descrição completa da estrutura empregada na concretização da norma jurídica perante o caso concreto, o que será possível mediante o programa normativo e o âmbito normativo, sendo este último composto por elementos não linguísticos os quais possibilitam a inserção da realidade ao caso concreto.

O próximo passo a ser examinado no quarto capítulo é o estudo da interpretação da autonomia privada perante o contrato de compra e venda sobre os fundamentos do paradigma pós-positivistas da Teoria de Friedrich Müller.

4. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER

O pós-positivismo de Friedrich Müller possibilita uma interpretação diversa do princípio da autonomia privada perante os contratos de compra e venda. Partindo da concepção clássica, passa-se, então, a explorar, com maior profundidade, a redefinição da autonomia privada perante os contratos de compra e venda, e como vêm se concretizando de forma gradativa.

Explorou-se o conceito de autonomia da vontade e sua inserção no direito evoluindo para o princípio da autonomia privada, sendo assim possível compreender que se trata do poder conferido ao indivíduo de criar normas jurídicas, individuais e concretas de natureza contratual, de estabelecer cláusulas e condições ao negócio que pretende se obrigar.

De uma forma geral, pode-se dizer que houve uma ressignificação em relação à leitura que deve ser feita perante as figuras contratuais, no caso do contrato de venda e compra, da autonomia privada, por exemplo, devendo se atingir o equilíbrio contratual com a aplicação de princípios socializantes.

Essa ressignificação garante relação intrínseca com o pós-positivismo.

No intuito de concretizar a Constituição Federal, em especial os direitos fundamentais e princípios socializantes, os princípios clássicos contratuais, que outrora estabeleciam e orientavam o direito contratual, passaram a ser redefinidos, não em seu conceito, à medida em que este permanece perante o ordenamento pátrio. Contudo, seu campo de atuação passou a ser limitado.

Pode-se dizer que as mudanças limitaram o exercício da liberdade do contratante, relativizando a força vinculante do contrato de compra e venda, autorizando a interferência estatal, principalmente quando objetiva-se limitar o individualismo, o exercício da autonomia privada.

Pretende-se demonstrar que o contrato de compra e venda decorre de um acordo bilateral mediante o qual as partes autorregulam suas ações, exteriorizando seus desejos e que a vontade não pode ser relegada a um segundo plano, posterior aos fatores sociais, porque ela é a matriz, a força que impulsiona as relações contratuais.

O exercício da autonomia privada do indivíduo não é inimigo capital dos direitos fundamentais. Essa concepção é incoerente com as premissas aqui estabelecidas e,

aparentemente, mostra-se mal fundamentada, uma vez que é simplista a ideia de que as injustiças sociais decorrem diretamente do exercício da autonomia de um indivíduo. Desse modo, há que se avaliar as circunstâncias históricas, econômicas e sociais a que uma determinada sociedade está inserida, assim como os valores culturais sobre os quais esta sociedade se fundamenta.

Assim, também será objeto deste capítulo a análise das consequências da Teoria Estruturante, de Friedrich Müller, na interpretação e concretização da norma, bem como da concretização da Constituição perante a legislação infraconstitucional, reinterpretando contratos de compra e venda, firmados entre indivíduos autônomos sob o argumento de que se realiza a justiça social.

Para então finalmente buscar-se-á responder a principal questão, qual seja, quais os reflexos da aplicação da teoria estruturante sobre autonomia da vontade no contrato de compra e venda.

A construção da norma sob os elementos da “Teoria Estruturante” o programa normativo e o âmbito normativo serão fundamentais para responder a tal indagação.

E, por fim, buscar-se-á avaliar se por meio da Teoria Estruturante se faz-se possível a reinterpretação das regras estabelecidas nos contratos firmados entre particulares modificando o exercício da autonomia da vontade.

4.1 O PAPEL INTERPRETATIVO DO MAGISTRADO

Inicialmente, esse subcapítulo pretende avaliar qual o papel interpretativo do magistrado frente a um estado democrático de direito e qual seria uma eficaz atuação quanto ao ordenamento jurídico, em especial sobre a seu papel intervencionista frente ao princípio da autonomia privada perante o contrato de compra e venda.

Será aqui analisada a figura do juiz como agente do poder público que deve subordinação às restrições impostas pelo Estado. Sua função, dentro da organização estatal é de julgar os conflitos em respeito das normas legais vigentes no país.

Em sua atividade interpretativa, que vai muito além de uma simples leitura, afinal, esta capacidade racional do ser humano como um ser pensante e interpretador configura-se em motivação, em combustível para as constantes modificações dos seres e do ambiente em que vivem.

A interpretação nada mais é do que um processo, na qual o homem se identifica como um ser pensante e atuante no mundo em que vive, exteriorizando seus

pensamentos, que poderão ser refletidos em gestos, escritas, palavras, atitudes, mostrando, a seu modo, o sentido verdadeiro daquilo que se interpreta.

Pois bem, o presente tópico visa exatamente correlacionar a questão interpretativa do Magistrado, na qualidade de ser humano pensante, ao limite de sua atuação, por vezes, subjetiva ao caso concreto, e de como tal condição pode ser tão útil quanto prejudicial no deslinde de uma demanda judicial.

A interpretação é algo vasto, sem limites reais, não se pode delimitar exatamente onde ela começa e onde termina. Isto porque os pensamentos são infinitos, e, neste sentido, a interpretação é ampla, de maneira que a sua utilização pelos magistrados deve ser sempre cautelosa.

Veja que, ao magistrado, caberá construir o sentido de um texto escrito, ou o teor de um texto legal e, a partir daí, obter a exata significação ou sentido.

Para a ciência do Direito, que sempre primou pela preservação dos interesses da sociedade e de seus valores, a interpretação jurídica até então foi entendida como nada mais é do que um processo de atribuição de sentido aos enunciados de textos e de normas jurídicas.

Neste sentido, afirma Emílio Betti:

Interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a conhecer e reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, as formas representativas, que são fontes de avaliação jurídica ou que tais avaliações constituem o objeto. (BETTI, 2007, p. 5)

Tem-se, portanto, que a interpretação jurídica possui por finalidade fixar uma determinada relação jurídica mediante a percepção clara e exata do texto estabelecida pelo legislador.

Importante esclarecer que a aplicação do direito, de acordo com a teoria tradicional, consiste em aplicar o princípio da subsunção legal, ou seja, a partir da premissa maior - o texto -, que incidirá sobre a premissa menor, os fatos, aplicando, assim, a norma perante o caso em concreto. Desta forma, pretendia-se que a decisão fosse afastada de qualquer influência do intérprete. A teoria tradicional, enfim, considera como elementos do objeto da interpretação a lei e os princípios informadores do direito. (PINTO, 2018, p. 4)

Para Friedrich Müller, a discricionariedade e a arbitrariedade judicial são insuficientes como método de aplicação do direito, quanto à resolução dos problemas

demandados pela sociedade porque a sociedade se mostra complexa, repleta de tensões e conflitos transindividuais.

Desse modo, Müller propõe, por meio de sua teoria, um modelo de interpretação que se realiza pela concretização, compreendendo a ligação entre direito e realidade e entre interpretação e aplicação. A ideia do jusfilósofo é a de possibilitar um controle sobre a atuação jurisdicional e, em consequência, legitimar as decisões porque obriga o intérprete a demonstrar de forma racional e detalhada sua pré-compreensão e o procedimento realizado durante a criação da norma. (PINTO, 2018, p. 4).

Müller, ao defender que se detalhe, de forma racional, o processo de concretização da criação da norma, pretende que também seja exposto na norma-decisão a pré-compreensão²⁰ do intérprete porque, para ele, trata-se de elemento subjetivo incontrollável.

Para Friedrich Müller, quando o intérprete não é controlado, e aqui se refere ao processo de resolução do conflito, possibilita-se ao mesmo que ele julgue de acordo com sua vontade “situação em que o objeto – da interpretação – perderia a sua autonomia e passaria a ser aquilo que o agente – da interpretação – diz que é – ou quer que seja.” (PINTO, 2018, p. 4).

O teórico, neste ponto, é realista quando expõe um problema prático: todo intérprete, mesmo quando se propõe à isenção e julga acreditando que está atuando sob este intento, até mesmo subjetivamente, não consegue ser neutro porque como humano é influenciado pelo mundo que lhe cerca.

O interprete é uma pessoa normal, que, antes de assumir a qualidade de julgador, é filho, pai e possui valores únicos, possui posição política, social e econômica, personalidade, e, na prática, no ato de julgar, sempre será obrigado a fazer escolhas que, objetiva ou subjetivamente, serão guiadas pelas suas pré-compreensões.

Dito isto, o fato da Teoria possibilitar, mediante processo concretizante da norma, que sejam integrados elementos externos ao âmbito da norma, possibilitando

²⁰ Importante esclarecer o que é pré-compreensão, o que fazemos pela leitura das próprias palavras de Müller “pré-compreensão é fator metodologicamente diferenciador, o enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada”.[...]A pré-compreensão se manifesta em princípio como a relação vital do sujeito compreendente com a coisa a ser entendida, sem a qual a possibilidade da compreensão sequer poderia ser fundamentada.” (MÜLLER, 2008, p.58)

a inserção, de forma interdisciplinar, não significa dizer que a teoria defende a plena liberdade de criação do intérprete.

Aliás, necessário ressaltar que Müller afirma que um dos limites do processo criador da norma está no texto da lei e, neste sentido, o teor do texto normativo é o ponto de partida da concretização, cabendo ao intérprete a concretização da Constituição, e, portanto ele não poderá ultrapassar os limites literais da Constituição. Sendo assim, o teórico circunscreve o campo de ação do intérprete.

Neste sentido, a legitimidade é desenvolvido por Müller da seguinte forma:

Para ele, a legitimidade não advém de um plano transcendental/metafísico, no sentido de ser um parâmetro de correção externo ao Direito, que o coloniza. Trabalha o autor com tal noção a partir do ordenamento jurídico dos Estados Democráticos (“Direito positivo”). [...] O Estado Democrático é designado por ele como “Estado textual”, tendo em vista que suas atividades se baseiam em textos normativos e delas resultam também textos, ou ao menos condutas devidas reconduzíveis a textos. Essa compreensão implica conceber a função do texto normativo como limite externo da análise dos sentidos jurídicos possíveis. Tal fundação de limite decorre da necessidade de segurança jurídica, clareza da norma, publicidade e inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito. (MIOZZO, 2014, p.224).

Complementarmente, ainda no campo de legitimidade, Miozzo demonstra que o teórico jamais pretendeu estabelecer uma teoria que permitisse decisões arbitrárias:

Positivamente tem-se que uma decisão judicial precisa estar minimamente albergada em um ou mais textos normativos, ou seja, ter um mínimo de previsão no ordenamento para estar fundamentada, desde a formação do programa normativo, passando pelo âmbito normativo, até se chegar na norma e na norma decisão. No caso da ciência jurídica, tem-se o processo análogo, chegando-se a uma proposta de norma, mas não obviamente a uma norma de decisão.” (MIOZZO, 2014, p.253).

Desta forma, por mais que a Teoria Estruturante abra caminho ao intérprete para que outros elementos sejam incorporados ao texto, (o que defende Müller ser essencial à efetiva concretização da realidade com o texto) no processo de criação da norma, restou esclarecido que estes elementos devem interligar-se, e o texto normativo estabelecerá o limite, impedindo que textos normativos, os quais são inconstitucionais sejam afastados.

Assim, percebe-se que a teoria estruturante não intencionaria “decisionismos”, buscando a legitimação do julgado e garantindo segurança aos indivíduos, conclusão esta que se confirma com o fato da teoria almejar que os processos de elaboração da decisão sejam racionalmente identificáveis ao ponto de qualquer pessoa trilhar-se mentalmente o caminho percorrido.

A metodologia a ser empregada pelo intérprete, na concretização da norma, de acordo com a Teoria Estruturante, conforme foi possível concluir, não autoriza eventual contorno à legislação, principalmente perante a Constituição Federal.

A discricionariedade judicial, objeto de críticas de Müller, ao que parece, conforme bem ressalta ABEL, “permanece viva e forte na práxis judiciária brasileira” e deve ser combatida à medida que “trata-se de uma questão fundamental de democracia.” (2011, p.120).

Se, outrora, o positivismo estava relacionado à discricionariedade judicial, hoje não mais, porque se percebe:

[...]na doutrina fundamentações teóricas que buscam legitimá-la, estas não se apresentam na forma de adesões ao positivismo jurídico, mas sim como manifestações de uma espécie de pragmatismo judiciário. Isso deixa claro que a mera crítica ao positivismo jurídico não é suficiente: essa crítica precisa ser dirigida especialmente à discricionariedade e às posturas filosóficas que a inspiram, como o ceticismo e o relativismo. (ABEL, 2011, p.122)

A neutralidade do magistrado, pressuposto almejado pelo positivismo, infelizmente é inalcançável, de acordo com Müller, e, sob este enfoque, a teoria é corajosa por afirmar que todo julgador não está afastado de reflexões sobre as partes, sobre os problemas a serem solucionados bem como sobre o próprio texto normativo.

O mundo pós-moderno se apresenta com inúmeras transformações e, em uma sociedade complexa, novos conflitos sociais surgem a todo o momento, como também é inegável que o judiciário vem sendo suscitado à resolução de problemas jamais antes vistos, com uma crescente demanda por litígios, defluindo em uma maior responsabilidade social sobre o judiciário.

As novas exigências desta sociedade acelerada que demanda por uma resolução rápida e que, ao mesmo tempo, exige qualidade na prestação da justiça, vêm eclodindo em uma sobrecarga ao judiciário. Contudo, essa sobrecarga não deve significar a perda da legitimidade do julgamento.

Neste sentido, se espera que o juiz, em sua atividade, atue de forma a não violar a legislação, quanto mais a constitucional, A admissão de qualquer violação, mesmo que convenientemente sob bons argumentos, geram prejuízos à sociedade civil.

As instituições, pouco a pouco, perdem a legitimidade, como também o respeito pelos demais poderes, prejudicando a democracia.

O Pós-positivismo de Friedrich Muller apresenta, por meio de sua teoria, a possibilidade de criar um maior controle ao processo decisório e, em consequência, estabelecer segurança à toda a sociedade, inserindo, ao mesmo tempo, a realidade ao julgamento, sob o intento de um julgamento justo.

4.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER

Por meio da leitura do capítulo três foi possível compreender que a Teoria Estruturante, de Friedrich Müller, busca atuar de forma a contribuir com a realização de decisões em graus aceitáveis de racionalidade. Assim, para cumprir este objetivo, o teórico deseja uma operacionalização de forma transparente para possibilitar o controle e a discutibilidade da decisão em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Müller parte de concepções positivistas legalistas, as quais crítica e apresenta sua teoria refutando a solução de casos mediante uma lógica jurídica formal porque visa desenvolver regras que possibilitem a descrição completa da estrutura de concretização da norma jurídica perante o caso em concreto. Seu método objetiva demonstrar a transparência do processo decisório.

Ao contrário do que pretendeu Kelsen, Müller incorpora em seu processo concretizante a moral porque acredita que ela é indissociável da norma.

Para o jusfilósofo, a norma jurídica não está contida no texto da norma, e se esta não se confunde com aquele, passa-se a discorrer como o jurista deverá se comportar na construção da norma-decisão.

Neste processo de construção da norma, Müller formulou etapas porque, em sua visão, quanto mais métodos forem oferecidos, mais fácil tornar-se-á o controle sobre as decisões. Afirma que o texto normativo é o ponto de partida de sua teoria, e a teoria estruturante se constitui do programa normativo e o âmbito normativo.

O caso a ser regulado é o que dá impulso à concretização, mas os textos das normas pertinentes é que são os guias do processo e apresentam função limitadora. Isto porque o intérprete precisará apresentar os limites externos, dos diferentes sentidos possíveis, que poderão ser fundamentados.

A interpretação conjunta dos dados linguísticos, isto é, a explicação dos textos por meio de todos os métodos reconhecimentos, esclarece o “programa normativo” (Normprogramm). Por meio desse programa, o intérprete escolhe, a partir do “campo factual” ou do âmbito do caso, a quantidade dos fatos co-normativos (mit-normativ) para a solução do caso, o “âmbito normativo” (Normbereich); este recupera, portanto, a quantidade dos dados reais que são convenientes ao direito utilizar para contribuir para se chegar à decisão. (MÜLLER *apud* SILVA, 2006, 67 - tradução livre)

Tem-se, então, que o intérprete decidirá quais os elementos e os fatos obtidos por meio do programa normativo serão escolhidos perante a construção da norma e a resolução do caso. O âmbito normativo consistirá no contorno a ser realizado pelo intérprete quanto a realidade social: é como se esse recorte fosse autorizado pelo conteúdo e limite apresentados, pelos textos de norma interpretados. (MÜLLER *apud* SILVA, 2006, p. 67 - tradução livre).

O programa normativo, por sua vez, é elemento integrante da construção normativa, resultado de uma interpretação preliminar de todos os dados iniciais textuais. Esses componentes devem possuir informações quanto o conteúdo normativo que deverá ser observado.

Os textos normativos serão indicativos do caminho a percorrer, o campo pelo qual o operador deverá transitar, portanto, funcionando de guia e de parâmetro, sendo que a escolha de quais textos serão usados deverá partir do jurista.

O âmbito normativo é o segundo elemento da norma jurídica, parte que integrará a construção da norma conjuntamente com o programa da norma, e é formado a partir de elementos estruturais obtidos pela realidade social e histórica, a saber, um conjunto de informações presentes na sociedade, na política, na psicologia, na história. De acordo com a economia e muitas outras vertentes, pode-se dizer que, aqui, o âmbito normativo se assenta na interdisciplinaridade e é constituído após a análise dos elementos do âmbito material e âmbito do caso.

A teoria apresenta componentes de concretização da norma, como por exemplo, os elementos de interpretação os quais devem ser operacionalizados mediante a construção da norma, o que também deve ocorrer de forma coordenada e por meio de etapas.

De grande importância na construção normativa, citam-se elementos de tratamento do texto da norma, métodos tradicionais de interpretação (gramatical, sistemático, histórico, teleológico) e elementos referentes aos aspectos factuais da

concretização e, por fim, elementos dogmáticos (técnicas de solução, de teoria, de política constitucional).

Como já sabido, o objetivo do trabalho é verificar os efeitos do pensamento pós-positivista de Friedrich Müller sobre o princípio da autonomia privada aplicável ao contrato de compra e venda. Neste sentido,

Parte-se do pressuposto que Müller afirmou que sua Teoria é mais bem implementada perante normas constitucionais. Contudo, ela poderá ser aplicada em todas as áreas do Direito, mesmo porque sua Teoria também visa, conjuntamente, reforçar a Constituição e concretizá-la a matéria infraconstitucional.

A teoria constitucional faz parte do projeto teórico de Friedrich Müller, inclusive a própria teoria reconfigura a concepção de norma o que impacta também a própria constituição.

Neste sentido, José Afonso da Silva afirma que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.” (SILVA, 2020, p.48).

Conforme já foi tratado, o Código Civil de 2002 adaptou-se ao contexto constitucional na medida em que a atual codificação está baseada em três princípios fundamentais, a socialidade, a eticidade e a operabilidade, seguindo o movimento de constitucionalizar o Código Civil.

O artigo que regulamenta as relações contratuais privadas apresenta claramente que a função social constitui, hoje, um limite à liberdade e à autonomia de contratar, veja-se:

Art. 421: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (BRASIL, 2020, art. 421).

Conforme inciso III do Art. 1º da Constituição Federal, a Dignidade da Pessoa Humana está elencada como princípio de ordem fundamental, e, como direito e garantia fundamental está previsto no Art. 5º, a inviolabilidade à liberdade, um valor interpretado em sentido universal. (Brasil, 1988, Art.5º).

A função social do contrato possui condição de cláusula geral e está prevista na Constituição nos incisos XXII e XXIII, do Artigo 5º, respectivamente; “é garantido o

direito da propriedade”; “a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988, Art.5º).

No inciso I do Art.3º “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e no Art.º 170 estabelece que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (BRASIL, 1988, Art.5º).

Inicialmente, pode-se observar que estão previstos na Constituição Federal tanto os direitos sociais como os direitos que asseguram a liberdade e a manutenção da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade está vinculada à dignidade da pessoa humana, mesmo que, entre ambos os direitos existam conflitos, vez que, a dignidade da pessoa humana também pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito da autonomia.

Este princípio possui conteúdo valorativo de natureza absoluta, o que não permite ser utilizado como ferramenta de interpretação das normas jurídicas. Contudo, não é o único princípio de ordem constitucional, não se posiciona como cume de uma ordem axiológica de princípios e direitos constitucionais.

Diante de um caso em concreto, de acordo com o positivismo legalista, na decisão, como uma subsunção estritamente lógica, os elementos sociais e políticos ou estranhos ao texto da norma não poderão ser incluídos na decisão.

Na atividade prática, o intérprete (sistema positivista legalista) partiria de um procedimento de dedução lógica, e a decisão seria reflexo do silogismo, e a interpretação permitiria ao intérprete decidir de acordo e com o fundamento no significado da lei, aquilo que a norma pretendeu e/ou o legislador, em um processo de interpretar o sentido linguístico da lei.

Contrariamente, de acordo com a teoria de Müller, ao intérprete resta permitido, além dos avanços dos direitos fundamentais, uma vez que se constitui em ato concretizador da constituição, integrar ao processo decisório outros elementos que poderão ser incorporados e influir na decisão norma.

O contrato de compra e venda cria direitos e obrigações, estabelece vínculos, em verdadeira conduta legislativa individual, constitui uma norma jurídica, é fruto de uma negociação e não possui força de estatuir uma sanção, “mas uma conduta cuja conduta oposta é pressuposto da sanção imposta pela norma jurídica geral, não é

norma jurídica autônoma”, mas sua força de lei permite a imediata execução. (DINIZ, 2011, p. 32).

Perante a teoria estruturante, o texto normativo não constituiu em norma. Assim, o contrato de compra e venda decorrente de uma conduta legislativa individual e soberana, na configuração Müllleriana, no contexto concretizante, resultaria em texto normativo a ser objeto do programa normativo, sendo este o primeiro ponto.

Não se declara aqui que efetivamente Müller teria refutado o poder normativo do contrato, muito pelo contrário, a medida em que Müller também declara que o interprete deve estar atento ao que prevê o ordenamento jurídico e as especificidades de certas matérias. Contudo, em processo reflexivo lógico, chega-se, preliminarmente, à esta conclusão.

A própria releitura do contrato, decorrente do que foi estabelecido no Art. 421:

[...] nos limites da função social, é ponto de partida para que o interprete possa incorporar elementos sociólogos, e demais que possam influir na decisão, de forma a desprestigiar a autonomia e a liberdade dos indivíduos que ali estabeleceram e regularam obrigações. (ALMEIDA, 2012, p.8)

Müller afirma, durante toda a defesa de sua teoria, que visa coibir abusos, a discricionariedade do intérprete no processo decisório, pois, por vezes, relata que há um campo muito extenso para que o jurista primeiro decida o caso conforme suas convicções e, posteriormente, o justifique pela legislação, algo que, se ocorrer em sua teoria, estará visível, pelo método detalhado de concretização.

O pensamento pós-positivista, do qual Müller é o pai, busca que os princípios atinjam normatividade definitiva, sendo fonte hierárquica superior nos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 256 e 264), tendo o direito como uma vinculação necessária com a moral (ALMEIDA, 2012, p.10). Pela teoria Müllleriana, tem-se a aplicação dos princípios como processo concretizador da própria Constituição.

Almeida alerta quanto aos caminhos que estão sendo trilhados pela doutrina nacional:

Em obras de influência no Brasil, vemos que o nosso divórcio eterno com os positivistas significa “Mais Constituição do que lei; mais juízes que legisladores (judicialização); mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação”. Ou, ainda, que o neoconstitucionalismo seria um “Judicialismo ético-jurídico, exigindo

dos operadores do direito a comunhão de técnicas subsuntivo-jurídica e ética; Estatalismo garantista, fazendo com que a democracia se dê no direito e a partir do direito; (...) o pós-positivismo; a Judicialização. (2012, p. 9)

Sob a roupagem de que se pretende-se descrever de forma autêntica a realidade, o pós-positivismo busca expandir a jurisdição constitucional consubstanciada “em uma forma superior de organização política e defesa de direitos fundamentais, seja, porque a considere meio indispensável para a consecução da justiça social” (ALMEIDA, 2012, p. 14).

Em uma roupagem ideológica normatizante, é o que é possível concluir como no trecho abaixo transcrito:

II-. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.” (2003, p. 65)

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana poderá ser utilizado erroneamente de forma irrestrita, senão vejamos:

[...] A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.64).

Pela leitura acima, a defesa da adoção dos princípios se dá na prática de forma incontrolável, o que pode estar assente na utilização indevida da teoria mülleriana como um “artifício retórico” que autorize a implementação da ideologia e a política que naquele momento se travestiu o intérprete.

A discricionariedade é amplamente criticada por Müller, e, neste contexto, não se pode concluir que exista uma liberdade ilimitada do intérprete conferida por meio de sua teoria, seja qualquer que for o argumento.

Neste sentido, a discricionariedade não está apenas presente nas teorias de cunho positivista, como bem assevera Abel, permanecendo “viva e forte” e sendo já

identificável na doutrina como “[..] fundamentações teóricas que buscam legitimá-la, estas não se apresentam na forma de adesões ao positivismo jurídico, mas sim como manifestações de uma espécie de pragmatismo judiciário”. (ABEL, 2011, p.120).

Abel ressalta, ainda, a necessidade de que as críticas sejam endereçadas à discricionariedade e às posturas filosóficas que inspiram, como o ceticismo e o relativismo” (ABEL, 2011, p.120), concluindo pela necessidade de que é imperiosa a manutenção da democracia no combate à discricionariedade justificando-se:

De nada adianta saltar de um paradigma legalista-positivista para um paradigma dito principlológico e pós-positivista se, por debaixo dos discursos de justificação, o Direito continua submetido à política, aos desmandos de poderes econômicos e/ou servindo como mero sistema de legitimação do status quo, ao arripio do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal nos comanda a construir.” (Abel, 2011, p.120).

Adeodato argumenta que “é preciso defender o texto como um dos limites à concretização, um impedimento ao decidir em qualquer direção, contra as diversas formas de decisionismo.” O que nos leva à conclusão, mais uma vez, que o problema não é a teoria estruturante mas a sua utilização incorreta, vejamos:

O problema da jurisdição constitucional brasileira parecer ser: o judiciário nem vê o texto como o caminho para uma resposta correta, como na Exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto doutrinário e de procedimentos hermenêuticos específicos, que controlem de alguma maneira as variações de resposta. O casuísmo que decorre dos voluntarismos mal fundamentados só pode prejudicar – como vem fazendo – o caminho para um Estado de Direito. (ADEODATO, 2017, p. 22).

A autonomia privada, direito conferido e assegurado ao indivíduo, deverá ser interpretada conjuntamente com os demais princípios, qualquer interpretação que se faça sem se ater ao conteúdo do texto normativo, sob os argumentos ideológicos, poderá não só reformular o contrato contrariando a vontade das partes mas influir negativamente sobre a liberdade de contratar e a própria economia de mercado.

E mais, a “Teoria Estruturante” permite a releitura do princípio da autonomia privada, mas dentro dos parâmetros estabelecidos pelos textos normativos, e assim sendo os direitos coletivos dignos da tutela do estado não podem ser separados da relação contratual individualizada porque ela é parte pungente da estrutura de mercado, real impulsionador das evoluções sociais econômicas. O mercado não pode

se apartar da sociedade, e ele é regulado pelas leis, técnicas, as quais devem ser respeitadas.

A releitura da autonomia, da liberdade de livre pactuar, dentro dos limites já estabelecidos em lei, por meio de princípios e sob o argumento de que seja necessário realizar a plena justiça social, é perigoso e preocupante.

O que se pode concluir (até este momento) é que não parece que tais consequências sejam o que objetivou integralmente Friedrich Müller em sua Teoria Estruturante, a medida em que o programa da norma limita a atividade do intérprete, e a construção da norma prescindem a adoção concretizante em árduo procedimento metodológico. Justamente para que possibilite transparência ao processo de decidir.

4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SEGURANÇA QUANTO AO NEGÓCIO JURÍDICO

Antes de adentrar ao tema e nos aprofundarmos na questão da segurança jurídica das relações contratuais de compra e venda, faz-se necessário fazer uma breve síntese daquilo que efetivamente impulsiona os seres humanos a concretizar o negócio “à vontade”.

Ora, sem a vontade, não haveria motivação e, por certo, não haveria este debate tão importante acerca da segurança jurídica das relações contratuais, mais precisamente, das relações jurídicas de compra e venda.

O contrato expressa exatamente os interesses das partes e vem como forma de instrumentalização assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações, que, mais tarde, passa a ser conhecido pelo *pacta sunt servanda*.

Para Caio Mário da Silva Pereira:

Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não poderia ser, para os juriconsultos canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento”. (2018, p.19).

Os séculos se passaram e, logicamente, que o princípio do *pacta sunt servanda* tomou novos ares, como já mencionado.

A liberdade contratual atingiu seu apogeu a partir do século XIX, sendo contudo de elevada consideração o princípio da nulidade de convenções contrárias à ordem pública e aos bons costumes.

Feitas tais considerações preliminares a respeito da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, culminando no tão conhecido *pacta sunt servanda*, interessante, pois, aplicar todo este conhecimento às relações jurídicas contratuais contemporâneas e entender como e até que ponto a intervenção jurisdicional pode alterar, modificar ou extinguir os interesses bilaterais convencionados nos contratos firmados entre as partes.

A constante ameaça ao desfazimento e modificação daquilo que as partes convencionaram conduziria ao comprometimento dos negócios jurídicos e à uma insegurança dos negócios jurídicos firmados dentro do espírito da livre negociação. (RIZZARDO, 2002, p. 20).

No presente caso, é certo que os contratos ajustados dentro do espírito da autonomia da vontade geram negócios, crescimento e serviços para toda uma sociedade, ou seja, geram um crescimento econômico e social, sendo, exatamente, o espelho daquilo que aqui se menciona: pessoas distintas, com a intenção de negociar, prevendo ganhos vantajosos, decidem estabelecer relações jurídicas.

Logicamente que dentro deste espírito de liberdade de contratar, a sociedade acaba por se deparar com inúmeras situações de conflitos sociais, que, por vezes, necessitarão da intervenção judicial.

Nery e Nery Junior discorrem sobre a história da sociedade e a tensão sobre direito e economia, e como a ciência jurídica busca aprimorar “técnicas que não ponham em risco a paz social e essa a causa de tantos parâmetros dogmáticos adotados no decorrer dos tempos.” (2019, p. 503),

A questão central que os autores buscam direcionar a reflexão de seu leitor é como equalizar os fenômenos econômicos como fator que importa para condicionar os ideais humanos e as formas da comunicabilidade em que atua. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p.504). O Direito seria algo que se subordina à economia, e para “o Direito manter a vitalidade e subsistir, deve acompanhar a evolução da economia, ajustar-se às suas leis e seguir-se por elas” ou não. (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 504)

Em seguida, os autores passam a discorrer um trecho importante sobre Direito e sociedade:

Para a concepção idealista da história, para o idealismo social, o direito é um meio a serviço de fins humanos, que visa a instaurar um certo regime de cooperação e de convivência dos homens. Poder-se-ia, nesse sentido, definir o direito como a linha divisória de valoração, traçada entre a liberdade individual de agir e a subordinação ao interesse coletivo. Tão mais legítima será a instituição jurídica positiva quanto mais buscar um meio justo para o fim justo da convivência social humana.” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p.504)” [...] “O bem estar e a satisfação do homem seria o fim ultimo da organização jurídica.” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 504).

O problema está atrelado à impossível arte de identificar o que seria bem-estar para cada indivíduo, na medida em que o ser humano pensante é diverso, é único em seu íntimo, sendo verdadeira a máxima: “pessoas livres não são iguais, e pessoas iguais não são livres. (...) Pessoas livres terão rendas distintas. Em arranjos nos quais as pessoas têm obrigatoriamente a mesma renda, elas não podem ser livres”. (RED, 2014, n/p).

A tentativa de sedimentar a sociedade em um único horizonte vai contra a realidade da vida em sociedade:

[...] Nossos talentos e nossas capacidades não são idênticos. Nem todos nós trabalhamos com o mesmo afinco, com a mesma dedicação e com a mesma qualidade. Cada um de nós nasceu em famílias distintas, sendo que cada família possui suas vantagens e suas desvantagens, também nascimento em diferentes vizinhanças, somos cercados por diferentes tipos de pessoas, recebemos diferentes tipos de incentivos e temos diferentes graus de oportunidade” (RED, 2014, n/p).

Dito isto, pode-se retornar ao enfoque dado por Nery e Nery Júnior quanto à necessária intersecção entre direito e economia, uma vez que traz a discussão a questão do “progresso e a experiência humana de liberdade no contexto da vida social e jurídica dos povos” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 505). E aqui concluindo que contratos, propriedade civil e responsabilidade civil hoje “desafiam a análise econômica dentro da teoria do direito privado” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 510).

O direito privado, conforme entende Nery e Nery Júnior, deve compreender as necessidades históricas do momento no intuito de permitir a evolução de seus institutos tradicionais, objetivando a evolução da sociedade e necessitando de novas fórmulas que atendam essa nova realidade e, ao mesmo tempo, tenham condições de impulsionar essa evolução. (2019, p. 512).

Finalmente, os autores concluem que é dever do direito privado adequar o sistema a esta realidade do direito, o que o faz perante a interpretação aos textos normativos como criando novos institutos (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 512).

Ao que parece no âmbito do direito contratual, em especial de compra e venda, a nova realidade deveria englobar a autonomia privada, a livre iniciativa, a liberdade econômica, a liberdade de contratar e a liberdade contratual, sendo incorporada a esta nova realidade a função social.

O problema não seria a tutela estatal, no âmbito das relações contratuais, visando à defesa dos interesses coletivos, vez que, nesta leitura deflagra-se com princípios de ordem fundamental no cotejo dos princípios da autonomia, da liberdade, mas a sobreposição do interesse social sobre todos os demais princípios contratuais, em uma leitura que ultrapassaria ao fim que prescinde o princípio.

Lembrando que no subcapítulo esclarecemos que a tutela estatal não poderá demandar que o indivíduo passe a atuar sobre os deveres do próprio Estado, não se pode concluir que a função social visa uma justiça distributiva.

Os contraentes conforme bem esclarece SILVA, possuem desejos antagônicos, vontades conflitantes, as quais em consenso atinge um denominador comum, se em prol da igualdade solidária tivessem que abrir mão de suas vontades, logicamente jamais fariam qualquer negócio. (SILVA *et al*, 2021. p. 126)

Quanto ao mercado, é certo que economia não pode ser separado da sociedade, vez que é integrante desta, como é uma verdade que a “sociedade de mercado se estrutura sobre relações impessoais” (TIMM, 2015, p. 199),

O descumprimento contratual causa insegurança jurídica e este, por sua vez, impacta a economia de mercado,

Para Timm:

A principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultada da transação. (2015, p. 204).

Reconhecer as escolhas dos contratantes, respeitar e compreender a importância que das práticas de mercado, uso e costume possuem quanto ao negócio jurídico, e quando estes indivíduos atuam em boa-fé, em um “razoável padrão de comportamento (uma espécie de *lex mercatoria*)” deveriam ser os principais objetivos

do Juízo diante de um caso em concreto, atuando de forma a interferir o mínimo possível neste contexto (TIMM, 2015, p. 204).

Por certo que a vontade das partes não é mais aquela que se enquadrava na concepção filosófica da teoria clássica, mas sim a uma concepção mais moderna da autonomia da vontade, de tudo aquilo que vem inserido em lei, de onde se origina, inclusive, a fonte criadora do direito subjetivo, decorrente do simples acordo de vontade entre as partes.

Portanto, o *pacta sunt servanda* tomou novos caminhos, mas de forma alguma deixou de existir. Os contratos continuam sendo um pacto de vontade bilateral e, para tanto, deverão ser cumpridos fielmente entre as partes. Compreender tais assertivas é assegurar ao mercado a segurança jurídica, como sob mesmo corolário manter e expandir a vontade privada contratual, à medida em que os indivíduos, frente à realização plena de seus intentos fomentaria a própria economia de mercado.

A revisão contratual deverá ser a exceção a fim de garantir a segurança jurídica das relações contratuais, somente podendo ser admitida, segundo a legislação pátria, mediante a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornam a prestação de uma das partes sumamente onerosa.

O Código Civil, em especial apenas o advento do texto lei de 2002, limita e detalha as condições que poderão levar à necessidade da interferência do juízo. Contudo, no ato da interpretação, esse mesmo operador do direito deverá se ater aos próprios princípios sobrepujante ao direito privado.

Não se trata, pois, de uma simples análise. O crivo judicial deve estar atento a não abrir o leque ao poder jurisdicional para análises subjetivas de um contrato jurídico perfeito realizado entre as partes.

O temor por parte dos contratantes de que seus contratos sejam alterados pela interferência judicial fez com que, pelo próprio mercado, surgissem adaptações, como cláusulas contratuais que estipulam o sentido do que foi pactuado, apresentando qual será o significado de termos, palavras e frases, e como deverão ser interpretados, tudo para que as estipulações negociais sejam minimamente alteradas em um momento futuro e incerto, surgindo a técnica da proteção literal a qual:

[...] as partes ajustam a exclusão convencional da polissemia, seja pactuando previamente o significado a ser atribuído aos termos e expressões empregados, seja inventando novas unidades linguísticas com valência no contrato ajustado. Nesse caso, as próprias partes convencionam a interpretação a ser conferida a palavras, frases e eventos, reduzindo ao máximo a vagueza e possibilitando, em tese uma subsunção, isto é, uma

correspondência entre identidades (a que está prevista *in abstracto* e a que pode ser realizar *in concreto*). (COSTA, 2002, p. 151).

Contudo, mesmo assim, existe a possibilidade de remanescerem perante os contratos zonas de indefinição de significado, que necessitarão ser concretizadas (COSTA, 2002, p. 151) bem como outros fatores que poderão demandar a revisão de um contrato. Exatamente deste ponto que parte-se para analisar os reflexos da aplicação da teoria estruturante de Müller quanto à segurança jurídica, tema deste subcapítulo.

A discricionariedade judicial (atividade judicial perante casos complexos jurídicos ou atividade que se insere na busca de uma solução de um conflito quando há lacunas normativas e/ou atividade de arbítrio pura e simples), aplicação do direito por subsunção revelando a vontade da lei, e/ou ainda a possibilidade do julgador utilizar o texto da lei para fundamentar uma decisão criada a priori, configuram-se em uma das causas que para Müller ocasiona insegurança jurídica.

Müller defende que o que efetivamente ocasiona segurança jurídica é o fato do processo decisório percorrido pelo julgador, na construção da norma, permitir a qualquer outro jurista a possibilidade de percorrer mentalmente pelos procedimentos realizados pelo julgador original, sendo possível verificar racionalmente as razões do intérprete, demandando controle, permitindo uma discussão sobre as premissas de julgamento e efetivando a própria ampla defesa e o contraditório como garantia constitucional. Em defesa de sua teoria assim expõem:

Não se trata, portanto, de um pragmatismo geral, ideológico, mas de um pragmatismo formado pelos conceitos e *modi operandi* teórico-metodológicos e operacionalizado nos detalhes desses mesmos conceitos e modi operandi. Assim o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem (Sprachlandeln), é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito. (MÜLLER, 2013, p.13).

Para Müller é indispensável à segurança jurídica a concretização da constituição (MÜLLER, 2005, p. 9) bem como é de igual importância para o jus-filosofo que o teor do texto normativo seja tratado como critério limitador e controlador da decisão (MÜLLER, 2005, p. 9)

No trecho a seguir transcrito, extraído do livro “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, Müller demonstra seu inconformismo com o Tribunal Constitucional Alemão, uma vez que, em uma determinada decisão, ultrapassou o sentido da lei: “O teor literal da prescrição concretizanda nem sempre é tratado de forma coerente pelo Tribunal Constitucional Federal, mesmo na sua função limitadora.” (MÜLLER, 2005, p. 9).

Neste segundo trecho, resta confirmada a importância dada pelo jusfilósofo quanto aos elementos relacionados e identificados no texto da norma como sendo imperativos do Estado de Direito,

O primado segue dos imperativos – inerentes ao Estado de Direito – da inviolabilidade da constituição, da vinculação à lei e ao direito, da rigidez do direito constitucional no sentido da clareza do seu texto de normas, além disso, dos imperativos da clareza das normas e da determinidade do suporte fático, da clareza dos métodos, da segurança jurídica e da delimitação constitucionalmente normatizada das funções. Esses imperativos pertencem ao direito constitucional não-escrito reconhecido no âmbito de vigência do princípio do Estado de Direito; em parte eles também estão normatizados sob forma de leis especiais em prescrições individuais da Lei Fundamental. (MÜLLER, 2005, p. 95).

Pode-se concluir que, de acordo com o teórico, a Teoria Estruturante de direito confere segurança jurídica uma vez que visa à concretização da Constituição em respeito ao estado democrático de direito. Tal teoria desenvolve regras que possibilitam a descrição completa da estrutura de criação da norma jurídica perante um caso em concreto, de modo a demonstrar com transparência todo o processo decisório. Os métodos que o intérprete percorrerá permitem que outro intérprete identifique os passos tomados o que lhe permite discutibilidade, controlabilidade e revisibilidade.

A solução dos casos ocorrerá em um procedimento estruturado que construirá a norma a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), buscando uma solução concreta e real do caso, inserindo a realidade, o que confere segurança às relações sociais e aos negócios jurídicos, uma vez que o Direito, em constante mutação, leva a lei a engessar o intérprete, impedindo uma análise do problema de forma mais factível com a realidade que ele se inseriu.

Outro ponto que legitima a teoria para quanto a segurança jurídica é que o texto normativo consiste em limite e fim do ato interpretativo, sendo o próprio programa normativo barreira intransponível ao processo interpretativo.

Desta forma, o intérprete, perante um contrato de compra e venda, mesmo possuindo um campo muito extenso de elementos não linguísticos no âmbito da norma, que poderão auxiliá-lo na concretização da norma, deverá guiar-se ao que está estabelecido no texto normativo.

O intérprete estará à frente de uma norma criada pelos sujeitos que visaram estabelecer uma relação jurídica e que expressam a subordinação do vínculo obrigatório à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação. Necessária a existência de fatos de tal ordem ou acontecimentos extraordinários de grande alcance a ponto de determinar uma dificuldade intransponível ao contratante devedor, tornando a obrigação excessivamente onerosa e redundando para o credor um proveito muito alto. (RIZZARDO, 2002, p.139).

A cautela deverá prevalecer, principalmente pelo poder judicial, que, se utilizado de forma indistinta, poderá causar um colapso das relações jurídicas contratuais.

A desconstrução injustificada de contratos jurídicos perfeitos, por vezes, pode ser mais prejudicial do que a sua manutenção, principalmente no que diz respeito à ordem social.

Timm sintetiza que:

[...] o direito contratual dentro do modelo econômico de contrato confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário (e o direito público como um todo) providenciará a distribuição de riquezas. (TIMM, 2015, p. 214).

Portanto, diante de toda a narrativa aqui exposta, conclui-se que a revisão de uma relação contratual perfeita deve ser realizada com absoluta cautela pelo Poder Judiciário, já que a segurança das relações contratuais visam, acima de tudo, proteger as expectativas dos cidadãos, buscando-se sempre alternativas para que os atos e os processos sobre seu poder sejam tomados através de decisões específicas, consistentes, possibilitando a segurança e a boa-fé que devem reger as relações contratuais.

5 CONCLUSÃO

As intervenções perante o contrato de compra e venda é matéria de grande importância à medida em que repercutem diretamente na economia e na segurança jurídica e têm sido fonte de inesgotável questionamento com inúmeros trabalhos publicados que veem contribuindo para uma melhor adaptação da lei civilista às mudanças relacionadas ao implemento constitucional.

Todavia, ainda é pouco discutido o que imprescinde a existência do contrato de compra e venda: a vontade, que se configura em fonte propulsora de toda engenharia social.

Neste intento percorreu-se a teoria de filósofos que melhor demonstraram a essência, força e razão da vontade que dá sentido às relações sociais. Kant apresenta uma vontade boa, humana porque racional, em uma visão de mundo otimista, o que é questionado por Schopenhauer, filósofo que, apesar de discípulo de Kant, neste sentido o contrapõem em suas reflexões quanto a essência da vontade demonstra a realidade entendida enquanto uma vontade irracional e cega, fruto de paixões e desejos, e, portanto, pessimista.

O contrato surge da vontade, elemento essencial para a constituição dos atos e negócios jurídicos. Tolher, impedir, menosprezar que essa vontade se exteriorize é limitar a liberdade, é calar o desejo.

As regras que regulamentam esse exercício contratual decorrem de séculos de evolução, que, pelo costume e práticas mercadológicas, evoluíram aprimorando-o. A lei civilista brasileira estabelece as regras pelas quais os sujeitos poderão exercer suas vontades, exteriorizando-as. São limites que asseguram a legitimidade do contrato, validam e efetivam como verdadeiro negócio jurídico obrigacional.

O brocardo “tudo que não está proibido está permitido” é, em parte, verdadeiro. Todavia o ser humano, um indivíduo único, consciente (e se é ou não naturalmente egoísta, deixa-se essa reflexão para a filosofia), é que poderá agir de forma a sempre melhor se beneficiar, e, neste intento, suas ações podem ser questionadas, resultando em revisões, complementos e/ou anulação contratual, a depender da intenção, se dotados de má-fé, vícios, simulações e etc.

A boa-fé, a simulação, a fraude e outros elementos que, facilmente, podem anular ou concluir para eventual revisão de cláusulas contratuais, foram completamente revistos com a promulgação do Código Civil de 2002, e a lei civil

estabelece todos os critérios mínimos a serem seguidos no ato obrigacional de contratar, e mais, é efetivo limite da própria autonomia da vontade e liberdade de contratar.

Assim sendo, a lei permite a intervenção do intérprete perante os contratos os quais devem ser revistos, o que é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, há uma eterna dicotomia entre direitos sociais e a liberdade e a vontade do homem como ser dotado de consciência, sendo que, a todo o momento, há sua defesa como requisito norteador e propulsor da criação contratual.

A autonomia e a vontade foram colocadas em segundo plano sob o argumento que a sociedade, como um todo, deve ser tida como prioridade. Mas esta forma de pensar não é contraditória quando se analisa que a sociedade é justamente formada pela somatória das ações de seus sujeitos?

Enfim, se hoje é possível firmar contratos, realizar transações, é porque houve uma evolução do sistema de troca, uma vez que o escambo limitava o progresso, na medida em que nem todo sujeito que possuía um determinado bem desejava trocá-lo por outro, o que impedia que se adquirisse o que era necessário.

É evidente que, após o advento da moeda, possibilitou-se um infundável crescimento do mercado, eclodindo, hoje, um sistema tão bem sistematizado e regulado que atualmente se discute a releitura proposta por princípios socializantes quanto à autonomia da vontade.

Pode-se dizer que o pós-positivismo, por meio da filosofia, foi quem impulsionou a inclusão, na Constituição de 1988, de norma valores, e, em consequência, os direitos fundamentais e princípios foram positivados sob o intento de afastar decisões judiciais injustas.

Após a positivação dos princípios socializantes, um movimento crescente tomou o cenário nacional eclodindo pela irradiação destes perante as leis infraconstitucionais, como no Direito Civil.

A autonomia privada passa a ser limitada pelas diretrizes que defendem os interesses coletivos, como boa-fé, equidade, função social e outros, e cláusulas gerais de conteúdo aberto possibilitam um campo, também aberto, ao processo interpretativo do Juiz.

Assim, a autonomia privada perante o contrato de compra e venda sofre uma ressignificação que decorreu de sua limitação frente aos princípios socializantes inseridos no Código Civil.

Também foi possível compreender no decorrer deste estudo que o pós-positivismo é uma matriz filosófica em que se fundam as ideias neoconstitucionais, e, no paradigma pós-positivista, a atividade interpretativa do juiz deixa de perquirir qual a vontade da lei ou do legislador, elevando a norma como desfecho de um procedimento interpretativo.

A “Teoria Estruturante”, de Friedrich Müller, parte da concepção metodológica que a norma será construída pelo intérprete, em um processo concretizador do direito, que transitará entre texto da norma aos fatos, até que seja definida a norma da decisão, como efetiva solução aos conflitos. Apresenta-se como teoria que defende ser possível atuar de forma a contribuir com a realização de decisões em graus aceitáveis de racionalidade. Neste desiderato, defende uma operacionalização de forma transparente para possibilitar o controle e a discutibilidade da decisão em conformidade com o Estado Democrático de Direito, permitindo a discutibilidade, controlabilidade e a revisão da decisão.

A Metodica Estruturante será concebida mediante o próprio ordenamento jurídico e, assim sendo, os textos normativos serão indicativos do caminho a percorrer, o campo pelo qual o operador deverá transitar, portanto, funcionará de guia e de parâmetro.

Faz-se necessário esclarecer que o conteúdo do texto da lei não possui significado “em si” uma vez que seu significado será construído dentro de todos os demais textos em funcionamento no ordenamento pátrio, em uma inter-relação. Ou seja, o reconhecimento de sentido ocorrerá mediante a concretização da norma.

A “Teoria Estruturante” é concretizada por meio do programa normativo e do âmbito normativo. O primeiro compreende que os dados linguísticos e os elementos formais e materiais é que respaldam a decisão, conferindo sentido, liberdade e razão. Já o âmbito normativo é composto pelos elementos presentes ao caso, englobando o conjunto de fatos que se apresentam ao caso e todo e qualquer elemento subtraído da realidade como pertinente à resolução do conflito.

A concretização, que envolve vários elementos, já bem especificados no subcapítulo “3.2.2 Método de Concretização da Norma Jurídica” visa formular a norma e estruturá-la em detalhado procedimento que demanda a reserva de um tempo maior pelo intérprete para sua execução, o que pode levar à conclusão de que, na prática diária jurisdicional, o intérprete não cumpra com exatidão e rigor necessários o processo de criação da norma.

Após ter sido concluída a análise sobre a teoria de Müller, depreende-se que o autor defende uma fundamentação da decisão que vai além de simplesmente convencer quem a lê, mas permite o controle da atuação do jurista, o que só é possível após percorrer o caminho de concretização da norma.

Nesse sentido, mesmo que a teoria adote a aplicação dos princípios, sejam os socializantes já previstos no código civil, como os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais, há de se ressaltar que o texto normativo integra o programa normativo, e portanto, servirá de guia para conjuntamente com os demais textos legislativos, direcionar a construção da norma em respeito à especificidade conferida ao direito civil.

Além disso, por meio do âmbito normativo, os elementos não linguísticos que podem ser adicionados ao processo interpretativo possibilitam conferir maior ou menor autonomia, a depender do próprio impacto que a atuação intervencionista poderá causar a economia e a sociedade, o que deve ser objeto de profunda análise durante a concretização normativa por parte do intérprete.

Até o presente momento, foi possível concluir que a teoria Mülleriana não defende a adoção dos princípios de forma incontrolável, sem manter a relação e a especificidade prevista perante o texto normativo quanto à matéria contratual, mesmo porque Friedrich Müller defende a concretização da Constituição como um todo.

O próprio programa normativo limita a atividade do intérprete porque a construção da norma demanda a adoção dos procedimentos concretizantes, em árduo procedimento metodológico, possibilitando controle e transparência ao julgamento, legitimando a decisão que consistirá na norma a segurança a sociedade como um todo.

Portanto é possível concluir que a autonomia privada perante os contratos de compra e venda poderá sofrer uma resignificação por meio da “Teoria Estruturante” de Friederich Müller, possibilitando a manutenção deste valoroso princípio em um processo interpretativo conjuntamente com os demais princípios contratuais e constitucionais, como demais textos normativos e a realidade interdisciplinar, adequando o contrato de compra e venda a esta nova realidade do direito que objetiva a evolução da sociedade, respeitando sua técnica e especificidade, conferindo a sociedade segurança jurídica e boa-fé, que devem reger as relações contratuais em respeito ao estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista dos Tribunais Online**. Vol. 245/2015, p. 351-371. Thomson Reuters. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Interpretacao-e-Aplicacao-dos-Provimentos-Vinculantes-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-a-Partir-do-Paradigma-do-Pos-Positivismo.pdf>>. Acesso em: 12 de jul. 2021.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao Direito**. Teoria, filosofia e sociologia do direito. 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, jul. 2015, p.363.

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional e os problemas dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.20 n. 40, p. 118-142, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2017v20n40p118-142>; Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/17980>>. Acesso em: 15 de ago. 2021.

AGUIAR, Tatiana. A superposição de discursos vencedores: análise pragmática das transformações jurisprudenciais em matéria tributária sob uma visão retórica realista. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, tese de Doutorado, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Revisão técnica Cláudia Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALMEIDA, Victor Duarte. **O contrato e a Constituição**: autonomia privada e direitos fundamentais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AMARAL NETO, Francisco dos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Senado Federal/Biblioteca Digital**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 04 de nov. 2021

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi; SERAFIM, Antônio de Pádua; ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Noções gerais de direito e formação humanística**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ABEL, Henrique. **A discricionariedade judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito**: Positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “Pós-positivismo”. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, dissertação de Mestrado, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado** – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais. Vol.750/1988/p.113 – 120 / Abril de 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad.: e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad.: Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad.: Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA, Jackson de Sousa. A aplicação do termo “Persona” ao ser humano segundo Santo Agostinho. In **Revista pensamento extemporâneo**. 2010. Disponível em <<https://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=1016>>. Acesso em 07 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 21 de out. 2020.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para assunto jurídicos. Planalto Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-20-10-1823.htm#:~:text=LEI%20DE%2020%20DE%20OUTUBRO,leis%20promulgadas%20pelo%20Senhor%20D.&text=Pedro%20I%20por%20Gra%C3%A7a%20de,os%20nossos%20Fieis%20Subditos%20Saude>. Acesso em 21 de out. 2020.

CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 4ª. Reimpressão. São Paulo: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad.: Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANELA, Osvaldo Junior. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. Tese de doutorado PUC. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2021

CANFÃO, Olívio Albino. Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico. 2013. **Revista Direito UNIFACS**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2715>>. Acesso em 29 de nov. 2021.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Martires Coelho. Porque voltar a Kelsen, o jurista do século XX? **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n.2, 2015 p.15-43.

COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da codificação civil. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal de Minas Gerais. n. 44. 2004. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1495>>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

COSTA, Judith Martins. Método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Ettore. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Teoria da validade e da interpretação do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIP, Ricardo. **Segurança jurídica & crise do mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad.: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jus filosófico constitucional. Brasília. a.48 n.189; Jan/mar. 2011. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. nº.189, Disponível em: <<https://www6g.senado.leg.br/busca/?q=artigos+do+positivismo+ao+p%C3%B3s-positivismo&colecão=Revista%20de%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20Legislativa>>. Acesso em: 19 de jan. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 6ª ed. rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos. **Revista de Direito Comparado**. Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte Volume 3, páginas 227-243, maio de 1999.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

GOMES, ORLANDO. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad.: Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HEKENHOLFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código civil de 1916: Tão liberal quanto era lhe permitido ser. In **Revista Brasileira de História do Direito**. v.3. n.1. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

LEITE, Gisele. Conceito de Pessoa: na trajetória filosofia e jurídica. **Jornal Jornal**. Publicações Eletrônicas. 25 de fev. de 2016. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/conceito-de-pessoa-na-trajetoria-filosofia-e-juridica#:~:text=O%20conceito%20de%20pessoa%20em,sendo%2C%20portanto%2C%20fundamentalmente%20iguais>>. Acesso em: 14 de out. 2021.
LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, nº 51, p.9-30, dez. 2005.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29ª ed. rev. e atual. - São Paulo: RT, 2011.

MORI, Geraldo Luiz de. (S.J.) A trajetória do conceito de pessoa no ocidente. In: **Theologica Xaveriana** – vol. 64 No. 177 (59-98). Enero-junio 2014. Bogotá, Colômbia. ISSN 0120-3649. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/thxa/v64n177/v64n177a03.pdf>>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Trad.: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Moderna e interpretação dos direitos fundamentais**. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. (Traducción del alemán al portugués de Peter Naumann. Revisión de Leonardo Martins). Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PyN09t9sYBwJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761502.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson, **Rosa Maria de Andrade**. Novo código civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery. **Instituições de Direito Civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery. **Introdução à ciência do Direito Privado.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos.** Vol. 3, 24.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos contratos.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI.** Trad. e org. Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil.** 16 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2021

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** Ajustada ao novo código civil. 27^a ed. São Paulo: Saraiva 2009.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e análise econômica do contrato.** São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

REZENDE, Antônio Martinez de; BIANCHET, Sandra Braga. **Dicionário do latim essencial.** 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A doutrina do terceiro cúmplice: Autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, vol. 821/2004, p. 80-98, mar/2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum.** Revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v.5 – n.2 – p. 13-52 – jul/dez.2010.

ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Estado, direito e Religião na eupora medieval. In: **Revista de História do Direito.** v2. n. 1. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/730>>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução Heraldo Barbuy. Livro IV, versão eletrônica. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/01/O-Mundo-como-vontade-de-representa%C3%A7%C3%A3o-Vol.-IV.pdf>>. Acesso em: 08 de set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A pureza do direito Kelseniana. **Estado da arte**: Revista de cultura, artes e ideias. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>>. Acesso em: 05 de jul. 2021

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Vol 14, n. 2, 2º quadrimestre de 2009, p. 3-26.

SILVA, Giselly, P. et al. **A função social do contrato**. Atualizado de acordo com a lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e o Regime Jurídico Emergencial de Direito Privado (Lei 14.010/2020). São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. In: **Revista da EMERJ**. v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em 07 de jan. 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, ALMEIDA, Vitor. **O direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

THEODORO, Humberto Júnior. **O contrato e sua função social**. A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e jurisprudência contemporânea. 4.ed. Rio de Janeiro: forense, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**: Críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

USTÁRROZ, Daniel. **Contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2015.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v.89. p. 11-67. jan./dez. 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Obrigações e responsabilidade Civil. Vol.2. 2020. São Paulo: Atlas. 20. ed. São Paulo.

VERONESE, Osmar; LYRA, José Francisco Dias da; PREIS, Marco Antonio. Deveres Humanos Fundamentais: um olhar sobre a face oculta da era dos direitos. In **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 21, n. 1, p. 19-38, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17594>>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

ZIMMERMANN; Rafael. Apontamentos sobre a História do Direito no Brasil. In **Revista Direito em Debate**, v. 23, n. 41, p. 72-95, 9 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2969>>. Acesso em: 08 de jan. 2021.