

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-089-3

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito
Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redonda em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a reconção dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percuientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

CONTRATO EXISTENCIAL COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO SOCIAL

EXISTENTIAL CONTRACT AS AN EFFECTIVE TOOL OF SOCIAL MINIMUM

**Caroline Nogueira Teixeira de Menezes
Vagner Bruno Caparelli Carqui**

Resumo

O presente artigo tem como intuito demonstrar a importância do mínimo existencial para o desenvolvimento de uma sociedade igualitária e justa, tendo como base o pensamento de John Rawls, que enfatiza a ideia de um mínimo social como condição de possibilidade para a realização do indivíduo como pessoa e também como cidadão. Tal sua importância que a exigência para sua proteção encontra respaldo não apenas no dever do Estado, mas também dos particulares em se garantir o núcleo essencial, tendo em vista o princípio da socialidade como objetivo fundamental da República. No campo privado, os contratos existenciais ganham destaque, pois revela-se como instrumento essencial para efetivação do mínimo existencial e, conseqüentemente, palco para promover a pessoa humana. No presente trabalho dogmático, será utilizada pesquisa bibliográfica e documental com procedimento monográfico e métodos dedutivo e indutivo.

Palavras-chave: Mínimo existencial, Justiça, Dignidade da pessoa humana, Contratos existenciais

Abstract/Resumen/Résumé

The present article is intended to demonstrate the importance of the existential minimum for the development of a just and equal society, based on the thought of John Rawls, which emphasizes the idea of a social minimum as a condition of possibility for the realization of the individual as a person and also as a citizen. Such importance, that the requirement for its protection finds support not only the duty of the State, but also of individuals in ensuring the essential nucleus, regarding the principle of sociality as a fundamental objective of the Republic. In the private field, the existential contracts are highlighted, as it is revealed as an essential instrument for the accomplishment of the existential minimum and consequently, stage to promote the human person. In this dogmatic work, it will be used bibliographical and documentary research with monographic procedure and deductive and inductive methods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Existential minimum, Justice, Dignity of the human person, Existential contracts

Introdução

O presente trabalho traz ao debate a noção sobre o mínimo existencial e sua importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, pois somente quando o indivíduo tem suas necessidades básicas satisfeitas é que os desfavorecidos encontram-se no mesmo patamar dos demais indivíduos da sociedade.

Dito isso, torna-se imperioso revisitar os conceitos do autor John Rawls, o qual desde sua época já afirmava a necessidade de se estabelecer um mínimo social aos menos providos. Inclusive desde então, este autor também tentou estipular uma lista, a partir da ideia dos bens primários, cujo objetivo é ampliar o conceito de mínimo social a partir de exigências para o efetivo exercício da autonomia e da cidadania. Nesse caso, o mínimo existencial não poderia ser restringido à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos, como se a preocupação fosse apenas com a sua sobrevivência, ou o chamado mínimo vital.

Tal pensamento ainda marcou uma ruptura com o utilitarismo da justiça social, pois para Rawls, somente a partir da proposição de um mínimo social que seria possível o desenvolvimento do indivíduo como pessoa e, conseqüentemente, da sociedade, tendo em vista que para o exercício dos direitos como cidadãos pressupõe o conhecimento dos direitos fundamentais.

No entanto, a grande dificuldade é e sempre foi, fixar um rol concreto do que seja integrante deste núcleo de necessidades. No entanto, como este trabalho defende a ligação direta entre o mínimo existencial e o conteúdo mínimo da dignidade humana, a vagueza semântica ou a ausência de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, não impedem a efetivação destes direitos, haja vista a posição imperativa e nuclear e a função interpretativa do princípio da dignidade humana.

Nesta seara, destaca-se uma nova classificação proposta, qual seja, os contratos existenciais, que tornam-se ferramentas imprescindíveis para relizar a pessoa por meio do mínimo existencial, pois tem como escopo dar primazia aos contratos cujo objeto são essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana.

1 John Rawls e o mínimo existencial

Na filosofia contemporânea, muito discute-se ainda sobre a garantia do mínimo existencial, embora haja um relativo consenso de que o Estado tem o papel de assegurar tais condições para aqueles menos providos. Dentre os vários argumentos para isso, podemos

destacar especialmente o do autor John Rawls, que defende a tese da teoria do mínimo social para a garantia de uma liberdade real, ou seja, condições básicas para o exercício pleno dos direitos dos indivíduos enquanto pessoas.

Apesar da teoria da justiça do autor John Rawls se utilizar da estratégia do contratualismo, já bastante criticado desde Hobbes, Locke e Rousseau, Rawls não se interessa em defender a exigibilidade dos arranjos institucionais que derivariam da posição teórica que propõe, mas apenas para refletir a ideia de que todos nós somos equivalentes, ou melhor, iguais.(GARGARELLA, 1999, p. 18)

Além disso, vislumbra-se que o contratualismo de Rawls ainda se distingue muito do contratualismo de Hobbes, pois aquele surge vinculado com uma ideia de igualdade que nada tem a ver com a força (poder físico) defendido por este último teórico, mas sim com a nossa capacidade de desenvolver uma preocupação em se considerar imparcialmente as preferências e interesses de cada um.

A partir disso, cabe considerar “que o referido contrato tem como objetivo último estabelecer certos princípios básicos de justiça”(GARGARELLA, 1999, p. 19) a serem aplicados na organização da sociedade, ou melhor, na forma como as instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais, a fim de promover o bem de seus membros.

Isto porque, segundo o autor Rawls (1997, p. 4), “embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses.” Nesse sentido:

Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. (RAWLS, 1997, p.5)

Então, para a comunidade humana ser viável, exige-se um conjunto de princípios da justiça social que estabeleçam uma concepção de justiça, ou seja, que eles forneçam um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definam a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 1997, p.5).

Uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabem que satisfazem, esses princípios. (RAWLS, 1997, p. 5)

Dito isso, estes princípios da justiça são as primeiras escolhas (consenso original) a serem feitas no estado de natureza, os quais influenciarão na estrutura da sociedade, pois “são esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.”(RAWLS,1997, p. 12).

Percebe-se então, que o que é essencial neste estado de natureza, e que garante a igualdade, é o fato de que ninguém sabe que posição ocupará na sociedade, nem demais características, de modo então que os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância, cuja intenção é exatamente a de coibir vantagens em razão do acaso natural ou contingência social, (RAWLS, 1997, p. 13), ou seja, garantir uma situação equitativa¹.

Por isso, Rawls é um crítico presente do utilitarismo, pois para esta corrente, assim como o indivíduo procura promover seu bem-estar e seus desejos na medida do possível, a sociedade também procura promover o máximo bem-estar do grupo, a fim de realizar o maior número dos desejos de seus membros. O que significa dizer que, para tal corrente, mais valia a maximização do saldo líquido de desejos da sociedade do que os interesses dos indivíduos e a forma como este distribui seus desejos.

Aqui que se encontram as grandes diferenças com a justiça como equidade Rawls (1997), pois o utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas e estende à sociedade o princípio escolhido por um único homem, por isso submete os direitos assegurados pela justiça ao cálculo dos desejos sociais, ao contrário do contratualismo de Rawls, que parte do pressuposto de que as pessoas escolheriam como princípio uma liberdade igual, razão pela qual não haveria que se falar em maximização de um bem coletivo.

Para tanto, Rawls (1997) procura definir dois princípios que seriam racionalmente adotados neste consenso contratual, a fim de garantir que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais, ou seja, com intuito de excluir os princípios que causariam disparidades entre os homens e, conseqüentemente, os preconceitos entre si.

Estes princípios afirmam de um lado, “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema

¹ Segundo Rawls, “uma característica da justiça como equidade é a de conceber as partes na situação inicial como racionais e mutuamente desinteressadas. Isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos com apenas certos tipos de interesses, por exemplo, riquezas, prestígio e poder. Mas são concebidas como pessoas que não tem interesse nos interesses das outras.”(Rawls, 1997, p. 15)

semelhante de liberdades² para as outras” e, de outro lado, “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.” (RAWLS, 1997, p. 64).

Nesse sentido, o primeiro princípio, ou o princípio da liberdade, tem primazia sobre o segundo, pois tais liberdades básicas devem ser distribuídas igualmente, sendo admitida a diferenciação apenas para beneficiar os menos favorecidos. Daí que entre em cena, o princípio da diferença, pois “a ideia intuitiva é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.” (RAWLS, 1997, p. 80).

Isto porque, este princípio da diferença está ligado com a distribuição dos bens na sociedade, de forma a determinar a todos a garantia de uma posição de igual oportunidade, razão pela qual tais “desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.” (RAWLS, 1997, p. 88).

Percebe-se então, que este princípio da diferença trata-se “de um critério especial: aplicase em primeiro lugar à estrutura básica da sociedade através dos indivíduos representativos cujas expectativas devem ser estimadas por uma lista ordenada de bens primários, garantindo- se, assim, um mínimo social³”:

Em primeiro lugar presumo que a estrutura básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual. A liberdade de consciência e de pensamento são pressupostas, e o valor equitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais e despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento

² “As mais importantes entre elas são a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. Segundo o primeiro princípio, essas liberdades devem ser iguais.” (RAWLS, 1997, p. 65)

³ Rawls (1997) aborda “mínimo social” e não mínimo existencial. No entanto, se por mínimo existencial entende-se as prestações estatais referentes à garantia das condições mínimas para uma vida digna, a analogia é válida.

de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado o imposto gradual de renda). (RAWLS, 1997, p. 303/304)

Com isso, a partir da aceitação deste princípio da diferença, Rawls entende que este mínimo social deve ser fixado em um certo ponto que, considerando os salários, “maximize as expectativas do grupo menos favorecido. Ajustando-se a soma de transferências é possível aumentar ou diminuir as perspectivas dos mis prejudicados, o seu índice de bens primários, de modo a se atingir o resultado desejado.” (RAWLS, 1997, p. 315)

Desse modo, referido autor defende que cada sociedade deve fazer uma poupança para as gerações futuras, de modo a lhes garantir um mínimo social, pois “cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real.” (RAWLS, 1997, p. 315).

Nesta seara, tamanha a importância de se garantir o mínimo social, pois somente assim os indivíduos poderão compreender e fruir de seus direitos e liberdades, pois “abaixo de certo nível de bem estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.”(RAWLS, 2000, p.213)

Portanto, para que os indivíduos sejam livres, iguais e capazes de exercerem sua autonomia de forma responsável, “precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade não existir”(BARROSO, 2014, p. 85). O que significa dizer que, para que o indivíduo seja realmente livre e igual, é preciso que lhe seja garantido o acesso a algumas prestações e necessidades essenciais, como a moradia, água, educação, saúde, alimentação, dentre outros.

Por isso a concepção de Rawls sobre o mínimo social tem extraordinária importância para o pensamento jurídico atual, pois rompendo com o viés utilitarista da justiça social, tem como intuito promover a pessoa humana e seu livre desenvolvimento da personalidade. O que condiz com os atuais valores constitucionais, que convergem para a ideia que o centro do ordenamento jurídico se direciona à realização da pessoa e não do Estado.

2 Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial

A vinculação entre dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial é frequente, especialmente a partir da retomada da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Justiça de John Rawls ao sistema jurídico. Isto porque o mínimo existencial proclamado pelos princípios ligados aos direitos fundamentais, assim como os pressupostos básicos para se garantir uma vida humana digna, servem de limites e de objetivos à atuação do Estado e dos particulares, de forma a promover a justiça e a pessoa humana.

Ademais, como o conteúdo do mínimo existencial é compreendido como direito e garantia fundamental, guarda clara sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. O que significa dizer, que o mínimo estará assegurado, onde e a qualquer um estiver assegurado nem mais nem menos do que uma vida saudável (SARLET, 2013, p. 36-37).

Apesar desta associação do conteúdo do mínimo existencial ao conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, inúmeras são as críticas e as dificuldades em se abordar o que seja realmente o conteúdo e o objeto do mínimo existencial. Primeiro porque, assim como a dignidade humana, tais expressões possuem ampla vagueza semântica, o que implica em diversas correntes sobre seu conceito. Ademais, a expressão “mínimo existencial” não encontra previsão na dicção constitucional própria, razão pela qual sua própria existência como direito fundamental é controvertida (BARROSO, 2014, P. 85).

No entanto, segundo Torres (1990, p. 69), a ausência de dicção constitucional e de conteúdo específico não impedem o seu reconhecimento e sua aplicação. Primeiro porque, conforme bem exposto por Rawls, o mínimo existencial está implícito em alguns princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, bem como decorre da proteção da vida e

dignidade da pessoa humana. Nessa linha, o mínimo existencial também constitui “um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.”(TORRES, 1990, p. 69 - 70).

O que também não poderia ser diferente pois, uma Constituição democrática que prevê como fundamento a dignidade da pessoa humana, bem como direitos fundamentais, revela nítida preocupação em preservar conteúdo essencial dos direitos fundamentais, independentemente da sua previsão expressa na Constituição (DUQUE, 2014, p. 230).

No mesmo sentido destaca-se a autora Barcellos (2001, p.304), a qual vai defender que o Estado deve, primeiro, ofertar um mínimo social existencial, para garantir que todas as pessoas tenham uma existência digna. Assim, “esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da

dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.”(BARCELLOS, 2001, p. 304).

O que leva a autora Barcellos (2001, p.58) à conclusão de que o mínimo existencial deve conter: educação fundamental, saúde básica, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo.

No mesmo sentido, Barroso (2010, p.26) também vai dizer que embora o mínimo existencial não tenha conteúdo em um elenco exaustivo, utilizando-se da Constituição “é possível incluir no seu âmbito, como já feito na doutrina, o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.”. Nesta esteira, Sarlet (2013, p. 37) aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligadas aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A partir disso, a existência digna também estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, tais como a questão do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde:

Reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material. (SARLET, 2013, p. 35)

A partir do exposto, esboça-se um elo forte entre dignidade da pessoa humana⁴, mínimo existencial e direitos sociais, o que permite conferir ao mínimo existencial status de direito fundamental. Em que pese isto, é preciso saber distinguir um mínimo existencial apenas fisiológico de um mínimo existencial para além da sobrevivência, sob pena de ter-se uma redução do mínimo existencial a um mínimo meramente vital.. (SARLET, 2013, p. 37)

O autor Rawls (2000, p. 226), com a ideia dos bens primários⁵, em seu livro “O Liberalismo Político” também já defendia a ideia de um mínimo social para além da

⁴ Ana Paula de Barcellos identifica no princípio da dignidade da pessoa humana, uma dupla eficácia: negativa e positiva. A primeira constitui-se em um limite ao legislador, enunciando o princípio de proibição de retrocesso e um parâmetro interpretativo dos atos do poder público. Já a segunda, trata-se de um consenso mínimo assegurado pela Constituição, ao qual se atribui o caráter de regra.

⁵ Segundo o autor Rawls, “o papel da ideia dos bens primários é o seguinte: uma característica fundamental de uma sociedade política bem ordenada é que há um entendimento público não somente sobre os tipos de exigências que os cidadãos podem apropriadamente fazer, quando questões de justiça política se apresentam, como também sobre a forma pela qual tais exigências devem ser defendidas. Uma concepção política de justiça constitui uma base para esse tipo de entendimento e, dessa forma, capacita os cidadãos a chegar a um acordo quando se trata de examinar suas várias exigências e de determinar o peso relativo de cada uma delas”.(RAWLS, 2000, p. 226).

sobrevivência, pois aduz o autor que o mínimo existencial não pode ser restringido à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos, como se a preocupação fosse apenas com a sua sobrevivência, ou o chamado "mínimo vital". Para marcar a estreita relação com a dignidade, o mínimo existencial não pode ser atrelado apenas à satisfação das necessidades básicas materiais, mas deve visar o desenvolvimento da pessoa como cidadã.

Com isso, os direitos à educação básica, à saúde, à alimentação, à moradia, à água, dentre outros, certamente estão incluídos ou pressupostos no primeiro princípio de justiça. Mas essa lista é completada com outros bens primários do segundo princípio. Com isso, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é mais completo e a possibilidade do exercício da autonomia mais exequível.

Nesta seara, a satisfação dos bens primários, que inclui o mínimo social, é uma tentativa de reduzir as desigualdades entre os cidadãos de uma "sociedade bem-ordenada", pois nesta os cidadãos são iguais nos aspectos mais fundamentais (RAWLS, 2000). Por isso, ser igual como cidadão implica na satisfação de mais condições (bens primários) do que em ser igual como ser humano (mínimo existencial), pois pressupõe respeito aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 307)

Daí que a atual ideia de mínimo existencial deve estar ligada ao mínimo dos direitos fundamentais e ao conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana, pois, de uma maneira geral, “a proteção do conteúdo essencial de um direito fundamental visa, em última análise, a proteger o seu conteúdo em dignidade humana.”(DUQUE, 2014, P. 273)

Aos direitos fundamentais pois, conforme bem coloca Lorenzetti (2010, p. 133), o conteúdo mínimo social dos direitos fundamentais são revelados quando pergunta-se “sobre quais condições sociais são necessárias para tornar possível que as pessoas realizem sua ideia do bem, assim como desenvolvam e exerçam suas capacidades morais. O indivíduo necessita de alguns bens dessa natureza para atuar minimamente em sociedade”.

Ao conteúdo mínimo da dignidade, pois conforme Barroso (2014, p. 72), tal conteúdo “identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

No plano jurídico, como o valor intrínseco está nos direitos fundamentais, elenca-se o direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica como condições básicas para o desfrute dos demais direitos (BARROSO, 2014, p. 77-78). A autonomia de cada indivíduo, por sua vez, traz a noção de livre arbítrio e suas escolhas quanto ao viver bem, no entanto, “esta não pode

existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais”(BARROSO, 2014, p. 87). Além disso, “o risco de causar dano aos outros normalmente – embora nem sempre – constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal.

Assim, para que a pessoa humana possa se desenvolver livre e dignamente, há um conjunto de pressupostos que devem ser assegurados (DUQUE, 2014, p. 275-276), ou seja, há um mínimo existencial que lhe deve ser garantido, dentre eles a liberdade, a igualdade, à educação, à saúde, dentre outros que se concretizem em favor da pessoa humana.

A dignidade humana, portanto, constituindo-se como fundamento geral e fonte dos direitos fundamentais, conduzem a uma interpretação e concretização em favor da pessoa e sempre com vistas à justiça do caso concreto. Como a dignidade não constitui propriamente um direito, ela não é ponderada com demais direitos fundamentais, embora possa ser com o demais princípios do ordenamento jurídico. Vale lembrar, no entanto, que ela normalmente deve prevalecer, inclusive nas relações interpivadas. Daí a importância de se aproximar o conteúdo do mínimo existencial ao mínimo da dignidade humana

Esta discussão a respeito da dignidade humana e mínimo existencial ganha fôlego no âmbito dos contratos, pois a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, fez com que o direito civil também buscasse a pessoa e as necessidades humanas fundamentais para ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos (NEGREIROS, 2002), vinculando diretamente a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana.

3 Contrato existencial: instrumento do mínimo existencial nas relações entre os particulares

O contrato representa no atual estágio da sociedade, algo bem além do livre jogo econômico-liberal entre dois contratantes, pois trata-se de ferramenta preciosa para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente após a “constitucionalização”(MORAES, 1993, p. 2829) do direito privado.

Nessa linha, Moraes (1993) ressalta que os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, de forma a promover a migração destes valores para o âmbito civil. Com isso, o dever de construir uma sociedade justa e igualitária, como tão bem abordou Rawls e a Carta Magna que trouxe tal princípio como um dos objetivos

fundamentais da República brasileira, torna-se também uma obrigação que recai sobre toda a sociedade e de seus integrantes, na medida de suas possibilidades.

A partir desta mudança, percebe-se que o Direito Civil abandonou sua lógica exclusivamente patrimonial para incorporar valores existenciais⁶, privilegiados pela dignidade da pessoa humana, pois a pessoa deixa de ser sujeito de direito neutro, anônimo, entendido apenas como elemento de uma conjuntura econômica, para o conceito de pessoa concreta, portadora de necessidades verdadeiras e, além, de tudo, como ser social, a qual tem como dever o de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade. Nesse sentido, a autora Meireles (2009, p. 13):

Passa-se, assim, do indivíduo à pessoa humana. Do individualismo ao personalismo. Do sujeito abstrato, ao sujeito concreto. Isso significa que a ordem jurídica como um todo se volta à tutela da pessoa humana que toma o lugar do indivíduo neutro, tal como aparece na codificação. Importa, assim a proteção da pessoa humana dentro das relações que participa, sem que seja reduzida a mero elemento, titular de direitos e deveres, mas, também, como ponto referencial de tutela.

Impõe-se, portanto, uma nova visão, a partir das premissas e garantias fundamentais, as quais influenciaram o Código Civil a assumir um novo papel social, protetor da vida humana em sua integralidade, contemporâneo com a sociedade que lhe incumbe tutelar.

No entanto, isso não significa que o direito privado perdeu sua autonomia, tampouco que este perdeu seu viés econômico. Apenas adquiriu um cunho existencial, com vistas à promoção da pessoa humana. Nesse cenário, que o autor Azevedo (2009, p. 186) propôs uma nova classificação⁷ contratual, qual seja, contratos existenciais e contratos de lucro:

[...] por contrato empresarial há se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com o intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.

⁶ Tal assertiva também se confirma a partir da leitura do art. 170, caput, da Constituição da República, pois vislumbra-se uma ligação entre a ordem econômica e a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, consignados no art. 1º, IV, CF, mas sempre com vistas a garantir a dignidade humana.

⁷ Sobre a importância das classificações contratuais, o autor Ferraz Júnior: “As diversas classificações e seus critérios surgem ao sabor dos problemas que a dogmática enfrenta na decidibilidade, os quais exigem distinções sobre distinções”. In.: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 133.

Nesse sentido, tem-se que os contratos existenciais tem por objeto bens, cuja aquisição ou utilização é essencial para propiciar um padrão mínimo de dignidade à pessoa humana, como o direito à educação, à saúde, à vida, moradia, direito de personalidade, dentre outros necessários à subsistência humana. Por outro lado, os contratos de lucro são aqueles os quais não levam em conta o objeto da prestação contratada, mas a função econômica do contrato, ou melhor, o lucro.

Percebe-se, assim, que esta nova dicotomia tem como objeto perseguido o atendimento a um mínimo essencial para uma vida digna. Tal conteúdo mínimo, embora não tenha um rol taxativo expresso, está diretamente ligado ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, o que implica dizer que a determinação do seu conteúdo só poderá ser realizada considerando-se, individualmente, cada caso concreto, pois deve-se levar em conta a condição pessoal das partes (vulnerabilidade) (DUQUE, 2014), bem como a essencialidade do objeto para o desenvolvimento da pessoa humana.

É neste sentido que o contrato existencial torna-se um instrumento a serviço da pessoa humana e da concretização do mínimo existencial. Da pessoa, pois esta nova classificação propõe ponderações razoáveis a seu favor, uma “tutela qualitativamente diversa, funcionalizada à proteção, à conservação” e ao seu livre desenvolvimento (NEGREIROS, 2002, p. 451).

Até mesmo porque, para que as pessoas sejam livres, iguais e capazes de exercerem sua autonomia (autogoverno da própria vida) é necessário que sejam “livres de necessidade” (BARROSO, 2014, p. 85), ou seja, que tenham atendidas para além de um mínimo de bemestar.

Por isso, o autor Azevedo (2005, p. 124) propõe a aplicação de regimes jurídicos diferentes aos contratos existenciais, como por exemplo, uma intervenção mais ativa e necessária dos órgãos protetivos, com vistas à função social do contrato e a boa-fé objetiva⁸, ao passo que nos contratos de lucro essa intervenção heterônoma não se justificaria.

Outra forma não faria sentido, pois em contratos cujo objeto pactuado seja a própria subsistência humana não é admissível que estes recebam os mesmos tratamentos da prestação puramente patrimonial, haja vista sua essencialidade (NEGREIROS, 2002, 330). Dito de outra

⁸ No que diz respeito à boa-fé-objetiva, Antônio Junqueira de Azevedo é claro ao destacar sua grande aplicação aos contratos existenciais em face dos contratos de lucro: “[...] ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de contratos existenciais (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra e venda da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os contratos empresariais”. No mesmo sentido é a aplicação do princípio da função social, isto porque os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. Nesse sentido ver: AZEVEDO, Antônio Junqueira Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

forma, o contrato de compra e venda de joias não pode receber o mesmo tratamento que o contrato de compra e venda de medicamentos essenciais a vida.

Inclusive, este tratamento diferenciado a partir do reconhecimento da primazia da tutela das necessidades essenciais da pessoa humana já encontra guarida no “bem de família”, pois o legislador tornou impenhorável o bem destinado à moradia familiar⁹.

Daí a importância em se distinguir as situações existenciais das situações patrimoniais (PERLINGIERI, 2008) nas relações contratuais, pois a essencialidade do bem contratado à pessoa, possibilita aos juízes a atuarem de forma a valorizar e preservar o mínimo existencial, mediante uma tolerância maior quanto às formalidades e aplicação das cláusulas gerais com vistas à justiça concreta. Por isso, os contratos existenciais tornam-se instrumentos capazes de garantir e concretizar o mínimo existencial, pois sendo a essencialidade sua principal característica, o juiz atuará de forma a dar primazia às situações subjetivas e preencherá seu conteúdo de acordo com as peculiaridades essenciais do caso concreto.

De fato, o juiz não pode se manter à margem em “relação a um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, o que está fora do que é possível de ser obtido no mercado, assim como das garantias de conteúdo mínimo [...]” (LORENETTI, 2010, p. 142). Pelo contrário, deve ser consciente das insuficiências do acesso à justiça, agindo de forma rápida e eficiente com vistas à tutela e promoção da pessoa humana. Para tanto, deve preencher tal conteúdo, individualizando-o, e dar-lhe primazia em detrimento das operações puramente patrimoniais.

Portanto, tem-se que os contratos existenciais tornam-se importantes instrumentos para a valorização da pessoa, especialmente a partir da efetivação da tutela do mínimo existencial, pois garantir o objeto útil e essencial à pessoa em uma economia de mercado e, ainda assim, fazer prevalecer os valores existenciais sobre os patrimoniais ressalta seu papel na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, pois permite o livre e igual desenvolvimento na sociedade.

Considerações Finais

A formulação da ideia de justiça de John Rawls, a partir da concepção de uma sociedade cooperativa e “bem-ordenada”, elucida a preocupação do autor com a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais.

⁹ Neste sentido, ver NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 430.

Isto porque, para o autor, o desenvolvimento do indivíduo como pessoa e como cidadão pressupõe a tutela de um mínimo social.

Neste diapasão, parte-se do pressuposto que o Estado tem como dever garantir um mínimo para uma vida digna, o que, vale ressaltar, não se confunde, ou não se resume a um mínimo apenas vital. Isto porque, sobreviver não é viver e, conforme Rawls nos ensina, é preciso mais do que bens que atenda as necessidades básicas para o desenvolvimento da pessoa na sociedade.

No entanto, tal dever não se restringe apenas ao Estado, pois a influência dos direitos fundamentais e da dignidade humana, como princípio e valor norteador do ordenamento jurídico, também, irradia seus efeitos sobre a seara contratual. Ademais, o princípio da solidariedade, impõe também aos particulares, uma visão para além do individualismo, de forma a corroborar com um dos objetivos da República Brasileira, qual seja, promover uma sociedade justa, livre e igual.

Nessa esteira, os contratos torna-se mais do que simples instrumentos de circulação de riquezas, tornam-se ponto de encontro dos direitos fundamentais (SOMBRA, 2004, p. 72), porquanto também transformam-se em instrumentos aptos para realização do princípio da dignidade humana e também para promoção da pessoa humana.

O que pode ser constatado a partir da nova taxonomia proposta pelo autor Azevedo, cuja classificação dos contratos em contratos existenciais ressalta a essencialidade do objeto e as condições particulares da pessoa (vulnerabilidade), o que impõe um tratamento jurídico diferenciado, pois os contratos uma vez ligados ao desenvolvimento da pessoa humana assumem relevância existencial (PERLINGIERI, 2008, p. 760).

Assim, os contratos existenciais para cumprirem fielmente sua função de promover o desenvolvimento da pessoa, buscam garantir o mínimo existencial, o conteúdo dos direitos fundamentais, o mínimo da dignidade humana, sob pena da própria inutilidade do contrato para uma das partes.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função Social do Contrato. In: **Revista dos Tribunais**, v. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro de 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** – O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp>.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues;. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor** - vol.79. Ano 20 - julho/setembro 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Las Teorías de la justicia después de Rawls** – um breve manual de filosofia política. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Revista Trimestral de Direito Civil**: Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Rio de Janeiro: Padma, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**. 2 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Àtica, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, Mínimo existencial e Justiça Constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: prestação jurisdicional**. Disponível em: [file:///C:/Users/anderson/Downloads/24-77-1PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/anderson/Downloads/24-77-1PB%20(2).pdf). Acesso em: 10/07/2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral** do Estado Rio de Janeiro (42), 1990. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>. Acesso em: 14/08/2015.