

INTRODUÇÃO

O direito positivado visava, meramente por meio de seus códigos, promover uma melhor relação entre os indivíduos, bem como regular essas relações, ao impor padrões, normas, resguardar direitos e necessidades. No entanto, percebe-se que tal regulamentação era essencialmente patrimonialista, evitando-se o viés social. O que pode ser explicado pelos períodos vivenciados.

Com o passar do tempo, na era pós moderna do direito, o direito público e o direito privado passaram a se tocar, e se entrelaçar, sobrepujando-se à ideia maniqueísta das dimensões do contrato, e fazendo brotar uma ideia social de direito, além de dar maior ênfase aos direitos fundamentais, e sobretudo aos direitos humanos.

Isso se deu em razão da constitucionalização do Direito Civil, que é uma interpretação do direito civil, porém sob a ótica dos preceitos constitucionais, sem que deixe de ser tido como ramo de direito privado. Exatamente por essa razão, passou a subsistir essa transposição de fronteiras entre os dois ramos do direito.

Mas de que forma os direitos fundamentais e humanos, ou ainda, a ótica constitucional, ou internacional, poderia inferir em direito civil pátrio? Ou nos direitos dos contratos?

Diz Teresa Negreiros que a caracterização do bem contratado, como fator determinante da disciplina contratual, influenciando como deverão ser sinergicamente interligados os novos princípios intervencionistas do contrato e os princípios clássicos relacionados à proteção de liberdade contratual tomando-se por base o paradigma da essencialidade por ela criado, rege uma visão diferente dos princípios do contrato sob um viés essencialmente “patrimonialista e socialmente neutro”, de forma a promover um melhor tratamento dos problemas sociais e contratuais, tutelando-se a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, a essência do direito civil e dos direitos dos contratos permanece, porém com um lado mais humanístico.

Importa dizer que o paradigma da essencialidade, somado aos direitos fundamentais, tem o fito de elaborar padrões a ser encaixada a relação contratual entre os indivíduos, fins de que se possa se proceder com uma análise minuciosa, de forma a garantir a incidência do que é plenamente essencial.

Portanto, usufruindo no método dedutivo, analisando-se a doutrina, jurisprudência e legislação, presente trabalho terá o fito de discorrer a teoria do paradigma da essencialidade de Teresa Negreiros, traçando um paralelo do direito privado com o direito público, buscando seu ponto de intersecção, mais precisamente com direitos

fundamentais e com a teoria crítica dos direitos humanos.

1 UMA ANÁLISE DA OBRA DE TERESA NEGREIROS SOBRE AS NECESSIDADES HUMANAS E O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

Quando falamos de relações contratuais, patente pincelar a respeito das condições contemporâneas de conceituação de contrato.

Nos dias atuais, decaiu o conceito de contrato como força obrigatória, regida pela máxima principiológica do “*pacta sunt servanda*”, retirando-se toda absolutização deste, tendo em vista que a cada dia que passa, as interpretações se voltam para um direito cada vez mais maleável.

Deve ser esclarecido que o mencionado conceito não foi estirpado por completo, apenas passou por uma metamorfose interpretativa na jurisprudência atual, a qual denotadamente tem prezado pela função social dos contratos, propriamente dito.

Nesta toada, sobre a função social, Marques, Bessa e Benjamin (2009, p. 38) lecionam:

Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou status, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual. Essa função só pode ser perseguida com uma nova visão e interpretação do direito privado, especialmente valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade, a liberdade com fraternidade (os ideais da modernidade), consciente do desafio do direito contemporâneo de não excluir as pessoas dos mercados, mas, ao contrário, incluindo-as com igualdade e fraternidade e protegendo-as, com liberdade, nestes contextos sociais atuais.

Estivado no Código Civil pátrio em seu artigo 421¹, e artigo 2.035², parágrafo único, o princípio da função social do contrato designa que estes possuam autonomia de realizar determinadas atribuições, sejam elas de cunho econômico, de consumo, etc, de forma a realizar essencialmente uma função social, e sua preservação, conforme dispõe o Enunciado 22 do CJF³.

Portanto, temos que hoje os contratos são formas de se consolidar negócios jurídicos, sufragados na sua função social, na boa fé objetiva, e na autonomia da vontade das partes, regulando aquilo que se pretende (GAGLIANO, 2017, p.385)

Como pode-se ver, essa visão contemporânea dos contratos se faz enlaçada com os princípios regentes da esfera contratual atual, bem como se lastreia em um viés

¹Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

² Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³ Enunciado 22 CFJ - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

essencialmente constitucionalista na esfera de direitos fundamentais.

E não somente isso. Sob uma análise superficial, o atual diploma legal, qual seja o Código Civil de 2002, assegura uma interpretação dos contratos lógica, principiológica, constitucionalista, humanística, lastreados em todas as normas positivadas na seara jurídica brasileira, bem como no direito consuetudinário.

Quanto ao objeto do contrato (bem), a análise minuciosas das suas características, bem como a sua essencialidade, é extremamente importante, fins de se analisar os fatores inerentes à liberdade contratual.

De outra sorte, o Código de Defesa do Consumidor determina que a vulnerabilidade dos destinatários finais independe do objeto do contrato. Observa-se que o Código Civil fixa categorias para estes bens, sob a luz dos preceitos constitucionais de forma essencialmente compatibilizada com o bem e as necessidades do destinatário final. Necessidades essas tidas como fundamentais, e que eram irrelevantes no que tange a teoria contratual e classificação de bens, mas que na interpretação contemporânea devem ser levadas em consideração, uma vez que subsiste a premência de trazer ao contrato, os aspectos sociais.

A união Economia-Direito se consagrou com a constitucionalização da ordem econômica, e designou que o Estado garantisse a liberdade econômica, ao passo que intervisse para que fosse assegurado a todos os direitos preceituados no art. 170, caput, da Constituição de República, colocando o Direito como norteador de políticas econômicas. Surge, então, o Direito Econômico.

Destarte, a colocação da “utilidade” do bem ao indivíduo como paradigma para a classificação desse é uma ramificação que possibilita a convergência de princípios, tanto do ordenamento jurídico, quanto econômico. Isso porque, na teoria da economia, o “bem econômico” já traz a ideia de utilidade/necessidade. E a necessidade em contrapartida à escassez de bens lastreia a ciência econômica, na medida que são criadas normas jurídicas e fins de se regulamentar esses conflitos.

Ressalta, ainda, que Teresa Negreiros sustenta não subsistir, até então, uma regulação do termo quanto aos contratos. Em razão disso, é de suma importância a análise sintética da minuta contratual, tendo em vista que o acolhimento dos paradigmas, criados por ela, que objetivam trazer segurança jurídica nas decisões emanadas pelo judiciário.

Deve ser salientado que a específica classificação dos bens, tanto pela natureza ou pela essência, não é sempre levada em consideração na interpretação sintática do caso concreto, o que acaba por equiparar esses bens ao contrato e ao particular, independentemente da necessidade, valor, etc, que esse bem tem para o

contratante/contratado. Esclarece ainda, que pela obra de Negreiros, essa irrelevância da classificação (necessidade/utilidade) dos bens, não tem espaço para o paradigma da essencialidade.

Analisando-se pelo aspecto trazido por Negreiros do paradigma da essencialidade é cristalina a necessidade de correlacionar a classificação dos bens em ligações inérgicas com a classificação dos contratos. Esclarecendo que a classificação dos bens, no que tange sua essencialidade, deve ser feita de acordo com as necessidades do polo.

Em relação à classificação dos bens, se for inserido como critério o índice de utilidade, é possível empregar a teoria econômica que procede essa classificação com lastro na utilidade/necessidade, até mesmo a destinação do bem, com o objetivo essencial de se mensurar a relevância deste bem para a pessoa que irá se utilizar dele.

Diz-se que a utilização do parâmetro da essencialidade está lastreada no direito tributário, e previsto especificamente na Constituição Federal e no CTN, que acarretam a implantação de alíquotas que se rivalizam com o viés imprescindível que aquele bem carrega ao particular. Resta patente que a essencialidade do bem na seara tributária está diretamente ligada à capacidade contributiva, sendo assim a um padrão mínimo de vida que corresponde à dignidade de pessoa.

Pode-se concluir, ainda, que quando se fala de dignidade de pessoa humana, fala-se do mínimo existencial do indivíduo, e que a necessidade e utilidade do bem estão relacionados à sua imprescindibilidade na vida privada deste indivíduo, incluindo-se alimentação, vestuário, habitação, e até mesmo a cerveja e o cigarro, pois diz a autora que “embora a cerveja não seja um produto essencial sob o enfoque das necessidades físico-biológicas do indivíduo, ela o é sob o enfoque das necessidades sócio culturais vigentes” (NEGREIROS, 2006, p. 411).

Assim, a utilidade do bem é critério mutável e subjetivo, não somente pelo que trata suas qualidades específicas, mas pela destinação atribuída a ele (NEGREIROS, 2006, p. 412-413).

Diz Teresa Negreiros (2006, p.420)

A Constituição hierarquiza as necessidades e, em razão dessa hierarquia, qualifica a responsabilidade do Estado e da sociedade pela satisfação das carências humanas. A essencialidade de certos produtos é tratada no Texto Constitucional como parâmetro de tributação. Supondo a unidade do sistema jurídico, a filosofia global do ordenamento e, portanto, supondo que esta diretriz constitucional deva refletir-se no âmbito contratual, propõe-se neste trabalho reconhecer que também no direito civil é aplicável uma classificação dos bens que os distinga, conforme sua destinação em relação à pessoa que deles se utiliza em bens essenciais, úteis e supérfluos.

Em outras palavras, almeja a autora que a classificação dos bens seja

efetivada num viés lastreado na conjunção de direito civil e constitucional, e fundada na cláusula pétrea da dignidade da pessoa humana, e ainda sendo analisada a destinação do bem em questão e a função por eles desempenhada para o indivíduo.

Importa dizer que o Código Civil prevê a classificação dos bens utilizando-se das seguintes proposições: a) considerados em si mesmos; b) reciprocamente considerados; c) conforme a natureza do titular do domínio; e d) conforme sua negociabilidade (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 569-581). Teresa Negreiros em sua obra (2006, p. 429) assevera que a destinação é elemento que deve ser levado em conta como objetivo de determinar o regime jurídico a ser aplicado a espécie de bem referida.

Em sua obra, Teresa Negreiros é incisiva em mencionar que a classificação dos bens em úteis, necessários ou voluptuários dependem exclusivamente da destinação desse bem, observando-se por um viés existencial, deixando-se de lado o critério patrimonial de avaliação.

A exemplo disso, consideremos a função social da piscina em uma casa, que *a priori* vemos como voluptuária se tomarmos a casa como perspectiva, mas pode ser tomada como útil, ou até mesmo necessária, se voltada à prática de exercícios de um deficiente físico que nesta casa reside. (NEGREIROS, 2006, p. 434).

No que tange aos bens de família, estes são classificados essencialmente pelo existencial. Assim, há cada vez mais a necessidade de se considerar a finalidade social e o "entendimento das necessidades reais de cada pessoa, em cada tempo e lugar" (NEGREIROS, 2006, p. 458).

No que tange ao paradigma da essencialidade, ponto chave deste trabalho, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, consolida-se a diferenciação dos contratos tendo como ponto de partida a classificação do bem: útil, supérfluo ou essencial. De outra sorte, são relevantes para essa classificação os interesses patrimoniais ou existenciais.

A autora ainda questiona a respeito da possibilidade de escalonar as ditas necessidades humanas, ou ainda determinar parâmetros de diferenciação entre a classificação de supérfluo, o útil e o essencial, os quais são imprescindíveis de serem considerados para uma melhor análise em concreto as relações contratuais. Deve ser esclarecido que tais critérios podem ser encontrados positivados na legislação, no entanto, não se leva em consideração o aspecto de necessidade, ou seja, o caso concreto, dependendo exclusivamente da interpretação e discricionariedade do magistrado.

Quando se considera a inserção do paradigma da essencialidade, no âmbito da teoria dos contratos, como resultado de alterações do direito dos contratos bem

como a sobreposição de valores existenciais sobre os valores patrimoniais, é proposto que os contratos que subsidiem objetos que tenham a aquisição de bens, ou sua utilização, tidos como essenciais, estejam submetidos a uma "disciplina legal de índole tutelar" diversa das aplicadas às demais espécies de contrato (NEGREIROS, 2006, p.484).

Afinal, o fito da aplicação do paradigma da essencialidade, nesse caso, é dar-lhe fundamento e "demonstrar sua coerência constitucional, e sua importância na difícil tarefa de harmonizar princípios contratuais, os novos e clássicos" (NEGREIROS, 2006, p. 485), o que pode resultar na colocação do direito contratual num patamar elevado, e ofertar ao direito civil um meio de ser objeto de transformação social.

Apesar disso, deve ser esclarecido que o paradigma da essencialidade por si só não tem a capacidade de solucionar as desigualdades sociais, e menos ainda de proporcionar o mínimo existencial a quem nada tem. Isso se deve ao fato de que o paradigma da essencialidade tem o objetivo legitimar os problemas e soluções da teoria contratual; bem como consagra-se um fundamento decisório para a jurisprudência atual, que considera a essencialidade de determinados bens ponto-chave que influenciara o regime contratual.

Por derradeiro, imprescindível chegar à conclusão de que o paradigma da essencialidade transforma-se em um método de compreensão da seara contratual sob a ótica do critério de classificação, lastreado na necessidade existencial do objeto ao indivíduo.

2 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Tem-se que o paradigma da essencialidade foi desenvolvido de forma a abalizar a autonomia privada dentro dos pressupostos impostos pela seara jurídica, principalmente em se tratando da consideração dos direitos fundamentais, como a necessidade e a dignidade da pessoa humana, sob o enfoque da essencial do bem naquele contrato. Isso se dá pela busca da eficácia desses direitos fundamentais quando se consagra a necessidade de se exigir do Estado a satisfação desses direitos (SARLET, 2010, p.25).

Ceifar direitos fundamentais não é uma conduta que somente o Estado pratica. Essa violação pode decorrer da própria autonomia privada, a qual insere obstáculos e cria fronteiras quanto às relações sociais e a concentração de poder (SILVA, 2005, p.52)

Desta feita, resta claro que os direitos fundamentais têm o condão de regular a relação contratual quando cria novos direitos dentro desse contrato, mas não objeto específico deste contato, e sim de forma subjetiva; e ainda regulam, mesmo sendo direito público, a interpretação possível e lógica dentro da autonomia privada. (SARMENTO, 2010, p. 256).

Assim posto, o paradigma da essencialidade encontra-se intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais nas relações contratuais, uma vez que determina alguns parâmetros que devem ser seguidos para que a dignidade da pessoa humana, necessidades, ou os ditos direitos fundamentais de um modo geral, não sejam ceifados. Sendo imprescindível a demonstração da necessidade do bem objeto do contrato, caso em que deve ser analisado minuciosamente (FERREIRA; COSTA, 2018, p. 227-254).

Em outras palavras,

[...] o paradigma da essencialidade é, nessa ótica, um elemento fortalecedor da carga argumentativa dos direitos fundamentais da parte necessitada, que carregam sobre si uma espécie de procedência *prima facie* em relação à autonomia privada – carga esta diretamente proporcional ao nível de necessidade, utilidade ou superfluidade da relação contratual. (MOTTA, 2013, p. 254).

Mas deve ser trazido à baila que a introdução do direito público, ou seja, dos direitos fundamentais no direito privado, ou no caso da discussão do presente trabalho, no direito contratualista, não é uma tarefa simples, uma vez que os direitos fundamentais não são cerceados o tempo todo. (SILVA, 2005, p. 85).

Apesar de a jurisprudência estar voltada, hoje em dia, ao direito pós-moderno, assim como a doutrina, dando maior importância aos princípios contemporâneos que regem o contrato, qual sejam a função social já mencionada, e a boa fé-objetiva, as interpéries contratuais não estão sempre relacionadas à violação de direitos fundamentais constitucionais.

Deve ser ressaltado, ainda, que é característica fiel dos direitos fundamentais a abstração, no que tange a sua definição e extensão.

Em outras palavras, os direitos fundamentais podem ser ponto de partida como criação de novos direitos relacionados ao caso concreto, podendo estar positivados ou não na Constituição Federal, incidindo-se sobre uma grande diversidade de situações (BARROSO, 2003, p. 338). Ou seja, criam-se direitos o tempo todo, de modo a moldar o contrato a ser realizado às necessidades humanas, com o objetivo certo de sempre atingir a finalidade contratual sem que para isso sejam tolhidas outras liberdades.

Tendo isso em vista, estudos aprofundados vem sendo realizados na teoria do direito, bem como nos entendimentos jurisprudenciais, fins de se alcançar o melhor resultado na aplicação dos direitos fundamentais no direito privado, buscando sua otimização, de modo que ambos andem em consonância e equilíbrio.

No entanto, como dito preteritamente, não há nenhum direito que seja absoluto, nem o da autonomia privada, o que permite apontar que tanto o direito contratual, quanto os direitos fundamentais e humanos podem ser mitigados.

Todavia, torna-se plenamente possível que a autonomia privada possa estar em paralelo com os preceitos constitucionais fundamentais, tendo em vista que tal instituto também é protegido pela seara constitucional. Porém, deve ser levado em consideração a discricionariedade do julgador no momento da aplicação do princípio, conforme ensina Alexy (2011, p. 540).

Importa trazer à baila que Alexy (1993, p.86-87) observa os princípios como mandamentos de otimização. Isso significa que a aplicação e consolidação desses princípios em um caso concreto depende exclusivamente de possibilidade jurídica e da possibilidade real. Ou seja, possibilidade jurídica em comparação com outras espécies normativas; e possibilidade real que seria sua análise no caso concreto.

Quando temos um conflito de normas, qual sejam regras e princípios, temos que a solução para essas colisões são diferentes para regras e princípios.

Para conflito de regras avalia-se a sua validade jurídica. Em uma norma como sendo exceção da outra conflitante, enquanto no conflito de princípios, deve considerar a ponderação, ou seja, a forma em que será aplicado no caso em concreto, considerando-se o “peso” do princípio. A exemplo, podemos citar a divergência de viés qualitativo a qual defende Alexy (1993, p. 87-98).

Diz Gilmar Mendes (2012, p. 275)

Para atingir uma tal concordância, não se pode desprezar o fato de que a liberdade também corresponde à possibilidade de se vincular, o que importa aceitar limitação do âmbito protetor dos direitos fundamentais. Por outro lado, a possibilidade dessa limitação pressupõe efetiva liberdade contratual. Na medida em que as partes se revelem desiguais de fato, o exame da legitimidade da restrição consensual dos direitos fundamentais haverá de ser objeto de análise mais rigorosa.

Nessa linha, a aplicação de uma linha de proporcionalidade e ponderação é de rigor com o propósito de se evitar conflitos de normas, interesses, princípios, e resguardar os direitos presentes, sejam dos direitos fundamentais, seja a tutela do bem objeto de contrato, e princípios do direito civil, e a preservação da relação jurídica. (SILVA, 2005, p. 161).

Assim, considerando-se a ponderação e proporcionalidade a serem utilizadas, nada mais certo e considerável que se aplique o paradigma da essencialidade desenvolvido por Teresa Negreiros, com sendo a luz da relação jurídica em questão, colocando-se os devidos valores a cada um dos direitos asseguradores, fundamentais ou não, dentro das necessidades humanas e considerando-se a classificação dos bens. (MARTINS, 2007, p. 68).

3 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NO DIREITO PUBLICO PELA

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS.

Diversos são os conceitos subsistentes em Direitos Humanos, e a cada dia novas definições são criadas e sustentadas como verdades absolutas. Em razão disso, muitas vezes tais direitos são renegados e violados, tendo em vista que óticas distintas impedem uma aplicação sólida e linear de tais direitos.

A vista disso, muitas discussões para se garantir a efetividade dos direitos humanos tem ocorrido pelo mundo todo. Mas para isso, considerar somente a teoria tradicional dos direitos humanos não é de todo correto. Ou seja, considerar toda uma ótica social, onde o ser humano está efetivamente inserido é um contraponto, bem como considerar o que se refuta na concepção de direitos humanos propriamente dito.

Assim sendo, quando falamos da teoria que foge à tradicional, ou seja, da Teoria Crítica, uma análise minuciosa do contexto social a qual o ser humano está inerente, bem como as diferenças sociais e concentração de poderes de uma sociedade, é de rigor. Ou seja, a teoria crítica busca compreender a ideia de direitos humanos não apenas na esfera social, mas sim com base nas estruturas econômicas e culturais, que são de extrema relevância, bem com dos contrapontos que essas podem trazer para determinada sociedade.

Em relação a Teoria Crítica, Herrera Flores é incisivo em dizer que “pensar é ‘pensar de outro modo’, problematizar a realidade, identificar o que nela há de problemático. Esta forma de pensamento requer, portanto, fundar novas formas de aproximar-se tanto teórica, quanto praticamente do mundo” (HERRERA FLORES, 2005, p.50).

É de suma importância esclarecer o porquê de descartar a análise dos direitos humanos apenas pelo eixo tradicional, e abraçar o viés crítico.

Primeiramente que muitos dos direitos assegurados aos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana, quando observada a teoria tradicional, vêm sendo desrespeitados, mesmo que diversos países no mundo tenham assinado tratados, cartas, e acolhido declarações que tratam do assunto. Isso se deve ao fato de que quando os direitos humanos são analisados pela Teoria Tradicional, e acatados desta forma, a realidade fática é descartada. Há uma linha tênue entre realidade fática, e teoria tradicional, e essa linha praticamente se esvai quando tais direitos são observados superficialmente.

A essência deve ser o ponto chave da teoria crítica, e novos paradigmas devem nortear tal teoria, para que direitos humanos sejam respeitados fielmente. Desta feita, são tidas como características essenciais de Teoria Crítica: “não pretender qualquer visão concludente da totalidade; preocupar-se com o desenvolvimento concreto do pensamento;

e entender que as ideias marxistas não são conceitos definitivos, mas indicações para investigações ulteriores” (BATISTA; LOPES, 2004, p. 134).

Outro ponto de suma importância é que a teoria tradicional tem por base considerar o jusnaturalismo comparativo aos direitos humanos, colocando esses direitos como paradigmas de outras situações, quando na realidade é o contexto social que deve ser paradigmado para a consolidação de direitos humanos.

Algo que deve ser considerado a linha lúdica de direitos humanos para todos, quando na verdade, o que vemos é que apenas às classes dominantes, no contexto social da nação, são assegurados tais direitos. Em outras palavras, a população marginalizada não é alcançada efetivamente por tais direitos.

Os direitos Humanos pela ótica da teoria tradicional, traz uma ideia de igualdade universal. Igualdade essa que além de ser de complexo alcance, não busca o que se deve alcançar pela ótica da teoria crítica, que seria a justiça. Justamente por isso afirma Slavoj Žižek que a crescente normatividade trazida pela teoria tradicional para os direitos humanos é a forma em que aparece justamente seu oposto (ŽIZEK, 2001, p. 244-245).

Portanto, é imprescindível considerar a base epistêmica da teoria crítica, sua raiz, de construir novas percepções sobre o meio. Bem como considerar eticamente tal teoria, buscando a análise de padrões sociais, e suas assimetrias. E por derradeiro, observar tal teoria de forma política, trazendo a parte marginalizada, que não é efetivamente atingida pelos direitos humanos propriamente ditos, e fazê-la vista!

O objetivo da teoria crítica é justamente possibilitar a efetividade e consolidação dos direitos humanos. Ou seja, sair do “papel” como rege a teoria tradicional, e torna-o capaz de realmente prover as necessidades humanas ante as estruturas sociais e seu contexto.

Herrera Flores defende a institucionalização da teoria crítica para alcançar a dignidade da pessoa humana propriamente dita, consolidando-a, tendo em vista que pela ótica do referido autor, os direitos humanos somente se consagram quando sufragados em lutas sociais que buscam a dignidade das pessoas de uma nação. É importante salientar que Herrera Flores (2008, p. 26) entende a dignidade como

[...] não o simples acesso aos bens, mas que dito acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado a priori por processos de divisão do fazer que colocam a uns em âmbitos privilegiados à hora de aceder aos bens e a outros em situações de opressão e subordinação. Mas cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Um objetivo que se concretiza em dito acesso igualitário e generalizado aos bens que tornam que a vida seja ‘digna’ de ser vivida. (Tradução livre)

Tem-se, portanto, que a teoria crítica não busca universalizar valores, uma vez

que valores são criados pela sociedade e o contexto social, político e cultural em que as pessoas vivem. Portanto, ideal seria relativizar racionalmente os direitos para aquela determinada circunstância. Ou seja, cabe ao próprio povo determinar quais os direitos humanos cabíveis a eles, e não direitos criados genericamente e superficialmente, criando suas próprias verdades

Veja-se que o paradigma de essencialidade de Teresa Negreiros deve ser avaliado de forma a atingir as necessidades de determinada parcela. Isso significa que essa teoria não tem pontos pré determinados, mas sim que a sociedade em que se insere deve criar os parâmetros para o alcance de sua dignidade como pessoa, deve criar seus direitos humanos.

Em outras palavras, foi justamente esse o objetivo de Teresa Negreiros ao criar o Paradigma da Essencialidade, vez que cada caso concreto trará suas necessidades específicas, compactuando justamente com o que defende a teoria crítica dos direitos humanos.

Em jurisprudência recente vem-se mencionando claramente a importância do paradigma da essencialidade, inclusive citando Teresa Negreiros.

Não que o paradigma da essencialidade não venha sendo considerado há algum tempo, mas isso demonstra a ótica visionária que teve Teresa Negreiros quando criou essa teoria há mais de uma década.

Naquela época, a utilização do paradigma da essencialidade nas decisões judiciais eram tidas como modernas demais, sendo portanto pouco utilizada, uma vez que os julgadores preferiam a visão clássica da Teoria dos Contratos, meramente patrimonialista.

Hoje insurge a Teoria do Paradigma da Essencialidade como um parâmetro contemporâneo pós-moderno, com uma constante preocupação com a função social do contrato. Convergendo-se o direito público, internacional e pátrio, dentro do direito privado.

Observa-se que cada vez mais se consolida a constitucionalização e internacionalização do direito civil e do direito contratualista, trazendo cada vez mais visibilidade para o paradigma da essencialidade. E não somente visibilidade, mas de aplicação pura e concreta da Teoria de Negreiros, principalmente na integralização dos direitos fundamentais e humanos:

Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituído a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de ser o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe a mostra o

caráter desigual, e por isso é injusto, de certas relações contratuais (NEGREIROS, 2006, p. 337).

Desta feita, pode-se inferir que quando se leva em consideração o paradigma da essencialidade, no que tange à necessidade humana real das partes/polos do contrato, busca-se atingir estabilidade deste contrato, considerando a vulnerabilidade e hipossuficiência no campo consumerista (NEGREIROS, 2006, p. 388).

Os direitos fundamentais, por assim dizer, e as retromencionadas necessidades humanas advinda das teoria crítica dos direitos humanos, são ponto chave para que o paradigma da essencialidade se consagre nas relações contratuais e extracontratuais dos polos, sendo portanto de rigor a consideração do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, principalmente em se tratando de relações consumeristas, e sem dispensar os outros ramos do direito.

Deve ser esclarecido, no entanto, que a criação da Teoria do Paradigma da Essencialidade de Teresa Negreiros, não se preocupava com a eficácia dos direitos fundamentais e humanos na acepção da expressão. Obviamente, o objetivo da teoria era evidenciar a inserção dos princípios e cunho social que o Código Civil e a Constituição Federal traziam positivados à teoria geral dos contratos, sobrepujando o princípio da autonomia privada dos polos.

Todavia, sem perceber, Teresa Negreiros deu alça para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em consonância com sua teoria do paradigma da essencialidade, pois quer queira, quer não, os princípios por ela defendidos em sua teoria são princípios base do direito público.

Importa dizer que Teresa negreiros foi incisiva, e teve precisão cirúrgica quando da criação de tal paradigma, principalmente no que tange ao abarcamento e aplicação de tal teoria, bem como a respeito da justiça social, e seu alcance, no viés contratualista (2006, p. 489-501):

O paradigma da essencialidade não é evidentemente capaz de dar solução às desigualdades sociais, tão pouco de assegurar aos que nada tem aquilo que lhes seja essencial para viver dignamente. Contudo, a consciência dos limites do direito – em especial, do direito civil – e de seu papel como agente de transformação não pode levar o jurista a se despir de toda e qualquer responsabilidade social.

[...]

É certo que o direito contratual não tem instrumentos que, por si, possam garantir, em uma sociedade tão desigual como a brasileira, uma efetiva tutela da pessoa humana, mas certamente [...] em nenhuma sociedade se poderá abrir mão da disciplina contratual como fator de promoção da justiça social.

Com a transição pós-moderna do direito, no que se refere ao enfraquecimento da dicotomia direito público e direito privado, bem como com a constitucionalização do

direito civil, despatrimonializando-o, principalmente no que tange à teoria dos contratos, novos parâmetros e um novo norte foram naturalmente criados para uma nova interpretação jurídica dessas áreas. Isso aconteceu de modo muito natural, com o judiciário buscando maior sensibilidade na interpretação.

Daí surgiram os novos paradigmas, com o constante confronto de entendimentos e interpretações, ideias e doutrinas, sendo que a consolidação de determinado paradigma se dá pelas circunstâncias sociais vividas naquele momento, e que são desenvolvidos e ramificados de acordo com as necessidades humanas e sociais, sufragadas nos direitos fundamentais, nos direitos humanos, e, no caso do contrato pós-moderno, na função social e na boa fé objetiva. (TIMM, 2008, p. 67).

Nesse enfoque, e com a dita constitucionalização do direito civil, e a criação constante desses novos paradigmas, e no aspecto contratual com a inserção das necessidades humanas como ponto chave, sob a ótica de Teresa Negreiros, a absolutização dos princípios tradicionais da Teoria do Contrato foram pulverizados, abrindo espaço para a despatrimonialização e consideração das necessidades reais dos polos, e o motivo pelo qual aquele contrato foi celebrado. Isso fez com que o contrato deixasse de ser considerado somente em si mesmo, e considerado uma relação maior entre as partes.

Ou seja, com a inserção dos direitos humanos pela ótica internacional, direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, das necessidades humanas, de um modo geral, do direito público no direito privado (nos contratos), a dicotomia ‘sujeito e objeto’ passou a se esvaír, abrindo espaço para a essencialidade do bem àquela parte do polo, fazendo com que o objeto do contrato não fosse a única coisa que importasse quando fossem à interpretação.

Nesse viés, consagra-se a Teoria de Teresa Negreiros quando do Paradigma da Essencialidade, ou seja, na necessidade do bem, em escala, para os polos do contrato. Diz Perlingieri (2007, p. 155) que

[...] o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar. Torna-se lógica a necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do bem protegido, que é justamente a pessoa a constituir, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação.

Nesse diapasão, o paradigma da essencialidade permanece consagrado pela introdução paulatina dos direitos humanos num viés crítico, dos direitos fundamentais constitucionais na contratualidade, prezando pela necessidade e dignidade humana, levando a classificação dos contratos a um patamar consideravelmente mais elevado, e consequentemente consubstanciando as decisões judiciais, como sendo justas e

consoantes com a função social do contrato, com a boa fé objetiva, e com o direito contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalta que a análise intrínseca do objeto contratual, no que diz respeito à sua essencialidade, é extremamente importante, com o fito de classificar esse objeto no bojo de sua necessidade.

A teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores foi uma marco, vez que foge à teoria tradicional, defendendo que os direitos humanos não devem ser genericos, e devem ser criados pelas próprias sociedade a quem se pretende atingir. Ou seja, a teoria critica torna os direitos humanos como um paradigma de essencialidade. Aquilo que se efetivamente precisa, aquilo que se efetivamente necessita.

A classificação é totalmente mutável, podendo-se alterar um bem de vista voluptuária a um bem que pode ser útil, e até mesmo necessário, dependendo da necessidade para o indivíduo em si, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Apesar de a jurisprudência vir reconhecendo a essencialidade dos bens relacionada aos indivíduos como parâmetro para as decisões judiciais pátrias, a obra de Teresa Negreiros inova no que tange consolidar em um só grupo aos vieses de um paradigma contratual novo, denotando que podem subsistir novos métodos para incidência de princípios constitucionais, e embasado na teoria crítica de direitos humanos, em relações de cunho privado.

A rota que vem sido seguida pela doutrina e pela jurisprudência na inserção de preceitos fundamentais no direito privado contratual denota grande avanço no direito contemporâneo, com popularização da função social do contrato, e inserção das necessidades humanas como paradigma na resolução de conflitos contratuais, a bem dizer. A incursão dos direitos fundamentais e humanos nas relações jurídicas contratuais do direito privados trouxe uma melhor forma de se solucionar conflitos.

Por derradeiro, a adoção do paradigma da essencialidade pela jurisprudência mostra grande preocupação do judiciário com as necessidades humanas nas relações contratuais, passando do “ter” para o “ser”. E assim, com a consideração do paradigma trazida por Negreiros, é clara a inserção do direito público em paralelo às relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios

Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. IN BARROSO, Luís Roberto. Org. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Vanessa Oliveira; LOPES, Raphaela de Araujo Lima. (2014). Direitos Humanos: o embate entre teoria tradicional e teoria crítica. CONPEDI/UFPB. (Org.). Filosofia do direito. 1ed. Florianópolis: **CONPEDI**, 2014, v. III, p. 128-144.

FERREIRA, J. S. A. B. N.; COSTA, L. A. Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 227-254, 2018. Acesso em 15 de agosto de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e relações privadas: alguns parâmetros. **Revista CEJ**, Brasília, v. 11, n. 36, p.59-71, jan./mar. 2007. Acesso em 20 de agosto de 2018.

MOTTA, Thiago de Lucena. O PARADIGMA CONTRATUAL DA ESSENCIALIDADE E A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **Revista Pesquisas Jurídicas**. vol. 2, n. 1. jan. – jun. 2013. Acesso em 15 de agosto de 2018.

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

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; STEINER, Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. **Revista direito GV**. Vol.4.No.2. p. 569 – 581. São Paulo July/Dec. 2008. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Did somebody say totalitarianism? Five interpretations in the (mis)use of a notion**. Londres/Nova York: Verso, 2001.