

11

DE KANT A JOBS: REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE CONTRATAR NA PÓS-MODERNIDADE

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes¹

O Professor: Minha senhora! Afinal de contas temos os nossos princípios. Os princípios da civilização ocidental.

Claire Zahanassian: Então, que querem de mim?

O Professor: Infelizmente, a população de Güllen andou fazendo compras.

Claire Zahanassian: Está endividada?

O Professor: De modo irremediável.

Claire Zahanassian: Apesar dos princípios?

Friedrich Dürrenmatt (A Visita da Velha Senhora)

RESUMO

O ensaio tem por objetivo discutir a liberdade de contratar no mundo pós-moderno, em razão das estratégias mercadológicas contemporâneas, bem como a função do juiz de realizar a análise da relação contratual e decidir de acordo com os deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva, máxime quando também está o julgador inserido em uma sociedade de padrões de consumo massificados.

Palavras-chave: Direito. Contratos. Liberdade. Juiz. Deveres. Ética.

¹ Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte – Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos de hiperconsumo, por vezes aflitivos, a inserção no mercado passou a significar para muitos a concretização do mote da Revolução Francesa: Liberdade de escolher o que consumir, como exercício da autodeterminação individual; Igualdade fundamentada no sentimento de pertença, relativo ao grupo cada vez maior daqueles que podem adquirir os produtos, paulatinamente mais acessíveis, disponibilizados no mercado; Fraternidade, por vezes identificada como a possibilidade do cidadão-consumidor perceber-se como agente ativo no mercado, no mesmo patamar dos empresários-fornecedores.

Todavia, quando aceitamos restringir a dignidade da pessoa àqueles que participam do mercado, espaço etéreo onde se realizam as operações econômicas, corremos o risco de resumir o cidadão ao *homo economicus*, bem como empobrecemos a perspectiva do argumento jurídico diante do falso pressuposto de que os princípios e regras – entre estas a da oferta e procura – a serem observados já foram dispostos pelo mercado.²

Em um mundo econômico onde o principal não é vender produtos, criados aos borbotões, mas, sim, imagens e experiências elaboradas sobre uma plataforma massificada, a relação contratual formal passa a ser apenas um detalhe do protocolo de venda do objeto desejado.

Qual seria então o papel dos juízes inseridos em uma sociedade de consumo de massa quanto à análise da relação contratual?

A massificação de procedimentos e decisões judiciais, com a realização de mutirões de conciliação e a formulação de enunciados pelos tribunais superiores, por vezes representando decisões de caráter não apenas persuasivo, embora sirvam de parâmetro para os operadores econômicos avaliarem os custos de determinada estratégia, seria

² Cf. Bauman (2011a, p.90) “Como convém a uma sociedade de consumidores como a nossa, a cultura hoje é constituída de ofertas, e não de normas. Assim como afirmou Boordieu, a cultura vive de sedução, não de regulação normativa; de relações públicas, não de policiamento; da criação de novas necessidades, desejos, carências e caprichos, não de coerção. Esta e uma sociedade de consumidores, e, tal como o resto do mundo, experimentamos o mundo como consumidores”.

o caminho para o Judiciário cumprir sua verdadeira função de dar aplicação e significado concreto aos valores civilizatórios?³

Em caso positivo, como ficaria a análise pelo juiz dos deveres de conduta, representados pelo artigo 422 do Código Civil,⁴ norma de ordem pública que tem como paralelo o código de obrigações alemão reformado, que exigem a observância do caso individualizado, afastando a industrialização das decisões?

E, mais a fundo, não seria cogente a análise artesanal sobre a existência da própria liberdade contratual, caso se reconheça que as regras já foram dispostas pelo mercado e as estratégias mercadológicas atuam exatamente na formação da vontade do cidadão?

Não seria mais lógico tratar o endividamento como uma anomalia patológica do mercado, que deve ser evitada por uma ação causal, do que um efeito natural – e até esperado por certas entidades financeiras⁵ –, possibilitando a discussão da formação lícita da vontade, em vez de gastar toda a energia criando formas de atenuar as consequências deletérias do consumo desenfreado, não perdendo de vista o espectro ilícito que vai da fraude – inclusive processual – realizada pelo pseudocliente estelionatário até a farra dos contratos derivativos de crédito *subprime*?

Em um mundo no qual o endividamento é estimulado pelo próprio governo, tornando-se a política creditícia questão de Estado e fonte de fissuras no relacionamento internacional, até que ponto é crível que

³ O Poder Judiciário tem a tarefa política maior de buscar a harmonia entre os dispositivos legais e os valores em conflito, de forma justa e equitativa, dando, nas palavras de Owen Fiss (2004, p. 114), aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição, atividade que só se legitima em razão do consentimento democrático e que é baseada na idoneidade do Judiciário para realizar seu mister.

⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵ Cf. Bauman (2011a, p. 64-65) os consumidores impulsivos e imprevidentes que acabam por se endividar são as fontes constantes de lucros das empresas de crédito, pois se tornam eternas pagadoras de juros, motivo pelo qual as financeiras “*prometam tudo o que for preciso a fim de atrair as pessoas para a ciranda dos empréstimos, na expectativa de que, uma vez lá dentro, os clientes não encontrem solução mais fácil do que continuar a fazer dívidas*”.

o Judiciário não esteja sendo transformado em mero instrumento de legitimação de práticas econômicas?

Até onde os juízes estão a fazer por merecer o poder que lhes foi outorgado pelo consentimento democrático, levando em conta, na linha de Owen Fiss (2004), que o dever do juiz não é servir ao mercado, mas sim determinar se este deve prevalecer?

Em uma sociedade líquida, nos dizeres de Bauman (2011b), com a santificação de práticas mercadológicas, que estariam a hipotecar o futuro das gerações vindouras, qual é o papel do juiz?

Afinal, só existe vida no mercado ou é necessária a urgente proteção dos demais valores civilizatórios?

2. LIBERDADE KANTIANA

Na esteira das observações de Sandel (2011) sobre a obra de Immanuel Kant, a dignidade humana está umbilicalmente vinculada ao fato de sermos seres racionais, com capacidade de agir e escolher livremente. Mas tal liberdade não deve ser confundida com a possibilidade de realizar trocas negociais no mercado, pois esta última situação se traduz apenas na eventual satisfação de desejos que por vezes não escolhemos.

Os pensamentos utilitarista, libertário e pragmático clássico, que continuam a pautar a ação daqueles que acreditam na plena liberdade e justiça nos negócios realizados no mercado, afastados da regulação estatal, tem por base o ideal de maximização da riqueza/felicidade da sociedade. Todavia, a moral para Kant estaria fundamentada no respeito às pessoas, como fins em si mesmas (imperativo categórico) e não como meios para obtenção de outro objetivo (imperativo hipotético).

Para Kant, a razão não seria instrumental (voltada a maximizar a utilidade por meio da satisfação dos desejos), mas sim prática e pura, o que nos obriga a determinar os objetivos a seguir levando em conta a dignidade do outro, decorrente de sua humanidade.

Como a liberdade estaria ligada à capacidade de raciocinar, quando somos conduzidos pela nossa natureza senciente, em busca da satisfação de desejos que nos são impostos por uma determinação exterior (heteronomia), nossa vontade não pode ser considerada livre, já que nós nos tornamos meros instrumentos, e não autores do nosso destino.

Quando nossos desejos são condicionados socialmente pelas ações mercadológicas, não perdendo de vista que nossas escolhas flunarão entre as alternativas previamente apresentadas e colocadas aos nossos olhos, faz-se importante trazer a lume a reflexão de Sandel (2011, p. 149) no sentido de que se você não escolheu livremente os desejos que lhe são apresentados, como podes imaginar-se livre ao tentar realizá-los?

A vontade de um homem livre não poderia ser dependente de seus desejos, pois o outro deve ser visto como um fim, observando a sua humanidade como valor intrínseco, o que nos leva ao princípio ético da outricidade e a responsabilidade moral por nossos atos.

A liberdade de escolha no mercado não seria verdadeira, dentro dessa perspectiva, pois a ação do consumidor seria empírica, instrumental e heterônoma, fruto de uma inclinação ou condicionamento anterior.

A igualdade, por sua vez, seria ilusória, pois o consumidor não atuaria como arquiteto do negócio ou mesmo participaria da formulação do próprio desejo.

Discutível igualmente a existência de fraternidade, já que a sociedade de massas potencialmente desumaniza e dilui a responsabilidade moral, máxime quando o fornecedor de bens e serviços é institucionalizado e despersonalizado.

As decisões judiciais nesse mundo seguem trilha perigosa quando são industrializadas, pois servem de instrumento de coisificação do homem, transformando os contratantes em estatísticas e legitimando regras impostas pelo mercado.

Mais forte se torna a advertência de Fiss quando percebemos que agir com liberdade não se resume na escolha das melhores formas para atingir determinado fim, como lembra Sandel (2011, p. 141-142), mas, sim, escolher o fim em si.

3. DESEJOS E ANSIEDADE NA GERAÇÃO DE JOBS

Abraham Maslow desenvolveu a teoria da necessidade como fator motivador, apresentando uma hierarquia de necessidades, pela qual a satisfação de uma necessidade básica provocaria a busca da satisfação da necessidade do nível imediatamente superior. Por outro lado,

a insatisfação de uma necessidade leva a um estado de ansiedade, facilmente explorado pelos fornecedores de bens e serviços.

A necessidade fisiológica, base da pirâmide de Maslow, como esta ligada à sobrevivência, significa também um mundo de oportunidades para as indústrias farmacêutica e de alimentos, máxime em uma sociedade hedonista que preza a aparência física como sinônimo de saúde e sucesso e busca a longevidade.

O segundo patamar, a necessidade de segurança, significa também estar inserido na sociedade de informação, em que não estar conectado leva à sensação de desamparo, pois a pessoa passa a se considerar um *outsider* em seu próprio mundo.

As necessidades sociais, que envolvem diretamente o sentimento de pertença, podem ser por vezes transmutadas na perigosa sensação de participar de uma tribo urbana, com desejos compartimentados, em razão da falsa fraternidade no mercado.

As necessidades até então mencionadas não se traduzem em fatores desmotivadores, pois a tensão provocada pela sua ausência conduz o consumidor a atuar em busca do alívio de sua ansiedade, situação que pode ser habilmente manipulada nas relações mercadológicas.

A necessidade de estima acaba por ser influenciada pelas expectativas sociais moldadas pelo interesse econômico.⁶

Aliás, os estímulos de consumo internalizados se estratificam como cultura, acabando por criar um modo de vida e a influenciar ações dos cidadãos.⁷ Tal assertiva pode ser exemplificada pela indústria do tabaco.

⁶ Voltando a Bauman (2011a, p. 85), a estima social passa significar ter valor de mercado e o medo de ser alijado do circuito social, a insegurança de não saber se nossas preferências são corretas de acordo com a frenética moda.

⁷ HALL (2011, p. 11) explica que as sociedades modernas são sociedades de mudanças constantes que trazem subseqüentes rupturas com o passado, com a tradição, criando uma crise de identidade. O indivíduo pós-moderno não tem uma identidade fixa ou permanente e esta é transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. À medida que os sistemas de representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade de desconcertantes e cambiantes identidades possíveis, com cada uma que nós podemos nos identificar – ao menos temporariamente.

Em verdade, gerações foram inundadas com imagens de Humphrey Bogart charmosamente tragando o seu cigarro em filmes clássicos ou músicas do Van Halen servindo de fundo para manobras esportivas radicais em propagandas de cigarro. O efeito foi devastador. A associação do cigarro com o sucesso foi categórica, ainda mais que os efeitos deletérios do tabaco não são imediatos.

O neurocientista Buonomano (2011) lembra que o *marketing* trabalha com a capacidade do cérebro de criar associações em curto tempo, construindo uma experiência artificial que será virtualmente vivenciada pelo consumidor por meio de exposições midiáticas sistemáticas.⁸

A partir dos anos 2000, quando a propaganda de cigarros começou a ser proibida no Brasil e o Ministério da Saúde passou a concretizar medidas regulatórias, proibitivas e de contrapropaganda, como as advertências nos maços e a divulgação incessante dos males do cigarro, houve aparentemente uma significativa diminuição na proporção de brasileiros fumantes.

Ou seja, no ápice de poucas décadas, por meio de instrumentos modernos de comunicação, o *marketing* moldou aspectos culturais da sociedade com o único e exclusivo objetivo de vender certo produto.

Embora tal questão envolva a saúde pública e as relações consumeristas, a atitude do Judiciário foi basicamente reativa e singela, não perdendo de vista que os embates judiciais em outros países também se mostraram muito difíceis.

A superação da necessidade superior de autorrealização demandaria o desenvolvimento das potencialidades por um indivíduo dotado de autonomia, o que implicaria na existência de um sentido a ser perseguido, de desafios para o crescimento e de responsabilidade

⁸ A história de Bertha Hunt, contada por Buonomano (2011), que teria participado de um golpe publicitário no fim dos anos 1920, habilmente tecido pela indústria de tabaco americana, para estimular o fumo entre o público feminino, é emblemática. Aliás, mais interessantes se tornam os fatos quando somos lembrados pelo referido neurocientista que a bem-sucedida estratégia de *marketing* teve como mote a identificação do ato de fumar com a liberdade – que se manifesta até hoje como argumento daqueles fumantes que se sentem indevidamente policiados – e com a igualdade.

pelas decisões, virtudes que não são propriamente prioritárias em uma sociedade consumista.

Na verdade, a situação é ainda mais complicada, além de discutível a existência de uma hierarquia de necessidades. O comportamento, na linha de Maslow, poderia ser impelido pela tensão decorrente da necessidade ou do desejo. Pois bem, o desejo traz uma carga emocional que não vai necessariamente ser aliviada pelo encontro do objeto desejado. Diferente da necessidade que pode teoricamente ser satisfeita, o desejo tem a capacidade de se deslocar para outro objeto, criando uma situação de eterna ansiedade.

Lembra Renata Salecl (2005) que a ansiedade não é estimulada pela falta do objeto do desejo, mas sim pela emergência de um objeto no lugar desta falta. A própria aproximação do sucesso no alcance do objeto de desejo eleva a ansiedade, que se intermedeia entre o próprio desejo e a *jouissance* (prazer acoplado ao sofrimento) lacaniana.

A ansiedade da falta da falta também é indicada por Bauman (2011a, p. 54-55) na sua crítica ao chamado mundo líquido moderno, onde o importante é guardar o estilo, não o objeto, já que este sai de moda com rapidez, sendo rapidamente trocado e, portanto, descartado⁹.

As estratégias mercadológicas foram amoldadas com rapidez ao reconhecimento da ansiedade como motor de consumo, porquanto como é discutível a possibilidade da criação artificial de necessidades, o estímulo do desejo de consumo passa ser perfeitamente plausível.

Passou-se, então, na toada da geração de Steve Jobs, à venda de sonhos, não de produtos; à superação de expectativas de consumo; à transformação do processo de compra de aquisição de bens e serviços

⁹ O tão injustamente desprestigiado Celso Furtado (2002, p. 60) já ensinava: "Na economia capitalista o processo de acumulação marcha sobre dois pés: a inovação, que permite discriminar entre consumidores, e a difusão, que conduz à homogeneização de certas formas de consumo. Ao consumidor cabe um papel essencialmente passivo. Sua racionalidade consiste em responder 'corretamente' a cada estímulo a que é submetido. As inovações apontam para um nível mais alto de gastos, marca distintiva do consumidor privilegiado. Mas o padrão inicialmente restritivo terá de ser superado e difundido, a fim de que o mercado cresça em todas as dimensões".

para experiência. Tal estratégia explora a emoção e a pressão social¹⁰ decorrentes da criação de novos objetos de desejo, por meio de uma publicidade massiva e disseminada pelas redes sociais, amparada por mecanismos mercadológicos como o *marketing* de expectativa, tão bem utilizado por Jobs, pelo apelo icônico, pois a fidelização passa a ser o diferencial na competição pelo espaço no mercado (*market share*), e pela acessibilidade, fruto tanto da logística, desenvolvida com o *e-commerce*, quanto pelo barateamento dos produtos tecnológicos, como os *gadgets* eletrônicos, não se esquecendo do crédito fácil.

Esse admirável mundo novo traz algumas anomalias, que vão desde o consumo patológico, que versa sobre a incapacidade crônica de resistir ao impulso de comprar, fato que pode ser discutido como vício de vontade na formação do contrato, chegando ao ataque à biosfera, consequência da maior capacidade produtiva e de consumo, como bem aponta Hobsbawm (2011),¹¹ que traz a lume questões jurídicas, inclusive constitucionais precaucionais.

¹⁰ Cf. GIDDENS (2002, p. 12), “na alta modernidade, a influência de acontecimentos sobre eventos próximos, e sobre intimidades do eu, se torna cada vez mais comum. Quanto mais a tradição perde o seu domínio, e quanto mais a vida diária e reconstruída em termos do jogo dialético entre o local e o global, tanto mais os indivíduos são forçados a escolher um estilo de vida a partir de uma diversidade de opções (padronizadas).”

¹¹ HOBBSAWN (2011, p. 20) indica a visão cíclica do mercado, que volta e meia retorna à tona, com nova roupagem, ora de liberalismo econômico clássico, ora com a bandeira da desregulamentação, muito citada no *crack* de 1929, na crise da Nasdaq e na farra do *subprime*: “Ele repousa na tentativa, surgida na década de 1970, de traduzir uma degeneração patológica do princípio do *laissez-faire* em realidade econômica pela recusa sistemática dos Estados a qualquer controle ou regulamentação das atividades das empresas com fins lucrativos. Essa tentativa de entregar a sociedade humana ao mercado (supostamente) autocontrolador e maximizador da riqueza e até do bem-estar, integrado (supostamente) por atores dedicados na busca racional de seus interesses, não tinha precedentes em nenhuma fase anterior do desenvolvimento capitalista em nenhuma economia desenvolvida, nem mesmo nos Estados Unidos. Foi uma *reductio ad absurdum* da interpretação que seus ideólogos deram aos textos de Adam Smith, do mesmo modo que a economia totalmente planejada da União Soviética, igualmente extremista, nasceu da leitura que os bolcheviques fizeram das palavras de Marx. Não admira que esse ‘fundamentalismo de mercado mais próximo da teologia que da realidade econômica, também fracassasse’.

Não são apenas dilemas morais¹² que surgem na modernidade tardia (alta modernidade, pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade líquida, dependendo da perspectiva), lembrando a visão de Harvey (2011, p. 112) de que a ênfase na efemeridade da *jouissance* na pós-modernidade demonstra uma clara preferência pela estética, em vez da ética, porquanto o processo atual de estímulo ao consumo, com a facilitação do uso dos instrumentos tecnológicos, faz picadinho da democracia nas palavras de Sennett (2011, p. 155), pois quando o cidadão se desinteressa em descobrir como funciona o mundo ao seu redor a vontade crítica desaparece, por consequência o controle torna-se mais concentrado à medida que o volume de dados brutos, normalmente enviados por meio de mensagens curtas – que revelam uma linguagem mais primitiva sem o silêncio, gestos e digressões que qualificam a comunicação interativa –, aumenta¹³.

A questão guarda similitude na vida jurídica, com a utilização de enunciados de súmulas, que são por natureza informações massivas concisas e já depuradas, que diminuem a necessidade da prática interpretativa pelo aplicador, como método taylorista de responder à industrialização de ações que vem propiciando a judicialização de vários aspectos da vida, o que leva à concentração de poder nos tribunais superiores de onde emanam as súmulas e, por consequência, à diminuição da criatividade necessária para a análise individualizada dos fatos da vida que são levados ao Judiciário e à consequente contribuição para o desenvolvimento civilizatório, fragilizando a própria democracia.

4. A ABORDAGEM CONTRATUAL NOS TEMPOS PÓS-JOBS

Na linha clássica weberiana, entre as expectativas juridicamente garantidas estão as liberdades relativas à interferência do Estado e aquelas vinculadas à autonomia para contratar em uma

¹² GIDDENS (2002, p. 206) ressalta que as questões morais sublimadas clamam para voltar a agenda. Discute-se não a sobrevivência, mas, sim, como a própria existência deve ser percebida e vivida.

¹³ Barber (2009), ao defender que o consumismo leva uma separação do capitalismo da democracia, traz a lúmena conhecida frase atribuída a James Madison de que as patologias da liberdade podem ser tão perigosas quanto as patologias da tirania.

comunidade com mercado, que acaba por ser regulado por aqueles grupos de influência que têm interesse em jogo. Mas os contratos hoje muito se distanciam da sua conotação primitiva que implicava na mudança na posse de bens.

Há muito, a relação obrigacional desenvolvida por um processo, com a depuração da teoria do *Schuld* (débito)/*Haftung* (responsabilidade), ultrapassando a visão clássica do contrato bilateral, ganhou impulso com os sucessores de Hermann Staub e, entre nós, de Clóvis do Couto e Silva,¹⁴ sedimentando a noção da relação obrigacional como processo, que inclui deveres laterais de conduta, permeados pelo princípio da boa-fé objetiva, independentes dos deveres prestacionais.

A rigor, a doutrina da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), envolta pelos casos de descumprimento contratual, ganhou relevância na reforma do Código Civil Alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – de 2001/2002, na linha das discussões do direito das obrigações no âmbito das diretrizes comunitárias.¹⁵

Com efeito, a ênfase no BGB na violação dos deveres (*Pflichtverletzung*) como sistematizador do descumprimento contratual, espécie do gênero perturbações da prestação, trouxe, ao lado

¹⁴ Na linha de Clóvis do Couto e Silva (2011, p. 42) “A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução previa. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas, sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados ao contato com a regra ética”.

¹⁵ Utilizo como parâmetro para a discussão o BGB, não se olvidando, porém, que o princípio da boa-fé é matéria que permeia os mais diversos ordenamentos jurídicos. Com efeito, BLUM (2011), ao tratar do direito norte-americano, ressalta a obrigação dos contratantes de realizar os melhores e razoáveis esforços para o cumprimento adequado dos propósitos do contrato, levando em conta a razoável expectativa das partes, acrescentando que o princípio da mitigação (dever de prevenção e não agravamento dos danos) é reconhecido pela *common Law* e positivado (UCC art. 2. seções 2.706 e 2.712), determinando que o vendedor ou o comprador ajam com razoabilidade e com boa-fé.

das formas clássicas de descumprimento dos deveres primários de prestação – tais como a impossibilidade de cumprimento da prestação (*Unmöglichkeit*), que tateará as futuras discussões sobre a inadimplência, imprevisibilidade e inviabilidade superveniente da capacidade de pagamento; a mora, qualificada como descumprimento na forma, modo e tempo convencionados da prestação e o cumprimento imperfeito (*Schlechtleistung*) –, a quebra dos deveres de proteção (*Schultzpflichten*) ou, mais propriamente, deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

Judith Martins-Costa (2003), ao sistematizar a multifacetada relação obrigacional hodierna, aponta os deveres principais ou primários de prestação (v.g: obrigação de entregar uma mercadoria), que são secundados pelos deveres de prestação acidentais, meramente acessórios (v.g: dever de embalar a mercadoria) ou de prestação autônoma (v.g: indenização pela não entrega da mercadoria), ao lado de outros deveres igualmente essenciais, que a autora denomina de instrumentais (também conhecidos como de comportamento, anexos, secundários, acessórios e laterais e, na Alemanha, *Nebenpflichten*), entre os quais estão os deveres de proteção, que preferimos sinalizar como deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

O contrato passou a ser observado por uma visão macro como uma relação de cooperação, afastando-se da concepção clássica da obrigação como vínculo de sujeição entre credor e devedor, dando-se ênfase, inclusive, às legítimas expectativas dos contratantes e aos deveres éticos que devem ser pelos mesmos observados.

A função social como limitadora do contrato¹⁶ cria igualmente uma interface com o direito ambiental, direito à privacidade, moralidade, solidariedade, livre concorrência e com o direito dos consumidores, todos constitucionalmente previstos.

O contrato como instrumento complexo passa a prezar a transindividualidade, não mais se resumindo aos interesses dos contratantes, mas agora observando a solidariedade social, também traduzida na influência na esfera jurídica de terceiros e na preocupação com os direitos difusos.

¹⁶ Art. 421 do Código Civil Brasileiro (CCB) : “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A mudança da concepção do fenômeno obrigacional, com destaque para a função complementadora da boa-fé objetiva (*Ergänzungsfunktion*), pela qual se inserem na relação obrigacional deveres não previstos pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico, é apontado por Karina Fritz (2010, p. 198-199), como uma das características primordiais do contrato dos novos tempos.

A centralização na cláusula geral de boa-fé objetiva delimita, de acordo com Tepedino (2008, p. 11-12), a função interpretativa dos contratos,¹⁷ função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, não perdendo de vista que o princípio da boa-fé objetiva implica na adstrição do direito contratual aos princípios constitucionais. Tepedino explica (2008, p. 13):

Pode-se afirmar, diante de tal cenário normativo, que os três princípios cardinais do regime contratual, quais sejam, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora mantidos pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos três novos princípios, quais sejam, a cláusula geral de boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico da relação obrigacional e a função social dos contratos.

No mesmo diapasão, Cláudia Lima Marques (2011, p. 212) ressalta o deslocamento da órbita contratual para os novos deveres especiais de conduta (deveres anexos), que atuam como causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos qualificados pela autonomia da vontade,¹⁸ assim como na concreção e interpretação dos contratos.

Em verdade, quanto à limitação dos direitos subjetivos, além da concepção social do contrato, é certo que o cocontratante pode atuar, inclusive durante as tratativas,¹⁹ na esfera jurídica do outro pretenso

¹⁷ Art. 113 do CCB: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁸ Art. 187 do CCB: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁹ DÍEZ-PICASO e GULLÓN (1998. p. 61) já ensinavam que a finalidade da comunicação publicitária é a promoção de uma contratação, o que obriga a levar a cabo uma valoração das comunicações publicitárias que as encaixem

partícipe, influenciando suas escolhas, máxime com a utilização das estratégias mercadológicas coevas, o que já qualificaria a necessidade de eventual intervenção estatal em caso de reconhecimento de hipossuficiência de um dos interessados.

Aliás, Holmes e Sunstein (1999) há muito sustentam que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, pois direitos e liberdades individuais implicam tanto em direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia, inclusive na construção da necessária burocracia judiciária.

A bandeira da autorregulamentação, travestida como liberdade, esconde, via de regra, o interesse de o mercado impor suas regras, afastando a ação protetiva do Estado em relação aos direitos do consumidor, do trabalho e da livre concorrência, por vezes estimulando que o passado seja olvidado, perdendo no tempo as consequências da liberalização econômica sem freios, por meio da criação de expectativas futuras, construindo-se uma utopia do consumo.

A questão guarda maior relevância no direito da infância e juventude, pois, como aponta Bauman (2011a, p. 54-65), o melhor momento de criar um consumidor compulsivo é na transição da infância para a fase adulta, quando os hábitos infantis ainda sobrevivem, inclusive persistindo o costume de ser presenteado, sem incorrer em compromissos. Assim, continua Bauman, os objetos de desejo, que eram vistos pelos adolescentes de décadas atrás como um sonho distante, deixaram de ser supérfluos aos olhos dos adolescentes, na medida em que passaram a ser economicamente acessíveis, assumindo o patamar de expectativas legítimas, bem como se tornou corriqueiro aos jovens o descarte do objeto rapidamente ultrapassado, porquanto o importante passou a ser guardar o estilo, não o objeto.

A criança, inserida dentro de um grupo de consumo, tende irrefletidamente a se comportar como todo mundo, descurando do

nas categorias técnicas jurídicas implicadas no processo de formação dos contratos, ainda que limitado pelas comunicações que suscitem a razoável confiança, de acordo com a boa-fé, em seu caráter informativo contratual.

aprendizado que vem da aceitação de riscos e do cansativo trabalho de pensar por si mesma, como especula Bauman (2011a, p. 66), pervertendo a noção de liberdade que está ela construindo.

Na linha de Salecl (2005, p. 73), podemos observar que a criança é potencialmente inundada pela lógica do desejo, do sentimento de insatisfação, a par de todos os bens materiais presenteados, o que muito atrapalha a formação crítica do indivíduo, bem como cria a necessidade de partilhar experiências, ainda que virtuais, pelas redes sociais como ritual de passagem e de aceitação na comunidade de consumidores, espaço simbólico que passa a disputar espaço com a família, escola, religião e Estado.

Pois bem, a construção contratual em uma sociedade de consumo exige que o caso individualizado seja observado desde a sedimentação da vontade de absorver os objetos de desejo constantemente inventados, passando pela estruturação não só dos deveres prestacionais, mas também dos deveres éticos imanentes à cláusula geral da boa-fé objetiva, chegando às anomalias da avença, por vezes ansiadas pelo prestador, por outras provocadas pelo contratante que visa o enriquecimento ilícito, sendo insuficiente a remissão à eventual comprovação econômico-contábil-atuarial do rompimento da base econômica do contrato, a chamada onerosidade excessiva.

A interpretação do processo contratual deve, obrigatoriamente, privilegiar a análise dos deveres de consideração, porquanto mesmo se alcançados os atos de prestação primária, o acordo pode estar viciado, levando à resolução da avença e a consequente responsabilização²⁰ do faltoso pelos danos eventualmente provocados na sua concepção e execução.

Deveres anexos não estão escritos no contrato, sendo apenas admissível sua definição por meio da construção jurisprudencial decorrente da análise diuturna dos casos concretos que continuam a

²⁰ Que deve ser observada como contratual. Nesse sentido: “A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes –, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negatização caracteriza ilícito contratual”. (STJ – REsp 1276311 / RS. Ministro Luis Felipe Salomão. *DJe* 17/10/2011)

surgir no mundo das relações pós-modernas.²¹ Não é possível, então, como já observado doutrinariamente,²² clausular os deveres anexos aprioristicamente, inclusive por previsão legislativa, ou pelas disposições contratuais, com base na autonomia privada,²³ pois independem de explicitação escrita. Todavia, entre os muitos deveres de consideração que são identificados jurisprudencialmente a cada dia podemos citar os de lealdade (que ultrapassa o dever da mitigação e alcança o próprio dever de alteridade), aviso (v.g: regra do *caveat venditor* que reflete na obrigação *do* prestador avisar sobre os riscos do tratamento médico), aconselhamento (v.g: dever de o fornecedor dar subsídios para que o contratante possa saber qual é o seguro ou o plano de previdência mais adequado para sua particular condição), clareza (lin-

²¹ Karina Fritz (2010, p. 198-199) bem ressalta que a mudança na concepção contratual com a ênfase na boa-fé objetiva na Alemanha foi iniciada pelas decisões sedimentadas pelo Reichsgericht, quando “passou-se a afirmar que o negócio jurídico compreende não apenas aqueles deveres queridos pelas partes, resultantes do vínculo jurídico em função do acordo em si ou por determinação legal, mas também certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, cuja presença na relação obrigacional independe totalmente da vontade das partes, ou seja, passou-se a inserir na relação obrigacional deveres estranhos ao vínculo, mas decorrentes de uma fonte ética, o mandamento da boa-fé objetiva”.

²² Cf. Martins-Costa (2003, p. 35-37) os deveres instrumentais não decorrem, necessariamente, do exercício da autonomia privada (podendo, inclusive, limitar o seu exercício), nem de pontual explicitação normativa (já que por vezes corrige a disposição legal), remetendo a Tepedino que ressalta que “o desenvolvimento de sua tipologia, que é aberta, muito deve à atividade judicial”.

Da mesma forma, Karina Fritz (2010, p. 200) “nem os §§ 241, II, e 242 do BGB nem o art. 422 do CC/2002 elencam um rol de deveres decorrentes da boa-fé objetiva. A própria estrutura da norma-cláusula geral não permite e nem pretende tal façanha casuística. Os deveres de consideração somente são identificados no caso concreto, de acordo com as circunstâncias de cada situação, porque o direito não é uma roupa de tamanho único para ser usada por todos, ainda que com imperfeições, mas, uma peça feita sob medida para cada um”.

Claudia Lima Marques (2011, p. 219): “A doutrina alemã visualiza a função da boa-fé nos contratos não apenas como um paradigma de conduta para as partes, mas também uma medida de decisão (*Entscheidungsmaßstab*) um instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo juiz.

²³ “O princípio da *pacta sunt servanda* não é absoluto e não tem o condão de escudar a subsistência de estipulações unilaterais abusivas. Qualquer ilegalidade pode e deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário” (STF – AI 700268 / PR – PARANÁ; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 22/06/2011).

guagem acessível, precisa e ostensiva, com o uso do vernáculo, letras adequadas e afastando os termos técnicos pouco acessíveis),²⁴ informação (v.g: vedação às cláusulas obscuras, desprovidas de informação clara e precisa do fato gerador, finalidade e alcance da cobrança de tarifas bancárias), segurança (v.g: responsabilidade do construtor pela solidez e segurança por todo o período de razoável durabilidade do prédio), cuidado (v.g: a garantia da utilização sem maiores percalços do transporte aéreo, tendo o avião como meio técnico, para alcançar a realização do objetivo do contrato de serviço, que se traduz no transporte adequado do passageiro e de sua bagagem), incolumidade (v.g: transporte incólume de passageiros por veículos das concessionárias de transporte coletivo rodoviário até o destino programado), cooperação (v.g: auxílio na preparação de documentos para obtenção de financiamento em contratos de venda e compra de imóveis, envio de boletos para pagamento de prestações, atualização pelo consumidor de seus dados. Inclui o dever de atuação conjunta do direito alemão), sigilo e confidencialidade (v.g: contratos de risco e exclusividade na área de prospecção e pesquisa mineral), de não agravar a situação do parceiro contratual (também o dever de consideração e de suportar pequenos ajustes necessários para a consecução da avença), de evitar ou diminuir riscos (trazendo a mente o princípio norte-americano da mitigação – *duty to mitigate damages* –, consubstanciado no dever de prevenção e não agravamento dos danos) e de guarda (manutenção de documentos necessários para a prova do trato).

De qualquer modo, sobreleva o dever hermenêutico do juiz na identificação e aplicação dos deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva, fato que é destacado inclusive por aqueles doutrinadores, como Tepedino (2008), que demonstram receio do risco de insegurança

²⁴ A questão da privacidade *on-line* vem sendo discutida em todo o mundo, levando em conta a percepção da infinidade de informações pessoais coletadas, armazenadas e processadas por meio de redes sociais e aplicativos específicos e comercializadas no mercado, que têm o poder de identificar desde a preferência comercial do usuário, bem como os destinatários de suas mensagens pessoais, até a própria localização mesmo daquele que porta um dispositivo móvel. Tal coleta de informações, por vezes, é “autorizada” pelo usuário pelo assentimento irrefletido de condições contratuais, via de regra abusivas, que são apresentadas como condição morosa para o acesso rápido aos produtos oferecidos.

jurídica e de eventual abuso no exercício da discricionariedade inerente à interpretação caso a caso dos deveres anexos pelos juízes, máxime por aqueles poucos que se investirem no espírito de Torquemada como censores morais.

Como muito bem expõe Karina Fritz (2010), a cláusula geral de boa-fé objetiva exige uma aplicação tópica, pois constantemente dependente das circunstâncias mutáveis e particulares de cada caso, não sendo permitido ao julgador trabalhar com o processo simplificado de subsunção, o que coloca em xeque a própria legitimidade do Judiciário de clausular a interpretação por meio de enunciados, conduta conflitante com a natureza pública da norma.

Em um mundo em que milhares de processos aportam nos fóruns pelo país afora, por vezes mais enriquecendo os seus postulantes e representantes do que corrigindo distorções, catástrofe provocada também pela por vezes letárgica e insuficiente ação dos órgãos estatais de controle e regulação e pelo reiterado e imprudente descumprimento de fornecedores de bens e serviços da boa-fé objetiva, a burocracia judicial cresce e aumenta sua importância na vida do cidadão de uma forma sem precedentes, elevando e concentrando o poder nos tribunais superiores e, como ricochete, nas grandes empresas de advocacia que auxiliam na sedimentação jurisprudencial, passando o ato judicial – base do sistema judiciário antes centrado no ofício do magistrado de primeiro grau – de protagonista para automatizado, levando o intérprete a um constante perseguir metas de produção e aplicação de enunciados, passando, então, a sociedade democrática a correr o risco de perder nesse caminho algo muito importante: a própria legitimidade de seu Judiciário.

5. TALVEZ...

O Estado tem a obrigação de propiciar um ambiente seguro para a realização da atividade econômica, mas, como corolário, tem o dever de fiscalizar e regular as práticas mercadológicas.

O contrato é o instrumento, antes jurídico do que econômico, que o Estado lançará mão para disciplinar a atividade do mercado, sendo a discussão trazida para a arena da argumentação jurídica, onde os preceitos econômicos serão analisados.

De qualquer modo, o consumismo provocou alterações sociais profundas, tornando-se parte da vida ou fonte de anseios de parcela considerável da população, estimulando a inovação tecnológica e a melhoria da qualidade de vida de centenas de milhões de pessoas.

Não obstante, o sucesso da sociedade capitalista de consumo tem um preço, levando em conta que as mutações cíclicas da constante corrida para acumulação de bens e poder tem consequências na política, no meio ambiente e na própria sociedade como um todo.²⁵

Talvez a liberdade no mercado seja para poucos, pois não é sempre que são cultivados consumidores com autonomia, virtude necessária para a existência de responsabilidade moral e, por consequência, alimentada a própria democracia, não perdendo de vista que volta e meia a propaganda trabalha para canalizar desejos e fidelizar clientes, circunscrevendo as alternativas para condicionar as escolhas.

Paradoxalmente, temos hoje um leque de opções muito maior do que no passado, que efetivamente facilitam a vida moderna. Todavia, é discutível pensar que as escolhas fáceis, massivas e condicionadas auxiliam na formação do espírito crítico do cidadão. Como ensina Sennett (2011, p. 126), a simples ideia da democracia exige mediação e discussão face a face; requer antes deliberação do que embalagem bonita.

Talvez a igualdade no mercado também seja ilusória, com o condão de afastar dos olhos a segmentação social entre os que podem muito consumir e aqueles que apenas desejam lá chegar, bem como afastar do centro as hordas não mais tão periféricas de desempregados e desalojados, sejam do seu teto ou do próprio meio ambiente, vítimas do processo de consumo desenfreado.

Talvez a fraternidade no mercado muito se afaste do conceito de solidariedade social, porquanto se estaria a prezar mais o individualismo

²⁵ Como consequência da crise econômica posterior à quebra da Bolsa de 1929, o Partido Nazista, que na eleição geral de 1924 tinham perdido cadeiras no Parlamento, passando de 12 para 107 cadeiras no Reichstag nas eleições de 1930 e, aproveitando-se dos seis milhões de desempregados, chegando a 230 cadeiras em 1932, selando, de vez, o destino não só da Alemanha, mas também da maior parte do mundo.

A mesma Europa, com a crise de 2008, viu colocada em xeque a própria estabilidade da Comunidade Europeia.

do que a outricidade; a esmola, como apaziguadora de uma culpa cada vez menor, do que a defesa dos direitos sociais; o combate ao clamado como inimigo, que impulsionado pelos desejos teima em violar o patrimônio daqueles que já se aproximam do inatingível patamar de consumo, do que a formação de jovens livres, pois autônomos por serem moralmente responsáveis.

A rigor, a ansiedade pode ser camuflada quando alcançamos o objeto do desejo, todavia este prazer efêmero será transmutado em uma maior ansiedade na busca do próximo objeto que nos será apresentado e para qual será deslocado o desejo, sentimento agravado pelo torpor causado pelo desejo de reviver o próprio prazer. Esta busca desenfreada do prazer acaba por tornar a pessoa um ser reativo, sem capacidade de vontade, afastando-o do exercício do dever kantiano que qualifica o indivíduo autônomo, aproximando-o do ser autômato, quando não violento em decorrência das frustrações de consumo que lhe serão apresentadas.

As possibilidades se concretizadas serão transmutadas em distorções de consequências jurídicas, não perdendo de vista que o Direito tem como base atávica as regras de convivência social e como fim a manutenção do próprio equilíbrio civilizatório.

O argumento jurídico, portanto, deverá prevalecer sobre o argumento econômico quando analisadas as questões jurídicas que permeiam as relações negociais realizadas no mercado. Por consequência, como não se deve dissociar o conteúdo ético do argumento jurídico, o contrato, como instrumento construído pelo homem para assegurar a pacificidade das trocas econômicas de bens, produtos e “experiências”, deve ser interpretado artesanalmente pela ótica dos deveres éticos decorrentes da boa-fé objetiva.

A forma com que o Judiciário atuará decorre da legitimidade socialmente alcançada pelo consentimento democrático, como ensina Owen Fiss (2004, p. 114), podendo o juiz cumprir o seu mister de aplicar e dar significado concreto aos valores públicos civilizatórios incorporados à Constituição ou sucumbir à solidão totalitária da sociedade de consumo de massas,²⁶ limitando-se a garantir industrialmente a aplicação das

²⁶ Cf. Hannah Arendt (1997, p. 530), “o que prepara os homens para o domínio totalitário no mundo não-totalitário é o fato de que a solidão, que já foi uma experiência

regras formuladas pelos grupos de influência que tem interesse em jogo no mercado.

Todavia, a sociedade, ao decidir o caminho do seu Judiciário, não deve abrir mão do que chamamos de humanidade, pois, se somos cidadãos racionais e autônomos, a escolha é somente nossa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do Mundo Líquido Moderno. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a.

_____. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011b.

BARBER, Benjamin. *Consumido*. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BUONOMAMO, Dean. *O cérebro imperfeito: como as limitações do cérebro condicionam nossas vidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BLUM, Brian A. *Contracts*. New York: Aspen, 2011.

DÍEZ-PICASO, Luiz; GULLÓN, Antônio. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1998, v. 1/12.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2010.

FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2011.

fronteiriça, sofrida em certas condições sociais marginais como a velhice, passou a ser, em nosso século, a experiência diária de massas cada vez maiores”.

HOBSBAWN, Eric. *Como mudar o mundo: Marx e o marxismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. I.

MASLOW, Abraham H. *Maslow no gerenciamento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

SANDEL, Michel J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SALECL, Renata. *Sobre a Ansiedade*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. X.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. São Paulo: Icone, 2011.