UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO LEONARDO DE MELO SIMPLÍCIO

A (RE)CONFIGURAÇÃO DOS PILARES DO DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE DIGITAL: A NOVA CONTRATUALIDADE ON-LINE NA ERA DO ACESSO E COMPARTILHAMENTO

Teresina
2021

MARCELO LEONARDO DE MELO SIMPLÍCIO

A (RE)CONFIGURAÇÃO DOS PILARES DO DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE DIGITAL: A NOVA CONTRATUALIDADE ON-LINE NA ERA DO ACESSO E COMPARTILHAMENTO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pela 2ª turma 2020-2021 do PPDG-UFPI.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Rocha Furtado.

Teresina

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

S612r Simplício, Marcelo Leonardo de Melo.
A (re)configuração dos pilares do Direito Privado na sociedade digital : a nova contratualidade on-line na era do acesso e compartilhamento / Marcelo Leonardo de Melo Simplício. -- 2021.
148 f. : il.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em Direito, Teresina, 2021.
"Orientador: Prof. Dr. Gabriel Rocha Furtado."

1. Contratos eletrônicos – Brasil. 2. Economia compartilhada. 3. Contrato de adesão. I. Furtado, Gabriel Rocha. II. Título.

CDD 346.810 202 85

Bibliotecária: Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB3/1282

MARCELO LEONARDO DE MELO SIMPLÍCIO

A (RE)CONFIGURAÇÃO DOS PILARES DO DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE DIGITAL: A NOVA CONTRATUALIDADE ON-LINE NA ERA DO ACESSO E COMPARTILHAMENTO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Piauí, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Direito, Democracia e Mudanças Institucionais.
Linha de pesquisa 3: Mudanças Institucionais na Ordem Privada.
Orientador: Prof. Dr. Gabriel Rocha Furtado.

Aprovado em 01 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Gabriel Rocha Furtado (UFPI)
Orientador

_____
Prof. Dr. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (UFPI)
Examinador Interno Titular

_____
Profa. Dra. Everilda Brandão Guilhermino (UFPE)
(Examinadora externa titular)

_____
Prof. Dr. Dante Ponte de Brito (UFPI)
(Examinador interno suplente)

_____
Prof. Dr. Leandro Cardoso Lages
(Examinador externo suplente).

Dedico este trabalho ao meu pai, Joaquim Alves Simplício, que, mesmo em fase adulta e já resolvido profissionalmente, prestou vestibular e se formou em Direito na UFPI, como forma de estimular os filhos a seguirem o caminho da educação; à minha mãe, Elenice Carvalho de Melo Simplício, que sempre torceu incondicionalmente por mim, mas partiu em 2019, nas semanas em que eu faria a primeira seleção do mestrado, o que provocou a minha desistência na participação do certame; aos meus irmãos, Alexandre e Ana Paula, por manterem o exemplo de uma vida dedicada aos estudos; à minha esposa, Iliana (Lilly), e aos meus filhos, Lucas e Melissa, pelo apoio e compreensão indispensáveis em todas as horas em que demonstrei exaustão ou estive ausente do convívio familiar. Amo todos vocês, que são meu passado, presente e futuro!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Gabriel Rocha Furtado, que, além de exímio civilista, teve sempre muito respeito e consideração por mim durante os anos de mestrado, sendo uma verdadeira fonte de inspiração e motivação.

Agradeço a todos os brilhantes professores do PPGD-UFPI, em especial aos professores Éfren Lima e Dante Ponte; e aos colegas de labuta diária no mestrado, sobretudo aos que fizeram parte da minha linha de pesquisa e acabaram tendo maior proximidade: Pablo Normando, Maria Ângela, Ana Luiza, Gabriel Pierot e Pedrita Dias.

Aos colegas professores que sempre me acompanharam na correria das faculdades e muito apoiaram na época da seleção, em especial Paloma Carneiro, Rossana Diniz, Eduardo Diniz, Carlos Márcio, Luíza Nunes, Jarbas Avelino e Ana Chaib.

Aos colegas e sócios do escritório "Mário Roberto", que tiveram a compreensão pelos meus momentos de distanciamento.

Aos professores Vitor Almeida (RJ) e Everilda Brandão (AL), que gentilmente aceitaram ouvir informalmente minha ideia embrionária de pesquisa para o mestrado; e ao professor Flávio Tartuce, que, em conversa descontraída sobre "O Civilista", meu perfil no Instagram, olhou nos meus olhos e disse que "eu tinha que fazer um mestrado".

Pois bem, missão dada é missão cumprida, e, apesar de todas as dores e pedras pelo caminho, temperado com uma "infinita" pandemia, foi um turbilhão de emoções, aprendizados e amadurecimentos para o resto da vida, afinal, o que não nos proporciona desafio, não nos faz melhorar.

"Escrever é meu melhor modo de agradecer. Cada um dá o que tem."

(Felipe Braga Netto)

RESUMO

Durante séculos, o Direito privado vem apresentando colunas de sustentação bastante sólidas, como a propriedade e o contrato, aparentemente imunes ao passar dos anos. Porém, impactadas pelas novas tecnologias da informação, tradicionais relações jurídicas patrimoniais têm sido rapidamente modificadas, pois as pessoas estão deixando de ter e acumular coisas para simplesmente compartilhá-las, alterando antigos paradigmas de pertencimento e circulação de riquezas para um modelo cuja relação jurídica se concentra mais nas obrigações de fazer do que nas de dar. O presente trabalho analisa, no âmbito do cenário brasileiro, essa mudança de paradigma, dando especial enfoque para as chamadas economias de compartilhamento, que são permeadas por contratações eletrônicas e acentuadas assimetrias de forças entre as partes. Esse ambiente complexo revela novos arranjos, que colocam uma massa de contratantes em situação de vulnerabilidade e desafiam o tradicional direito contratual, demandando uma urgente atenção da academia com a produção de suporte teórico, por exemplo, para as decisões judiciais que enfrentarão cada vez mais o tema, afinal, a ciência jurídica não deve se afastar da realidade social e suas constantes mudanças, sob pena de se tornar inútil.

Palavras-chave: Economia Compartilhada; Contrato de Adesão; Contrato eletrônico; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

For centuries, private law has presented very solid supporting pillars, such as property and contract, apparently immune over the years. However, impacted by new information technologies, traditional legal patrimonial relationships have been rapidly modified, as people are no longer having and accumulating things to simply share them, changing old paradigms of belonging and circulation of wealth to a model whose legal relationship is it focuses more on the obligations of doing than on the giving. The present work analyzes this paradigm shift within the Brazilian scenario, giving special focus to the so-called sharing economies, which are permeated by electronic contracts and accentuated asymmetries of forces between the parties. This complex environment reveals new arrangements that place a mass of contractors in a vulnerable situation and challenge traditional contract law, demanding urgent attention from academia with the production of theoretical support, for example, for court decisions that will increasingly face the issue, after all, legal science must not distance itself from social reality and its constant changes, otherwise it will become useless.

Keywords: Shared economy; Standard contract; Electronic contract; Vulnerability.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 – Processos Encontrados: 55 120
Figura 02 – Processos Restantes: 07 120

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Comparação entre O CC/1916 E O CC/2002 45
Tabela 02 - Relação dos Processos Incluídos 120

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - ARTIGO

CC/1916 – CÓDIGO CIVIL DE 1916

CC/2002 – CÓDIGO CIVIL DE 2002

CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CF/88 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

LGPD – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

LINDB – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

LLE – LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

MCI – MARCO CIVIL DA INTERNET

PPGD – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TICs – TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

TJSP – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

UFPI – UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 PROPRIEDADE E CONTRATO COMO BASE PATRIMONIAL DO DIREITO CIVIL TRADICIONAL E CONTEMPORÂNEO 16

2. 1 Mundo Sólido: Propriedade e Contrato no Código Civil de 1916 24

2. 2 Mundo Líquido: Propriedade e Contrato no Código Civil de 2002 27

2. 2. 1 Propriedade inclusiva e funcionalizada 32

2. 2. 2 Contrato funcionalizado e de boa-fé 35

2. 3 Um Código Analógico para uma Sociedade Digital 42

3 UMA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E AS NOVAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS 49

3. 1 A Internet e a Sociedade Informacional 49

3. 2 As Novas Relações Patrimoniais na Era do Acesso e Compartilhamento 51

3. 2. 1 Um estreitamento entre as noções de produto e serviço e de obrigações de dar e fazer 63

3. 3 A Nova Contratualidade On-Line: Adesão e Despersonalização 66

3. 3. 1 Contratos de Adesão e Condições Gerais 67

3. 3. 2 Dos contratos de adesão eletrônicos 72

3. 3. 2. 1 Das espécies de contrato de adesão eletrônico 76

4 O DESAFIO DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO DIANTE DO ACESSO E COMPARTILHAMENTO DE BENS E SERVIÇOS 81

4. 1 O Direito Brasileiro e Proteção Jurídica do Aderente nos Contratos de Adesão Eletrônicos 83

4. 1. 1 Vulnerabilidade e proteção do aderente 83

4. 1. 2 Consentimento e proteção do aderente 87

4. 1. 3 Do lugar da contratação e a possibilidade de arrependimento do aderente 91

4. 2 Os Novos Princípios Contratuais: Uma Necessária Aplicação 93

4. 2. 1 Boa-fé objetiva 95

4. 2. 1. 1 Da Confiança 99

4. 2. 2 Função social do contrato 104

4. 2. 3 Equilíbrio das prestações 108

4. 3 A Unidade do Ordenamento e o Necessário Dirigismo 109

4. 3. 1 Do regime jurídico aplicável 113
4. 3. 2 Para além do dirigismo contratual: dirigismo informacional 116
4. 4 Algumas Notas Sobre a Atuação dos Tribunais Brasileiros e as Economias Compartilhadas 119
4. 4. 1 A temática dos Transportes 121
4. 4. 2 A temática da Hospedagem 123
5 CONCLUSÕES 127
REFERÊNCIAS 130

1 INTRODUÇÃO

O Direito não tem amarras instransponíveis e não pode permanecer estático, sobretudo em cenários cada vez mais dinâmicos como os deste início de século.[1] Assim, diante da revolução digital que impactou cultural e economicamente os mais variados arranjos sociais, é de crucial importância que sejam analisadas as transformações ocorridas nos tradicionais pilares do direito privado, sem perder de vista que o patrimônio somente existe em função da pessoa, e esta deve ser o centro das atenções das relações no âmbito virtual, cada vez mais permeado por algoritmos e contratos de adesão.

Nesse sentido, a pesquisa acadêmica sobre os reflexos das novas tecnologias nas relações patrimoniais torna-se importante para que se tenha um suporte teórico, por exemplo, em decisões judiciais que enfrentarão inevitavelmente esse sinuoso assunto. Por isso, é imprescindível o aprimoramento de um mecanismo hermenêutico a orientar a resolução dos casos que envolvam violações a princípios contratuais e direitos fundamentais no âmbito das relações patrimoniais feitas sob a influência das novas tecnologias. Neste aspecto, destaca-se a novidade do tema e a relevância teórica, prática e social do estudo aqui apresentado.

Visando colaborar com a discussão, a presente pesquisa foi proposta no âmbito Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, PPGD-UFPI e tem como linha condutora as "mudanças institucionais na ordem privada" e como sublinha os "novos paradigmas das relações jurídicas patrimoniais".

Como adesão à linha de pesquisa, foi proposto o tema "A (Re)Configuração dos Pilares do Direito Privado na Sociedade Digital: A Nova Contratualidade On-Line na Era do Acesso e Compartilhamento", fruto da inquietação do pesquisador diante de um fenômeno iniciado no apagar das luzes do século XX e que impactou a humanidade de forma drástica: o surgimento da internet. Tal episódio proporcionou a desmaterialização de muitos bens e gerou vários impactos nas relações patrimoniais, proporcionando, em larga escala, novas relações de pertencimento de bens não mais pautadas na tradicional apropriação, mas em acesso e compartilhamento.

Nesse novo cenário, estariam os tradicionais pilares do Direito Privado - propriedade e contrato - com as mesmas características dos tempos áureos do Código Napoleão ou estamos vivenciando uma rápida e nova configuração de tais institutos? A propriedade, no âmbito do

[1] "Em essência, o 'direito é um modo de resolver casos concretos'. O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação.". (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223).

mundo digital, líquido e pós-moderno, ainda tem o mesmo protagonismo que gozava à época do mundo sólido e moderno? Diante das crescentes contratações eletrônicas, os contratos ainda possuem os mesmos contornos tradicionais pautados na autonomia, paridade e no livre consentimento? No âmbito crescente das relações de acesso e compartilhamento, os contratos ainda estão voltados para instrumentalizar transferência de propriedade (dar) ou para a utilização temporal (fazer) de produtos e serviços? Como o Direito Privado brasileiro, tradicionalmente erigido sobre um mundo sólido, com é o caso do Código Civil que foi elaborado na última quadra do século passado, vai dar conta das inúmeras demandas originarias das novas relações patrimoniais impactadas pela tecnologia da informação?

Para encontrar respostas, foram seguidas as pegadas de Elting E. Morison,[2] que, ainda em meados do século passado, fez um emblemático estudo sobre as inovações tecnológicas, demonstrando o constante conflito entre as forças de inovação e conservação de modelos tradicionais de arranjos socioeconômicos. Assim, a presente pesquisa toma como divisão básica de trabalho, praticamente a mesma estrutura mencionada pelo autor, dividida seguinte forma: i) as condições originais das coisas impactadas por alguma mudança tecnológica; ii) as características dos agentes primários das mudanças; iii) a natureza das resistências às mudanças; iv) meios para viabilizar a acomodação das mudanças introduzidas.

Como bem lembrando por Bruno Miragem,[3] ao analisar o mesmo estudo de Morison, a situação neste início de século XX não é diferente, pois "a sociedade de consumo, em alguma medida, incentiva as transformações tecnológicas", com o uso intensivo "da informação para criação de novas formas de oferta e contratação, como também de novos produtos e serviços," alterando bastante a forma de relacionamento dos mercados, desde a aproximação pré-negocial, na contratação e mesmo na execução do contrato e seus efeitos póstumos.

Dessa forma, o presente trabalho divide-se em três capítulos: i) no primeiro, "Propriedade e contrato como base patrimonial do Direito Civil tradicional e contemporâneo", adota-se uma perspectiva histórica e evolutiva, para analisar os paradigmas originais das relações patrimoniais antes do advento da internet, tendo-se usado o marco temporal principal da Revolução Francesa, em razão de ter sido o evento que moldou o que nos acostumamos a chamar de Direito Civil na Modernidade; ii) no segundo capítulo, "Uma revolução tecnológica e as novas relações patrimoniais", que tem uma perspectiva mais estrutural e descritiva,

[2] MORISON, Elting E. **Men, machines and modern times. 50th anniversary edition**. Cambridge: The MIT Press, 2016. p. 9.

[3] MIRAGEM, Bruno. N. B. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 125, p. 1, 2019.

procurou-se demonstrar os agentes causadores, as inovações e as resistências ocorridas nas forças oriundas das relações patrimoniais, caracterizando o surgimento da internet e demonstrando as efetivas transformações ocorridas nas relações patrimoniais; iii) o terceiro capítulo, "O desafio do Direito Contratual brasileiro diante do acesso e compartilhamento de bens e serviços", busca meios jurídicos para acomodar e conformar as mudanças ocorridas dentro da moldura legislativa brasileira, o que caracteriza um recorte metodológico do objeto de estudo dentro do âmbito nacional, até mesmo para apontarmos as ferramentas concretas para o intérprete e aplicador do Direito nas lides surgidas no Brasil.

Este não é, portanto, mais um trabalho específico sobre economia de compartilhamento, mas uma pesquisa sobre a mudança de paradigmas (econômicos e jurídicos) nas nossas relações patrimoniais, as quais afetaram dois grandes pilares do Direito Privado: propriedade e contrato.

Diante das características dinâmicas do objetivo de estudo, houve um cuidado de se evitar soluções técnicas passíveis de desaparecimento repentino, como também entende Ricardo Lorenzetti.[4] Assim, buscou-se uma análise panorâmica do fenômeno do acesso e compartilhamento, para que não se corra o risco de pesquisar uma determinada empresa ou um ponto muito específico e gerar um trabalho datado ou inútil em pouco tempo. No último capítulo, portanto, são apresentadas sugestões de soluções mais amplas, gerais e duradouras, de forma que possam "transcender as mutações tecnológicas", como afirmou o civilista argentino.

São muitas, portanto, as inquietações e perguntas que norteiam a presente pesquisa, e esperamos, após intensa pesquisa de cunho bibliográfico e documental, com marcas qualitativas e quantitativas, ter encontrado, não respostas definitivas, mas marcos que abram caminho técnicos e seguros para novas reflexões e soluções possíveis no âmbito da academia e da cotidiana prática jurisdicional, que é onde o Direito se encontra com a vida real. Afinal, como disse Manuel Castells, "teoria e pesquisa só servem se têm a capacidade de dar sentido à observação de seu objeto de estudo".[5]

[4] LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 5-6.

[5] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 35. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, 1).

2 PROPRIEDADE E CONTRATO COMO BASE PATRIMONIAL DO DIREITO CIVIL TRADICIONAL E CONTEMPORÂNEO

O fim do feudalismo e a Revolução Francesa de 1789 são recorrentemente lembrados como marcos do início da Modernidade, época em que houve a migração dos modelos absolutistas de Estado para os liberais, firmando-se a hegemonia da ideologia burguesa, responsável por impulsionar o individualismo e o patrimonialismo marcantes do século XIX.

O surgimento do Estado Moderno unificou o poder político, outrora fragmentado, e possibilitou o aparecimento de uma ordem jurídica pretensamente neutra, baseada no primado da lei e nos conceitos abstratos. O Direito moderno é fruto de dois grandes movimentos decorrentes de uma união entre a burguesia e a filosofia: o Renascimento e o Iluminismo. Nesse contexto, o homem moderno passou a se enxergar como indivíduo portador de direitos subjetivos, que eram garantidos pela lei com o objetivo de proporcionar certeza, segurança e estabilidade nas relações,[6] sendo marcante no Estado liberal a supremacia do indivíduo sobre o social.

No ambiente oitocentista, portanto, o indivíduo fora concebido como átomo isolado, sem interdependência social, sendo a causa e o fim do Direito, cujo objetivo principal seria o de assegurar o mais alto nível de liberdade. O sistema jurídico estava, assim, centrado em dois pilares patrimoniais, o contrato e a propriedade. A exteriorização da personalidade do indivíduo era revelada pelo gozo pacífico e absoluto da propriedade. Era o ápice do Estado burguês, em que a propriedade simbolizava a segurança e realização dos indivíduos,[7] não mais unidos por ligações de senhorio, mas agora autônomos e dependentes apenas de si.[8]

Os indivíduos eram, assim, o ponto de partida da então nova sociedade moderna;[9] um ambiente ideal onde todos poderiam fazer trocas justamente porque todos seriam livres e

[6] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 19-21 e 35.

[7] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizado por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.p. 42-43.

[8] CORTIANO Jr., Id., 2002, p. 43.

[9] O liberalismo moderno foi a exaltação do indivíduo, e demonstra que a liberdade dos antigos era bem diferente da liberdade dos modernos. Enquanto aquela consistia na tomada de decisões por parte do cidadão por meio da participação coletiva e política, partilhando o poder social, esta consiste na liberdade focada no indivíduo e na tomada de decisões sobre seu próprio destino, garantindo-se, por meio do poder político, a satisfação dos prazeres privados. CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 77-88. (Coleção clássicos do direito, v. 3). No meio desse caminho, houve um longo período no Medievo, onde a ordem feudal garantia o sustento das famílias através da terra, mas o preço disso era a liberdade que ficava subordinada a laços de dependência com

iguais.[10] Como afirma Eroulths Cortiano Junior,[11] é perceptível que o Estado Liberal se organizou de forma excludente, através de uma ideia de liberdade e igualde, que, na prática, era exercidas pelos indivíduos proprietários, tendo em vista que, para os valores da época, a titularidade de bens era, e ainda é em algum grau, o ponto central do direito privado moderno,[12] e a chave para a liberdade humana. No mesmo sentido, Paulo Lôbo[13] lembra que na *Encyclopédie* (publicada de 1751 a 1772) havia previsão de que "só o proprietário é um verdadeiro cidadão" (D'Holbach) e que "é a propriedade que faz o cidadão" (Diderot), como uma espécie "pedra filosofal da sociedade capitalista".[14]

Com essa tônica, o liberalismo em seu legítimo objetivo de superação do absolutismo monárquico produziu, após a Revolução Francesa, sob influência do Jusracionalismo e da sistematização do Direito,[15] seu ápice legislativo na figura dos Códigos, sendo que o Código Napoleão (*Code*), de 1804, o primeiro grande código da idade moderna - o primeiro dos códigos burgueses[16] - sacramentou o individualismo, a liberdade e a igualdade entre todos os cidadãos, rompendo com os modos de vida feudal e absolutista, gerando forte influência nas demais codificações europeias e latinas durante todo o século XIX.

Em suma, a obra de Napoleão foi um Código do mundo burguês, voltado para a proteção do patrimônio dos indivíduos livres, não sendo, dessa forma, "um Código dos pobres",[17] pois naquele ambiente, "a qualidade do homem é dada não por suas experiências pessoais, mas pelo que possui, pelo que tem".[18]

É nesse sentido que, para Paulo Lôbo, o Código francês "foi considerado, mais do que um código das pessoas, um código das coisas e da riqueza adquirida. Nele, o patrimônio deixa de estar a serviço da pessoa humana, para ser o protagonista principal."[19] Caio Mário confirma

o Senhor. GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das Multititularidades:** repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[10] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 53.

[11] CORTIANO Jr., Id., 2002, p. 56, 58 e 59.

[12] "Descrente da aristocracia de linhagem, a sociedade moderna constituiu uma nova ideia nobiliárquica, e fundou a aristocracia econômica. O homem valendo pelo que tem, cada um procura mais ter, construir sua fortuna, como forma de influir. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Atualização Sylvio Capanema de Souza, Melhim Namem Calhub. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 8.

[13] LÔBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 30. v.4

[14] GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das Multititularidades:** repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 47.

[15] Como afirma Eroulths, "Dogma e sistema marcam o direito da modernidade", que encontra seu ápice na figura dos Códigos. CORTIANO Jr., op. cit., p. 66.

[16] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41.

[17] CORTIANO Jr., op. cit., p. 73.

[18] Ibid., p. 9.

[19] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 28. v. 4.

tal entendimento ao afirmar que o Código Napoleão[20] deu tamanho prestígio ao instituto da propriedade, que com razão recebeu o apelido de "código da propriedade".[21] Não é por acaso que o civilista brasileiro entende que "a propriedade é a pedra de toque dos regimes jurídicos e dos regimes políticos", sendo por meio da sua análise que se pode compreender a tendência de um povo em determinado momento histórico.[22]

Como pode ser observado, "a história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade".[23] Uma observação da modernidade ocidental nos remete à construção de um discurso proprietário que criou um modelo de propriedade como princípio do direito moderno a ocupar o centro do universo jurídico no século XIX num ambiente social racional-individualista, baseado juridicamente na segurança e certeza, e na circulação de riqueza.[24]

Essa ordem de coisas demonstra que a importância do *Code* é tão grande que muito do que se entende tradicionalmente por Direito Civil decorre do conjunto de regras codificadas por Napoleão,[25] o qual consolidou uma *summa divisio* entre as leis civis e públicas, e consagrou a liberdade individual através do dogma da vontade e da propriedade, sendo esta o instituto central do *Code*, lá definida no seu art. 544 como o "direito de gozar e dispor das coisas, da maneira mais absoluta."[26]

Assim, na ordem jurídica liberal-individualista, "tudo é neutro: o sujeito, a propriedade e a própria ordem jurídica". Nesse ambiente, a lei não versa sobre o homem concreto, a pessoa humana, mas a todos os sujeitos abstratos de direito, homens livres e iguais.[27] A propriedade moderna é, nesse sentido, expressão da mentalidade individual e se constrói por faculdades abstratas do titular e na "exclusividade da relação de pertencimento da coisa".[28]

[20] "É o Código de Napoleão que, além de fixar em termos legais o nascimento da propriedade moderna, vai colocá-la como modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista". CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 99.

[21] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. 27. ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 69.

[22] Idem. **Condomínio e incorporações**. Atualização Sylvio Capanema de Souza, Melhim Namem Calhub. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

[23] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 84.

[24] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 5

[25] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 4.

[26] "Article 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

[27] CORTIANO Jr., op. cit., p. 113 e 116.

[28] GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das Multititularidades:** repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 45.

Nos países que seguiram modelo napoleônico, foi elaborada uma codificação capaz de proteger e garantir a propriedade e a livre circulação de riquezas. “As duas vigas mestras deste liberalismo jurídico são constituídas pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como instituições em que se manifesta a plena autonomia do indivíduo”.[29]

Em paralelo ao protagonismo da propriedade, considerada a categoria-chave de todo o processo econômico,[30] o contrato é a outra figura que ganha importância fundamental para o modelo econômico jurídico da época,[31] formando uma espécie de binômio propriedade-contrato.[32] Afinal, ao passo que a propriedade era estática, o contrato era dinâmico, e a livre circulação da riqueza, típica do mundo capitalista, teve através do contrato[33] o seu veículo de expansão, que era incompatível com o modelo estamental dos feudos, baseado em laços de vassalagem típicos do medievo.[34]

Para uma melhor compreensão, embora de maneira resumida, é necessário fazer referências históricas à figura do contrato, sobretudo para esclarecer que este não é um instituto constante ao longo dos séculos.[35] O Direito Romano, por exemplo, não vislumbrou o contrato como uma categoria geral e abstrata nos moldes reconhecidos nos últimos duzentos anos.[36] Com marcantes traços de formalidade e tipicidade os contratos vinculavam e geravam as *actiones*, “se o magistrado não admitia a *actio* para determinadas convenções, elas

[29] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 24-25.

[30] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 63.

[31] Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo (GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 281. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

[32] “O Código Napoleônico associava o contrato à liberdade e o conectava, em um binômio indissolúvel, ao direito de propriedade (categoria-chave do sistema jusprivatístico). O contrato seria o instrumento técnico-jurídico adequado de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: contratos. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 56).

[33] Segundo Silvio Rodrigues, “o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11. v. 3).

[34] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 31.

[35] KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO**,** Gustavo **(**org.). **Contratos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 4.

[36] “Em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gera obrigações: contrato *(contractus)* e pacto *(pactum, conuentio)* eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não. Portanto, o direito romano somente conheceu os contratos obrigatórios que geram obrigações e não acolheu – pelo menos até o tempo de Justiniano – o princípio, existente no direito moderno, de que todo acordo de vontade lícito, ainda que não se amolde a um dos tipos de contrato descritos na lei, pode produzir relações jurídicas obrigacionais”. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 470-471.

simplesmente não existiam como contratos; eram os chamados pactos nus *(pacta nuda)*", que não geravam obrigações civis, mas apenas naturais, motivo pelo qual não podiam ter o cumprimento exigido em juízo.[37] Nesse cenário, o consentimento, que é figura central do contrato na modernidade, apenas passou a ser mais valorizado no direito romano com a expansão territorial do Império e o destaque necessário ao *jus gentium* nos contratos celebrados com estrangeiros.[38]

Mesmo sofrendo modificações ao longo dos séculos, Paulo Nalin adverte que o contrato do Medievo ainda era moldado sob influência do modelo romano clássico, dividido entre figura típica (única a gerar a *actio*) e os pactos. Foram os canonistas, baseados na igreja cristã, que procuraram mitigar o fetichismo romano das formas, tendo em vista que valorizavam a palavra verbalizada, principal meio de propagação da fé cristã. Nesse sentido, o princípio voluntarista se apresenta como primeiro passo na construção da figura racional do contrato.[39] Portanto, em vez da antiga valorização da forma, passou-se a valorizar na modernidade a vontade por meio dos princípios do consensualismo (*solus consensus obligat*) e da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*).[40]

A construção canônica de subjetivação do vínculo contratual tem seu ponto alto na legitimação dos *nuda pacta*, subvertendo o velho adágio de *Ulpiano* de que *ex nudo pacto actio non nascitur*,[41] tendo em vista que a igreja atribuía valor moral à promessa, até pela ideia de que a mentira é um pecado. Logo, por essa ótica, quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de pecar. Daí, a regra moral se fez jurídica e se pôde admitir que o simples acordo obrigava, tornando o formalismo de outrora menos importante.[42]

Nessa tônica, o Jusracionalismo expressou a consciência de uma nova época, com modelo nas ciências matemáticas e padrão de racionalidade inspirado na geometria

[37] LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 871-888. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 3).

[38] LÔBO, Paulo. **Contratos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 19. (Coleção Direito Civil, v. 3).

[39] NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 106 – 107.

[40] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 207.

[41] De um mero pacto não podia nascer ação, porque a mera vontade não era suficiente para fazer nascer acordos dotados de vinculabilidade e proteção jurídica – era necessária a forma. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 92.

[42] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 92.

euclidiana,[43] que culminou com o já mencionado amplo processo de codificação realizado pelos Estados Modernos.[44]

Esses Códigos do século XIX eram tidos como uma espécie de Constituição do direito privado.[45] De fato, regulavam fortemente as relações patrimoniais criando barreiras contra as ingerências públicas que dificultassem o ideal liberal-burguês, ansioso pela garantia da propriedade individual e de liberdade negocial com a máxima segurança em suas trocas, o que era realizado em grande medida por meio do contrato. Essa dogmática fora concebida com a premissa da liberdade plena de contratar,[46] tal qual descrito no Código Napoleão, onde se fortalece a ideia de que os homens nascem livres e iguais, podendo dessa forma se apropriar individualmente das coisas e contratar voluntariamente. Percebe-se, dessa forma, que não foi por acaso que igualdade e liberdade foram dois pilares fundamentais da Revolução Francesa.[47]

A revolução burguesa superou o modelo do Estado absoluto, mas fez surgir como efeito colateral a figura do indivíduo absoluto,[48] pois no ambiente de exacerbação da liberdade individual, a intervenção do Estado tendia a ser indesejada, o que foi considerado profundo avanço para o contexto social e político da época. Como forma de exercício amplo dessa liberdade,[49] o contrato ficou associado ao consentimento, e este à vontade, daí nascendo o voluntarismo, que passou a ser a pedra de toque da vetusta "autonomia da vontade". A justiça contratual era, assim, fruto do consenso decorrente da vontade livre dos contratantes formalmente iguais.[50]

Nesse cenário, o contrato se mostrou como o meio seguro para legitimar a circulação de riquezas das classes em declínio (nobreza e clero) para a nova classe em ascensão (burguesia). É nesse sentido que Enzo Roppo afirma que "liberdade de contratar, baseada no consenso dos

[43] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 99 e 102

[44] AMARAL, op. cit., p. 213.

[45] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de direito do estado**, [*s. l.*], ano I, n. 2, p. 38, abr./jun. 2006.

[46] MELO, Diego Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual**: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 201, p. 78.

[47] NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 107-110.

[48] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.

[49] "Em consequência, dá-se uma grande transformação mental, em que a vontade é colocada na base da atuação individual e do sistema social. A isto corresponde o individualismo. No plano económico traduz-se no liberalismo; no plano político, na democracia. Um sistema liberal convinha ao capitalismo que irrompia. Com todas as consequências do liberalismo, que logo se revelaram, antes de mais pelo domínio dos mais fortes e pelo abandono dos mais fracos. No plano jurídico, temos a intervenção mínima, o voluntarismo e o formalismo legalista" (ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan. /jun. 2008).

[50] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 115-116.

contratantes" poderia ser o *slogan* que resume o contrato no Código de Napoleão. A liberdade de contratar era, assim, a "livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir bens das classes antigas, detentoras improdutivas das riquezas". Essa solução foi útil para ambos os lados, pois a velha aristocracia tinha a garantia de que suas propriedades não seriam simplesmente confiscadas, mas transferidas na forma da lei.[51] É assim, que como bem avaliam Rosa e Nelson Nery, "criado o contrato para que a liberdade conquistada pelas armas viesse a ser conservada pela lei, tem ele força de lei entre as partes".[52]

Uma nota importante foi dada por Enzo Roppo ao argumentar que o *Code* versa sobre os contratos no seu livro terceiro, dedicado aos diversos modos de aquisição da propriedade, demonstrando que o contrato, naquele contexto, apresentava um caráter servil em relação à propriedade, pois aquele não criava a riqueza, contentando-se em ser o instrumento que se limitava a transferi-la. Esse estágio econômico das sociedades representava um mundo marcado pela prevalência do bem imobiliário e da agricultura.[53] É justamente nesse sentido que se afirma que propriedade e contrato formam um binômio fundamental no Código francês, pois "o contrato é a expressão da liberdade, pelo qual se podia alcançar a propriedade."[54]

Como observar Michelle Giorgianni,[55] o jusnaturalismo e o racionalismo forjaram o ordenamento jurídico como o conjunto dos direitos inerentes ao indivíduo. Nessa ordem, o sujeito de direito e o poder da sua vontade[56] ocupam lugar de especial destaque, consubstanciados na figura do contrato, cabendo ao Estado o poder de interferir nas relações privadas apenas no interesse dos próprios indivíduos, como para exigir o cumprimento dos contratos.

Consolidava-se, portanto, um direito privado abstrato, fincado no dogma da vontade, vislumbrando o contrato como fruto de vontades livres que, sob a chancela do livre

[51] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 45-46.

[52] NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais, 2019. p. 488. v. 2.

[53] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41-42 e 64.

[54] LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, 201, p. 2.

[55] GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos:** obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 280. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

[56] "O sujeito proprietário surge e solidifica-se como grande astro polarizador do Direito Moderno, e exprime sua importância por meio de sua vontade soberana". STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 45.

consentimento, produzia uma espécie de lei[57] entre as partes, devendo, com efeito, ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*).[58]

Desse dogma da vontade,[59] emergiam os chamados princípios clássicos do contrato: autonomia da vontade, força obrigatória[60] e relatividade dos efeitos. Por esse modelo, se os contratos são fruto de uma manifestação de vontade livre (liberdade de contratar), seu conteúdo deve ser respeitado (intangibilidade), suas obrigações rigorosamente cumpridas (força obrigatória), e seus efeitos são adstritos às partes contratantes (relatividade).[61]

Com esses argumentos, apresentou-se acima e em apertada síntese uma evolução dos pilares patrimoniais do Direito Privado ao longo de vários contextos históricos e sociais, sendo que o paradigma jurídico consolidado pelo Código de Napoleão[62] foi ancorado em dois postulados: "o da exclusividade do domínio privado sobre todos os bens e o da generalização do contrato como única fonte de relações jurídicas".[63] Este modelo, de liberalismo na economia e voluntarismo no Direito,[64] vingou em grande parte do ocidente por mais de um século, o que não quer dizer que tenha sobrevivido incólume e em total harmonia com a realidade das diversas sociedades por ele influenciadas, muito ao contrário, como demonstrado adiante em relação ao Brasil e seus Códigos Civis.

[57] *Code*, art. 1134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorisée. Elles doivent être exécutées de bonne foi". Tradução livre: Os acordos legalmente formados tomam o lugar de lei para aqueles que os fizeram. Eles só podem ser revogados com seu consentimento mútuo, ou por causas que a lei permite. Eles devem ser realizados de boa-fé.

[58] "Constituir-se como lei entre as partes e ser fonte de obrigações: eis os traços mais marcantes do contrato". NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais, 2019. p. 498. v. 2.

[59] "Em tudo se exalta a vontade, na autonomia da vontade, no contrato como acordo de vontades, no direito subjetivo como poder de vontade (Savigny)". ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan. /jun. 2008.

[60] "Enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e consequências. DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual: dirigismo – imprevisão. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 410. (Coleção doutrinas essenciais, v.3).

[61] Esse estado de coisas já havia sido retratado, ainda no final do século XVI, por William Shakespeare em sua obra clássica "O mercador de Veneza" (Domínio Público).

[62] É digna de nota a influência do Código Civil alemão (BGB), aprovado em 1896 e em vigor a partir de 1900, baseado no direito romano-germânico, trouxe elementos de sistematização, rigor dogmático e racional, com normais mais elásticas e com valorização da boa-fé na interpretação dos contratos, mas que também corresponde à ordem privada da sua época e consagrou os princípios do individualismo. AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 220.

[63] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 41-42.

[64] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019, p. 36.

2. 1 Mundo sólido: propriedade e contrato no Código Civil de 1916

Apesar do impacto do *Code* em grande parte do mundo ocidental, o Brasil ainda permaneceu fiel às tradições seculares das Ordenações do Reino. Enquanto Portugal já havia inovado com seu Código de 1867, o Brasil se arrastrou até 1916 para ter seu primeiro Código Civil, o que se deu considerando a estrutura da sociedade colonial e escravocrata da época.[65] De fato, o cenário de escravidão que imperou no Brasil por séculos foi um entrave para a elaboração de um Código[66] nos moldes preconizados pelos franceses, tendo em vista que uma codificação civil servia justamente para simplificar e unificar o imenso corpo legislativo aplicável de forma geral a todo o povo de um país, e para isso seria necessária a clara definição de certas figuras fundamentais como pessoa, personalidade, coisa, contratante e proprietário, noções muitas vezes incompatíveis com a figura humana, porém coisificada, do escravo.[67]

A abolição só veio em 1888, e o Brasil foi o último país ocidental de tradição cristã a libertar os escravos. O cenário proprietário brasileiro era, então, dominado pelo obstáculo à expansão dos direitos civis em decorrência da escravidão e do predomínio das grandes propriedades rurais.[68] Esse estado de coisas acentuou as assimetrias e barreiras sociais inviabilizando a edificação de um verdadeiro Código Civil.

Diante de tantos obstáculos, nosso primeiro Código nasceu apenas no século XX, mas com os ares da sociedade oitocentista. Para esta, como bem destaca Gustavo Tepedino,[69] o direito privado regulava a atuação dos sujeitos de direito, "notadamente o contratante e o

[65] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11. (Justiça e Direito).

[66] GRIMBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 47-57.

[67] "Enquanto perdurou a escravidão no Brasil, era usual a prática de marcar o escravo com ferro em brasa, como se ferrava o gado. [...]. No século XIX, anúncios de jornal comunicavam ao público a marca gravada na carne do escravo fugido, em regra com as iniciais do prenome e sobrenome do proprietário. Escravos, homem e mulher, pais e filhos, podiam ser legalmente separados, vendidos a senhores diferentes, alugados, doados, transmitidos por herança ou legados, penhorados. Os filhos das escravas constituíam frutos da propriedade, ou crias (como nos animais), expressão utilizada, no Brasil, pela Lei de 26 de abril de 1864. Quando deu à publicação a Consolidação das Leis Civis, por encomenda do Governo imperial brasileiro, disse Teixeira de Freitas, na monumental Introdução (1896, p. XXXVII), que 'não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos, condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota' propunha que as leis concernentes à escravidão ficassem à parte, formando o que denominou de *Código Negro*, para que as leis civis não ficassem maculadas 'com disposições vergonhosas, que não podem servir à posteridade: fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso'" LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 26-27. v. 4.

[68] Segundo o Censo de 1920, apenas 16,6% da população vivia em cidades de 20 mil habitantes ou mais. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 52 e 59.

[69] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de direito do estado**, [*s. l.*], ano I, n. 2, p. 35-23, abr./jun. 2006. p. 38.

proprietário", os quais desejavam o fim dos privilégios feudais, abrindo caminho para a livre expansão de suas atividades econômicas sem restrições estatais. "Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916", arremata Tepedino.[70]

Mário Luiz Delgado afirma que o CC/1916 apresenta influências tanto do *Code* quanto do Código Civil alemão de 1900 (BGB),[71] este sobretudo no tocante a introdução de uma parte geral e a assimilação, embora não expressa no nosso código, da teoria do negócio jurídico, além da exigência do registro do título como forma de aquisição da propriedade imóvel, que eram influências não delimitadas pelo *Code*. Mas, em que pese tal afeição alemã, dos 1807 artigos do CC/1916, aproximadamente 172 eram oriundos diretamente da fonte francesa.[72]

Este foi o paradigma herdado pelo nosso primeiro Código, construído sob a batuta de Clóvis Beviláqua, que, nos trabalhos da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, entendia que num Estado que assegura a liberdade civil, as transações econômicas "devem ser entregues à lei da oferta e da procura,"[73] assumindo "de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social".[74] Nesse sentido, o CC/1916 se apresentou como obra de continuidade das marcas do individualismo, voluntarismo e patrimonialismo, atendendo os interesses de manutenção do *status quo* da classe senhorial brasileira,[75] ou seja aqueles que podiam contratar e se apropriar. Os não-proprietários foram tratados como fantasmas em plena luz do dia,[76] a viver num limbo da Ordem Jurídica,[77] numa espécie de subversão ao cogito de Descartes: compro e tenho, logo existo.

É nesse sentido que Paulo Lôbo afirma que o CC/1916 é "fruto tardio da modernidade liberal e do individualismo jurídico", pois foi apresentado ao mundo mais de um século depois

[70] Contratar livremente e adquirir bens sem restrições ou entraves estatais era a base da filosofia do século XIX que marcou o tecido normativo do nosso primeiro Código Civil, pregando uma espécie de "mundo da segurança" garantidor de estabilidade nas atividades privadas. (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de direito do estado**, [*s. l.*], ano 1, n. 2, p. 35-23, abr./jun. 2006. p. 38-39.

[71] Silvio Rodrigues alerta, contudo, que, analisando-se a fundo, a fonte principal do Direito Civil brasileiro é o direito romano, pois tanto o Code como o BGB foram inspirados, diretamente, na legislação de Justiniano. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Parte geral. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 8. v. 1.

[72] DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207-208.

[73] SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

[74] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37. (Justiça e Direito).

[75] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 78 e 104.

[76] CORTIANO Jr., Ibid., p. 119 e 121.

[77] FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **R. Fac. Direito**, Curitiba, ano 27, n. 27, p. 56, 1992 - 1993.

da Revolução Francesa e ainda assim propagou veementemente seus valores. “Os civilistas brasileiros do século XIX repercutem a mentalidade individualista de sua época e postularam uma concepção de propriedade como fruto da vontade absoluta do dono”.[78] O art. 524 do CC/1916,[79] por exemplo, expressa o pensamento oitocentista do individualismo proprietário, sem qualquer traço de dever ou função decorrentes da titularidade de bens, apenas adaptando o texto do Código francês com a retirada da expressão “de maneira a mais absoluta”, mas rejeitando as expressões “dentro dos limites por ela [lei] traçados”, contidas no projeto de Beviláqua. Percebe-se, dessa maneira, uma opção silenciosa pela natureza absoluta, ilimitada e exclusiva do direito do proprietário.[80]

No âmbito contratual, o CC/1916 seguiu a mesma tendência e adotou, conforme Silvio Rodrigues,[81] uma teoria contratual baseada nos princípios da autonomia da vontade, limitado apenas por interesses de ordem pública; relatividade das convenções; e força vinculante, limitado apenas pela impossibilidade de cumprimento da obrigação por caso fortuito ou força maior, tendo em vista que não havia previsão legal para a aplicação da teoria da imprevisão. Neste ponto, Orlando Gomes,[82] explicando a antiga teoria contratual, afirma que um contrato não pode ser alterado judicialmente, pois “se ocorrerem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.”

De fato, nosso primeiro Código Civil foi bastante tímido no tocante a uma teoria geral dos contratos, tratando basicamente de vícios redibitórios, evicção e contrato preliminar, antes de iniciar a parte relativa aos contratos em espécie, deixando questões como função social, boa-fé objetiva e regras de revisão ou resolução de fora, o que demonstra seu espírito atrelado ao velho *pacta sunt servada.*

[78] Segundo Paulo Lôbo, Lafayette Rodrigues Pereira, o mais influente autor brasileiro sobre direito das coisas no século XIX, conceituou propriedade como “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios. LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 24. v. 4.

[79] Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

[80] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 24-25. v. 4.

[81] O civilista ressalta, contudo, que tais princípios sofreram grande modificação durante o século XX, sobretudo no que se refere ao princípio da autonomia da vontade e força obrigatória das convenções. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15-25. v. 3).

[82] Na mesma obra, o autor alerta que houve uma mudança de orientação e que “passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos”. GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 38-39.

Tal paradigma, contudo, já não parecia tão perfeito como no início do século XIX, e, logo após a entrada em vigor do Código Beviláqua, uma nova ordem de fatos provocou a acentuação do descompasso entre o texto codificado e as necessidades da sociedade, forçando uma necessária erosão do modelo patrimonial moderno-liberal.

2. 2 Mundo líquido: propriedade e contrato no Código Civil de 2002

Foi marcante a gradual transformação que o Direito Privado sofreu durante o século XX, seja em razão da industrialização, da massificação das relações e, mais recentemente, pela presença do poder público na vida econômica dos povos. Percebe-se uma erosão da imagem de solidez e segurança oriundas da herança privatista do *Code Napoléon*,[83] replicada no Brasil em seu filho tardio[84] da Revolução Francesa, o CC/1916,[85] que, segundo Orlando Gomes, foi em várias disposições, "mais uma expressão de ideias do que de realidades",[86] revelando firmemente, por parte dos legisladores, uma "submissão aos princípios vigentes durante a fase de apogeu do liberalismo".[87]

Essa crise de paradigmas demonstra que os institutos jurídicos liberais e voluntaristas não conseguiam mais solucionar os problemas da sociedade contemporânea.[88] É o que Gaston Morin, em 1937, chamou de "revolta dos fatos contra os códigos".[89] A liberdade contratual transformou-se em instrumento de exploração do contratante vulnerável, pois foi assegurada verdadeiramente aos que exerciam poder negocial dominante, submetendo os demais

[83] GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos: obrigações:** estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 276-279. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

[84] Bolívia, Peru, Chile, Equador, Venezuela, Uruguai e Argentina tiveram seu direito civil codificado antes do Brasil. (GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8. (Descobrindo o Brasil)).

[85] De fato, é "inegável o envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente", como ocorreu com o CC/1916, que, seguiu a lógica dos códigos oitocentistas, os quais eram forjados para assumir o papel de "constituição do direito privado", sendo projetados como solução de todos os problemas da vida privada e do indivíduo isolado do Estado. (FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 12. (Coleção doutrinas essenciais, v.1)).

[86] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23. (Justiça e Direito).

[87] GOMES, Ibid., p. 34.

[88] AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 248.

[89] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019. p. 149.

contratantes a situações abusivamente desvantajosas, mitigando a tão propalada igualdade moderna.[90]

Em meio a tantas assimetrias, surgiram movimentos sociais e ainda foram deflagradas duas Grandes Guerras Mundiais no início do século XX, o que acentuou a onda de intervenção estatal na economia e nas relações sociais, confirmadas por um crescente movimento de constitucionalização pós-guerra, que estabeleceu princípios e normas de cunho solidarista, sendo que, no Brasil, essa tendência teve como ponto alto a Constituição de 1988 (CF/1988).[91]

Esses fatores tiveram um impacto muito forte nos dois tradicionais pilares das relações privadas: propriedade e contrato. Aos poucos foi desmoronando o esforço teórico da pandectística[92] no sentido de fragmentar o direito em áreas incomunicáveis, afastando a incidência da normatividade constitucional nas relações interprivadas, cuja regulação seria feita pela completude de um Código, "numa condição de Constituição do homem sozinho, egoísta e patrimonialista, como o era a do Direito Civil no apogeu das codificações".[93] Tornava-se ultrapassada a proclamada *summa divisio* com a incidência de valores constitucionais nas relações privadas, agora voltadas também para o desenvolvimento humano digno, fazendo com que o Direito Privado, antes focado na regulamentação da atividade econômica entre homens formalmente livres e iguais, agora se interesse também na regulamentação das relações sob a ótica de valores existenciais.[94]

Esse processo vai implicar na ruptura com a visão do modelo codificado em 1916. No novo contexto, por força da Constituição de 1988,[95] prevalece a subordinação valorativa do

[90] LÔBO, Paulo. **Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 23 e 44. (Coleção direito civil v. 3).

[91] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Revista de direito do estado**. [*s. l.*], ano 1, n. 2, p. 40-42, abr./jun. 2006.

[92] "A pandectística, ou ciência das Pandectas, é uma construção abstrata, conceitual e sistemática do direito privado alemão, tendo por base o direito romano justiniâneo (feita pelos juristas alemães do século XIX, que possibilitaram, assim, o chamado *usus modernum pandectarum* por meio de perfeita e completa realização do método sistemático." AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. – 10 ed. revista e modificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76. A expressão decorre do *Corpus Iuris Civilis*, feito sob a égide do Imperador Justiniano, no século VI d.C., que continha o Digesto (do latim *digero*) ou Pandectas (proveniente do termo grego *pandektes*). VICENTE, Dário Moura. Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral, volume 1. 4. ed. rev.e atual. – São Paulo: Almedina, 2018, p. 100.

[93] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 36-37.

[94] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 12 e 15.

[95] Segundo Caio Mário após a entrada em vigor da CF/1988, foram deflagradas "mudanças profundas em nosso sistema jurídico, atingindo especialmente o Direito Privado," pois na atual leitura do CC/2002 destacam-se "os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares". Assim, o "Código Civil deixou de constituir-se o centro geométrico da ordem jurídica, já que tal papel foi transferido para a Constituição". (PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito**

patrimônio à pessoa, sem perder de vista que o aspecto material da vida é instrumento para o desenvolvimento pessoal.[96] Em suma, entre "o ser e o ter, prevalece o ser".[97] A outra virada valorativa imposta pela Constituição reside na solidariedade social, nos lembrando que o homem não apenas vive, mas convive.[98]

De fato, enquanto os Códigos oitocentistas correspondiam às aspirações de uma classe social focada no regime capitalista de produção, "cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador (na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem, o indivíduo burguês)",[99] a realidade criada após a CF/1988, ao contrário, viu a inserção da pessoa humana na ocupação do centro do ordenamento jurídico, antes dedicado majoritariamente à garantia da propriedade e da liberdade de contratar.

Por toda essa ordem de coisas, foi assim que propriedade e contrato passaram a ver a inserção da pessoa humana como figura central do sistema, gerando o que se passou a chamar de "repersonalização"[100] do Direito, pois não é mais admissível, nos dias de hoje, manter-se a interpretação do Direito Civil concebendo a patrimonialidade acima da dignidade da pessoa humana, ou o interesse individual acima do coletivo, ignorando-se os valores já consagrados pela Constituição há mais de trinta anos.[101]

Todo esse giro causou um choque no paradigma moderno que emoldurou de forma abstrata os tradicionais institutos privados, não se vislumbrando uma crise do Direito Civil, mas, como afirma Ricardo Aronne, na "dogmática civilística fundada na pandectista, que,

civil: contratos. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Prefácio p. 16 - 18 e 20. v. 3).

[96] As fragilidades do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social, decorrem, em certa medida, da constatação que a noção de igualdade formal tinha uma forte sombra de uma desigualdade material. [...]. Nesse sentido, aos poucos o Direito vem se voltado para proporcionar aos excluídos um sentido para o viver social, ressignificando institutos jurídicos, como a propriedade, que era a fortaleza do direito privado liberal. CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 137 e 141.

[97] Em resumo, enquanto o CC/1916 priorizava as situações patrimoniais; o CC/2002, dentro da nova ordem constitucional, tem como missão priorizar as situações jurídicas existenciais, prestigiando a pessoa humana "nas relações que lhes tocam mais de perto, isto é, no direito civil" mitigando a centralidade dos tradicionais pilares das relações privadas, propriedade e contrato. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 49 e 54.

[98] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 171-172.

[99] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 21.

[100] O fenômeno da "repersonalização" consiste no deslocamento de enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana. ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 44.

[101] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 51.

estupefata, assiste a necessidade da evolução deste ramo do Direito, para acompanhar o desenvolvimento da sociedade na qual se insere".[102] A crise, portanto, é dos conceitos arcaicos da doutrina conservadora e comprometida com um sistema que não mais é o vigente, ainda baseado na pandectista.[103] Nisso se reafirma a instrumentalidade do próprio Direito, pois seu fim é externo e não em si mesmo, visto que existe para a sociedade, e esta não cabe inteiramente dentro de um Código, e muito menos este cabe dentro de conceitos estáticos.[104]

Observa-se, dessa forma, que o Direito Civil ultrapassou a barreira meramente abstrata de outrora e se encontrou com o mundo real. Se a abstração conceitual dos Códigos modernos pretendia dominar a realidade, agora a realidade conforma a abstração legal, buscando uma concretude onde, não o indivíduo idealizado, mas a pessoa humana, o idoso, o jovem, o homem, a mulher, o mendigo, o rico, o proprietário e o não-proprietário figuram como destinatários da norma jurídica.[105] Na nova ordem brasileira, portanto, é a pessoa humana, e não a propriedade, a categoria central do direito privado, "devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado. Que não se pretenda, em nome de uma falsa modernidade, reduzir o direito civil à mera técnica negocial".[106]

Diante da narrada inadequação do CC/1916 ao mundo do século XX, fragmentou-se o Direito Civil, em razão da multiplicidade de leis que visavam contemplar as novas relações privadas,[107] fazendo o Código Civil se desgrudar do antigo amálgama que não o diferenciava com o próprio Direito Civil e escancarando as assimetrias existentes entre o mundo legislado e o real. A teoria contratual tradicional ficou inadequada para a sociedade massificada e de consumo, e a teoria da propriedade se mostrou inadequada para a pluralidade de novas situações jurídicas do novo paradigma social,[108] o que conferiu uma função meramente residual ao Código Beviláqua, outrora unificador do Direito privado brasileiro. Migrou-se, assim, da era das codificações para a era da descodificação ou dos microssistemas.[109]

[102] ARONNE, Ibid., p. 48-49.
[103] ARONNE, Id., 2014. p. 47
[104] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional; atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 47-48.
[105] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002 p. 163.
[106] TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342. Tomo 2.
[107] Podem ser destacadas, dentre outras, a Lei do Divórcio, Lei do Inquilinato, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, etc.
[108] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de direito do estado**. [*s. l.*], ano 1, n. 2, p. 35-23, abr./jun. 2006. p. 44.
[109] DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221-223.

Esse contexto fragmentado, embora abrangente, acabou perdendo forças com a reunificação do sistema através da unidade centrada na Constituição, gerando uma inevitável releitura do Direito Civil à luz do texto constitucional, metodologia esta que passou a chamada de Direito Civil-Constitucional.[110]

Nesse ambiente multifacetado, das cinzas do final do século XX, o Direito Civil brasileiro ressurgiu e renovou-se com a entrada em vigor do CC/2002, que, embora com críticas pontuais,[111] trouxe um paradigma sintonizado com a nova ordem constitucional, agora cheia de diretrizes aplicáveis também ao Direito Privado.[112] A partir de então, propriedade e contrato "tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, não havendo mais setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada".[113]

Apesar das variações ao longo dos séculos, pode-se dizer que como o Direito Civil é acima de tudo aquele que "rege a 'vida do homem comum', era fundamental desconstruí-lo como um direito que rege apenas bens patrimoniais para o reconstruir, revisitando-o à luz da dignidade, na medida da pessoa humana".[114] Para tanto, é imperioso o reconhecimento de que as relações jurídicas privadas devem ser interpretadas à luz do vértice normativo da Constituição,[115] seja em obediência às escolhas políticas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade humana. Afinal, não existem ilhas normativas rebeldes ou isoladas dentro

[110] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de direito do estado**. [*s. l.*], ano 1, n. 2, p. 35-23, abr./jun. 2006. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19. Tomo 3.

[111] Gustavo Tepedino afirma que o CC/2002 é retrógrado e demagógico, pois deixou de regular os novos direitos, questões de bioética, engenharia genética e da cibernética, além de ter, dentre outras falhas, como paradigmas Códigos do passado e não os mais atuais. TEPEDINO, Gustavo. O novo código civil: duro golpe na recente experiencia constitucional brasileira. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 357-360. Tomo 2. Por sua vez, José de Oliveira Ascensão afirma: O Código Civil é sábio e suporta a estruturação dum Direito de cláusulas gerais. Infelizmente, nasceu velho e não foi objeto da revisão necessária. O Código do Consumidor adiantara-se muito mais, na transposição setorial do novo espírito ancorado na Constituição de 1988. (ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008).

[112] "As nossas primeiras constituições (1824 e 1891) nada regularam sobre as relações privadas. O direito civil sempre esteve afastado do direito constitucional". Somente a partir da Constituição de 1934, nossas constituições passaram a tratar de temas anteriormente de âmbito civilístico. (DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237).

[113] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19. Tomo 3.

[114] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Prefácio.

[115] Na mesma linha, Pietro Perlingiere apresenta argumento cabível à realidade brasileira ao afirmar que "o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora" pois o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos privados quanto públicos, "é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

de um ordenamento jurídico, que é necessariamente sistemático[116] e uno, como conclui Gustavo Tepedino ao afirmar que ou "bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico".[117]

2. 2. 1 Propriedade inclusiva e funcionalizada

No tocante à propriedade, seu modelo estampado no art. 524 do CC/1916 permaneceu firme até ao advento do CC/2002, mas o contexto sociojurídico durante esse interregno fomentou mudanças estruturais na essência do direito proprietário brasileiro.

No âmbito constitucional, como relembra Paulo Lôbo, as Constituições de 1824, 1891 e 1937 mantiveram a visão moderna de propriedade com conteúdo exclusivo, pleno e irrestrito, salvo a desapropriação por utilidade pública. Já em 1934, a Constituição (art. 113) garantiu o direito de propriedade, mas de forma subordinada ao interesse social ou coletivo. Por seu turno, na Constituição de 1946 (art. 147), o direito de propriedade foi condicionado ao bem-estar social. Porém, foi somente nas Constituições de 1967 (art. 157) e de 1988 (art. 5º., XIII) que a expressão "função social da propriedade" foi utilizada, rompendo finalmente o tradicional modelo individualista e exclusivo da modernidade ao garantir não apenas as faculdades do titular da coisa, mas ao estabelecer deveres correlatos e de cunho coletivo. Afinal os recursos materiais do planeta são escassos em relação ao crescimento da população, dificultando que as pessoas sejam proprietárias dos bens que desejam, provocando, dentre outras, a discussão sobre o acesso às titularidades para aqueles que não têm meios de pagar pelos bens, ainda que essenciais.[118]

Esse novo aspecto social demonstra que a propriedade não existe apenas para satisfazer de forma exclusiva um indivíduo atomizado, mas é direito ao qual correspondem necessariamente deveres em relação aos interesses sociais,[119] pois o exercício do direito de

[116] A ordem jurídica é uma ordem. Sendo uma ordem, é um sistema. Não se faz aplicação correta do Direito se nos não elevarmos a esse sistema, que dá coerência às soluções e as liberta das emoções que turvam a valoração do caso concreto. (ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008).

[117] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In:* **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3-19. Tomo 3.

[118] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 25, 34 e 128. v. 4.

[119] Segundo Ricardo Aronne, o próprio Clóvis Beviláqua, embora timidamente, em 1956, externou que a riqueza advém da sociedade e, portanto, há de ter uma função social. Tal ilação, que para o nosso primeiro codificador decorria Kelsenianamente de ordem moral, atualmente é claramente decorrente de ordens jurídicas devidamente positivadas. ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 162.

propriedade tem repercussão além da órbita do seu titular, irradiando efeitos também no meio social.

É nesse sentido que a CF/1988 (art. 5º., XXII e XXIII e 170, II e III) deu tratamento totalmente diferenciado à propriedade formatada pelo CC/1916, tornando-a funcionalizada, pois somente nessa medida merece ser tutelada, tendo em vista que em razão da nova carta magna, não existe mais propriedade sem função social no ordenamento jurídico brasileiro.

O CC/2002, mesmo que tardiamente, em busca de sintonia com a axiologia constitucional,[120] rompeu o silêncio do antigo art. 524 do CC/1916 e estabelece nos cinco parágrafos do seu art. 1228 uma série de restrições e deveres ao proprietário, como o dever de exercer o direito de propriedade em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo a preservar o meio ambiente e o patrimônio histórico; a vedação de práticas animadas apenas pela intenção de prejudicar outrem; e a possibilidade de desapropriação em várias vertentes.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 2035 é veemente ao determinar a preponderância da função social da propriedade e do contrato sobre a liberdade do titular dos respectivos direitos subjetivos, dando, inclusive, caráter de norma de ordem pública à funcionalização dos pilares tradicionais do direito privado. Vale dizer, pela literalidade do dispositivo, "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Tal dispositivo, na visão de Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto, "representa fielmente o que se deseja de um direito civil-constitucional", cuja análise deve ser feita pela ótica dos direitos fundamentais, potencializando as dimensões existenciais sobre as patrimoniais.[121]

Antevendo tais mudanças, ainda no século passado, Silvio Rodrigues[122] afirmava que talvez "se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos do proprietário." Citando a visão de Duguit e Josserrand, Rodrigues destaca que, para o primeiro, "a propriedade não é um direito

[120] O CC/2002 recebeu influências dos valores que se consolidaram no século XX, notadamente os da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, o que repercutiu na ordenação do direito das coisas. Manteve a autonomia da posse e a propriedade deixou de vez de ser concebida como um senhorio exclusivo, abstrato e ilimitado. Apesar de não se referir explicitamente à função social da propriedade e da posse, salvo nas Disposições Finais e Transitórias (art. 2.035), várias são as regras que a concretizam, além de que deve ser observada a primazia da Constituição. LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 25. v. 4.

[121] BRAGA NETTO; Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Código Civil Comentado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 2052.

[122] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. **Direito das coisas**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 84 e 88. v. 5.

subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza", já para o segundo, seria um direito subjetivo limitado, o qual teria um fim que o ultrapassa, ou seja, "direito-função".

Se na antiga ordem o proprietário era importante, na atual o não-proprietário também o é, pois na propriedade funcionalizada, o direito dos outros também importa,[123] pois a propriedade tem atualmente um contorno de relação jurídica complexa entre o titular da coisa e a coletividade.[124] Assim, se de um lado, o proprietário pode exercer as faculdades do domínio sobre a coisa (usar, gozar e dispor), por outro, pode também exigir um dever geral de abstenção por parte dos não proprietários como garantia individual da propriedade (art. 5º., XXII, CF/1988). Em paralelo, a sociedade, que tem o dever de respeito à propriedade alheia por meio de uma prestação jurídica de não fazer ingerências no bem titularizado por outrem, pode exigir que o titular confira uma função social à propriedade (art. 5º., XXIII, CF/1988).

Assim, nas palavras de, Stefano Rodotà,[125] a propriedade é uma espécie de centro de imputação de interesses diversos:

> Emergi cosí, con nettezza sempre maggiore, il fatto che la proprietà si presenta come centro di imputazione di interessi diversi, grazie al collegamento, costituzionalmente operato, tra interesse proprietario ed una serie aperta di obiettvi in cui, storicamente e attraverso la mediazione legislativa, si concreta l'utilità sociale. Si è già ricordato come ciò sia reso posible dal mutato fondamento dell'attribuzione al privato dei poteri propietari, espresso appunto dalla funzione sociale e dalla sua incisione sulla struttura del diritto di proprietà.

Esse giro de paradigma, como afirma Ricardo Aronne, deu um profundo golpe na visão de direito absoluto que por séculos envolveu o discurso proprietário e embasou o direito das coisas codificado em 1916.[126] Apesar de toda essa mudança, não podemos afirmar peremptoriamente que é errada a interpretação fundada na pandectística de uma propriedade exclusiva e absoluta, pois o Direito não se resume a máximas dicotômicas como certo ou errado. Na verdade, tal visão representa o reflexo da sociedade de uma época que virava a página do

[123] CORTIANO Jr., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 152-153.

[124] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 5. p. 277 e 334.

[125] RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata e i beni comuni. 3. ed.Il Mulino: Bologna, 2013. p. 420. Tradução livre: "Surge assim, com cada vez mais clareza, o fato de a propriedade se apresentar como centro de imputação de diversos interesses, graças à ligação constitucionalmente operada entre o interesse de propriedade e um conjunto aberto de objetivos em que, historicamente e através da mediação legislativa, a utilidade social torna-se concreta. Já foi mencionado como isso é possibilitado pela mudança de base da atribuição ao indivíduo privado dos poderes de propriedade, expressos justamente pela função social e seu registro na estrutura dos direitos de propriedade".

[126] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 142-146.

feudalismo e das monarquias absolutistas, o que é compreensível. Contudo, problemática fica a situação quando se tenta manter viva tal interpretação nos dias de hoje, pois tanto a Constituição de 1988 quanto o CC/2002, estabelecem expressos fins sociais à propriedade.[127]

O fato é que, após todos o jogo de forças ocorrido durante o século XX, em razão da nova orientação constitucional, o CC/2002, embora mantendo linhas patrimoniais, deu contornos bem mais sociais ao direito de propriedade, o que não foi diferente em relação ao seu fiel aliado, o contrato.

2. 2. 2 Contrato funcionalizado e de boa-fé

Todas as mudanças acima narradas geraram também uma grande crise na noção tradicional do contrato, visto como pilar fundamental de um Direito Civil ancorado no modelo napoleônico, chegando a ser propagado mais especificamente por *Grant Gilmore*[128] que estaríamos vivenciando a "morte do contrato" no âmbito da sociedade massificada e complexa do final do século passado.[129]

Por outra perspectiva, Paulo Lôbo entende que o contrato não morreu, o que teria morrido seria a concepção individualista e voluntarista do contrato propagada pelo Estado liberal durante o século XIX e início de século XX. Dessa forma, se é certo que existe uma crise, esta não é do contrato, e sim de um modelo contratual que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea. Assim, o civilista brasileiro entende que, diferentemente do paradigma anterior, houve uma abertura de visão, e, por forças de influxos solidaristas constitucionais, o "direito contratual contemporâneo contempla os contratantes que detêm e os que não detêm poder negocial",[130] diferentemente do modelo anterior.

Como bem alerta Paulo Nalin, é esse contrato em crise que deve ser estudado e adaptado à nova realidade social, "sempre com os olhos voltados ao século que se abre, e nunca, para

[127] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 163.

[128] GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Edited and with a Foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: Ohio State University, 1995.

[129] Paulo Nalin expressa tal ideia mencionando metaforicamente a "razão" e o "caos" do contrato para ilustrar o ambiente contratual na modernidade e a pós-modernidade. NALIN, Paulo. **Do contrato: c**onceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 105.

[130] LÔBO, Paulo. **Contratos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 18 e 22. (Coleção Direito Civil v. 3).

aquele que se fecha",[131] como erroneamente ocorreu com o CC/1916.[132] Por isso, é inadmissível que se continue a pensar o fenômeno contratual com base nas premissas do século retrasado.[133] O desafio atual dos civilistas é justamente conciliar a dogmática clássica do contrato com os tempos pós-modernos, dinâmicos, tecnológicos e massificados e que, justamente por isso, requererem ênfase a aspectos solidaristas e personalistas no protagonismo das relações negociais[134], não apenas no tradicional sujeito abstrato de direito.[135]

É digno de nota que, mesmo com a evidente marca oitocentista do CC/1916, o próprio Clovis Beviláqua, mais de vinte anos depois da entrada em vigor do Código, argumentou que a reação contra o individualismo e as perturbações político-sociais da época causaram uma investida contra a figura clássica e voluntarista do contrato e até mesmo a aplicabilidade dos Códigos Civis. Marcando, assim, uma nova percepção sobre nossa realidade, Beviláqua declarou:

> No meu sentir, a evolução do direito obrigacional deve ser encaminhada no sentido da flexibilidade dos dispositivos e da equidade das soluções. Insisto no meu pensamento já exposto em outra oportunidade, de que o direito necessita abeberar-se, de mais em mais, do elemento ethico. [...] A conciliação dessas duas forças, a liberdade, que se expande e a segurança que lhe assegura a eficiência, dentro da ordem jurídica, depende, necessariamente, de uma legislação saturada de moral e do sentimento de respeito á personalidade humana. O conflito entre a rigidez do princípio conservador e garantidor pacta sunt servanda e a regra excepcional da justiça rebus sic stantibus, se resolve, na prática e na jurisprudencia, pela bôa fé na interpretação dos contractos e na legislação, pela saturação da moral na vida.[136]

É nesse sentido que Paulo Lôbo afirma que a teoria clássica do contrato também entrou em crise porque seus pressupostos de supremacia da vontade individual entraram em conflito

[131] NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 122.

[132] Silvio Rodrigues considera o CC/1916 como um grande monumento da cultura jurídica, mas que representa o retrato de uma época desadaptada à evolução social que o sucedeu. Se tem algum defeito, como frisou o clássico civilista, "é o de ter sido elaborado ao fim do século XIX e representar a cristalização da cultura de uma época, porventura desadaptada à evolução que se seguiu". RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Parte geral. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1. p. 11.

[133] STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.47.

[134] O mundo da segurança que permeou o ideário do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas; a ética da autonomia foi substituída pela da solidariedade; à tutela da liberdade do indivíduo foi acrescida a proteção da dignidade da pessoa humana. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 47.

[135] Sobre o tema da valorização da pessoa no direito privado: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.) **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa:** estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[136] A redação encontra-se no formato original da época. BEVILAQUA, C. Evolução da theoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [*s. l.*], v. 34, n. 1, p. 57-66, 1938. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65876. Acesso em: 16 fev. 2021.

com as Constituições sociais, difundidas a partir das primeiras décadas do século XX. No Brasil, o Estado Social, inaugurado com a Constituição de 1934 e consolidado normativamente com a constituição de 1988, passou a admitir mais abertamente uma intervenção pública no âmbito do contrato e da propriedade, através da constitucionalização da ordem econômica, financeira e social, que ficou funcionalizada com vistas à realização de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/1988, art. 1º., III).

Dessa forma, a Constituição avançou para além das fronteiras da organização do Estado e se colocou como oposição ao despotismo econômico,[137] gerando reflexos na visão moderna de fazer contratos como forma de criar leis entre as partes, o que acabou reforçando as assimetrias entre os contratantes. Assim, para corrigir essas distorções foi necessário um processo de crescente intervenção do Estado[138] nas relações particulares.

Por outro ângulo, a crise contratual pode ser analisada ainda por um aspecto macro, pois no ambiente globalizado e marcado por oligopólios, o contrato tradicional passa a ser um instrumento de imposição de poder, rivalizando inclusive com o monopólio legislativo dos Estados. Basta observar os chamados termos de uso e condições gerais dos contratos de adesão, para constatarmos que são códigos normativos privados, impostos massivamente em todos os países, fazendo com que a legislação contratual clássica seja incapaz de solucionar as demandas oriundas de tais relações, daí o surgimento de legislações protetivas do contratante vulnerável em face do poder contratual dominante, que nunca deixou de existir, mas que o direito anterior o desconsiderava em nome da igualdade formal.[139]

É nesse sentido que Silvio Rodrigues[140] já afirmava no final do século passado que "não são raros os casos em que a parte mais necessitada precisa contratar e tem que se submeter às cláusulas que lhe impõe o contratante mais forte." Por esse motivo, o civilista afirma que são inúmeras as leis que surgiram contendo preceitos de ordem pública para limitar a liberdade de contratar e evitar a criação de vantagens indevidas para uma das partes. No mesmo sentido, destaca também que são marcantes as limitações ao princípio da obrigatoriedade das convenções, pois "de acordo com tal princípio, o contrato vincularia as partes, que só se

[137] LÔBO, Paulo. **Contratos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 46-47. (Coleção Direito Civil, v. 3).
[138] Toda intervenção positiva do legislador em áreas privadas implica na satisfação de determinados interesses e no sacrifício de outros, em conflito com os primeiros, dando às operações econômicas um arranjo de acordo com os interesses que de tempos em tempos são eleitos politicamente como dignos de tutela numa maior ou menor medida. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22.
[139] LÔBO, Paulo. **Contratos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 50. (Coleção Direito Civil, v. 3).
[140] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 19-2. v. 3.

libertariam através do distrato, ou da impossibilidade da prestação provocada por caso fortuito ou força maior", o que não se adequa mais aos nossos tempos fluidos.

É justamente no atual ambiente dinâmico e carregado de hipercomplexidade[141] que os princípios contratuais passam a ter uma importância crucial para a estabilidade das relações e não para legitimar a exploração de uma das partes, como já ocorrera. A atividade econômica, regida pela nossa constituição é realizada por meio dos contratos, mas os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 da CF/1988) demonstram claramente que o modelo de contrato constitucionalmente eleito[142] não é mais o do Estado liberal.

Sob esse novo manto e com a massificação da economia, "é imprescindível que se faça revisão criteriosa do que significa *pacta sunt servanda* no século XXI, ou seja, o que deve ser entendido como conservação do contrato e como consequência de sua força obrigatória".[143] Paulo Nalin, por exemplo, afirma que a experiência decretou o "fim da justiça contratual fundada, exclusivamente, no *pacta sunt servanda"*.[144] Por tal visão, a célebre frase de *Fouillée* "*quid dit contractuel dit juste"*[145] não se encaixa mais na realidade econômica e social deste início de século, pois a justiça contratual dos novos tempos é mais ancorada no equilíbrio das prestações do que no seu irrestrito cumprimento nos moldes do *laissez-faire*.[146]

Na verdade, diante da nova dinâmica social, houve uma "redução do papel da importância da vontade dos contratantes", passando-se a uma fase de objetivação do contrato ou mesmo automatização e de estandardização, sobretudo em face da massificação das relações

[141] A expressão "hipercomplexidade" foi cunhada originalmente por Antônio Junqueira de Azevedo. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 115-116, abr. 1998.

[142] Para Ascensão, o CC/2002, juntamente com o CDC e a CF/1988 formam os três pilares da nova teoria contratual brasileira, sendo esta última o pilar hierárquico fundamental. ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan. /jun. 2008.

[143] NERY, Rosa Maria de Andrade; Nery Junior, Nelson. **Instituições de direito civil**: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019. p. 505. v. 2.

[144] NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109

[145] Tradução livre: "Quem diz contrato diz justo". FOUILLÉE, Alfred Jules Émile. **La science sociale contemporaine**. 2. ed. Paris: Librairie Hachette, 1885. p. 410. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242911/f4.item.r=%22La%20science%20sociale%20contemporaine%22# . Acesso em: 06 fev. 2021.

[146] "O liberalismo busca alicerçar-se na razão, apregoando que a felicidade individual seria alcançada na medida em que o Estado não opusesse obstáculos ao desenvolvimento dos instintos naturais de cada indivíduo. Daí a expressão 'laisser faire, laisser passer". GARCIA, Emerson. *In*: CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção clássicos do direito. v. 3).

econômicas que tornaram os negócios mais impessoais.[147] Como pondera Caio Mário, hoje em dia, o contrato generalizou-se, e qualquer pessoa – "sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato".[148]

O contrato é atualmente visto, não apenas como agente econômico, mas como um fator de alteração da realidade social. Assim, a concessão de autonomia negocial às partes não ocorre para a criação de uma "lei" rígida entre as partes, e, sim, dentro dos limites da função social que os contratos possuem, por repercutirem no ambiente social em que estão inseridos. Nesse novo paradigma, "somente estará amparado juridicamente o contrato que, fruto do exercício legítimo da liberdade contratual, está fundamentado, na origem, em sua função social."[149]

No início do século XX, portanto, novos ares surgiram para oxigenar as assimétricas relações contratuais e reformar a tradicional teoria contratual. Basta observar que a dignidade da pessoa humana (art. 1º., III CF) compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). Tais princípios fundamentam e legitimam o valor social da livre iniciativa (art. 1º., IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, consequentemente, os próprios princípios contratuais, pois o contrato é o instrumento que faz a dinâmica da atividade econômica no meio social.[150] É nesse ambiente de forte inspiração constitucional, que há uma verdadeira renovação da teoria contratual, antes individualista e agora solidarista.

O Código Civil contemporâneo não tem mais como modelo a estrutura geométrica e fechada da codificação oitocentista. A inspiração atual vem da Constituição, rica em modelos jurídicos abertos, como as cláusulas gerais[151] que "constituem janelas abertas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis.[152] Por outro ângulo, como bem destaca Ezequiel Morais,[153] as

[147] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 297-298.

[148] PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil**: contratos. 24. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10. v. 3.

[149] PEREIRA, Ibid., 2020. p. 12-13.

[150] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. TEPEDINO, Gustavo. *In:* **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 3-19. Tomo 3.

[151] Gustavo Tepedino afirma que o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais, que são normas "que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos", servindo como ponto de referência interpretativo e oferecedor de limites e critérios axiológicos para aplicação das demais normas. (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7. Tomo 2).

[152] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

[153] MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

cláusulas gerais possibilitam "regular um vasto número de situações que talvez nem sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição de uma lei," traduzindo significativa mudança no âmbito da nossa codificação civil.[154]

Fundados nos princípios constitucionais, surgiram os chamados princípios contemporâneos dos contratos: boa-fé objetiva, equilíbrio das prestações e função social, os quais, frise-se, não eliminaram os princípios já tradicionais, como proclamou Antônio Junqueira de Azevedo:

> Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.[155]

Analisando o mesmo tema, Teresa Negreiros entende que a tarefa do intérprete, diante da hipercomplexidade acima destacada, é reconstruir o sistema contratual, conciliando os princípios clássicos, marcadamente de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de caráter social, buscando o equilíbrio mais fiel possível sob a égide da arena constitucional".[156]

Com esse espírito, o CC/2002 apresenta três princípios fundamentais: a) eticidade, que objetiva oxigenar as relações privadas com valores éticos,[157] os quais podem ser encontrados nos artigos 113, 187 e 422 do Código, remetendo-nos à boa-fé objetiva;[158] b) socialidade, que busca superar o caráter individualista da legislação antecedente e, dentro do que nos interesse

[154] [...] "o Código Civil, como instrumento fundamental da vida privada, teve o grande mérito de instaurar decisivamente o direito de cláusulas gerais [...]". (ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008).

[155] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 115-116, abr. 1998.

[156] NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 111.

[157] Desde o final do século passado, o grande problema do direito tem sido o de estabelecer o equilíbrio entre "os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua trajetória individual". MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 47.

[158] "Uma das críticas que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a eles anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (§ 242)'. Isso foi corrigido pelo art. 422 do CC/2002. PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil**: contratos. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 21. v. 3.

no presente estudo, pode ser ressaltada a função social do contrato, estampada no art. 421; c) operabilidade, que busca facilitar a interpretação e aplicação pelo aplicador do direito com uma linguagem mais clara e uso de cláusulas gerais, como no caso da boa-fé objetiva.[159]

Como se observa, além da fonte constitucional, dos próprios princípios fundamentais do CC/2002, podem ser extraídos os contemporâneos princípios contratuais da função social, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico, que serão tratados com mais profundidade no Capítulo 3 deste trabalho.

Além das mudanças principiológicas já destacadas, Mário Luiz Delgado[160] aponta algumas das principais inovações existentes entre o Código de 2002 e o 1916, que estão sintetizadas e adaptadas a seguir: a) tornou expressa a teoria do negócio jurídico, pois o CC/1916 cuidou especificamente do ato jurídico; b) trouxe o instituto do estado de perigo (art. 156) e da lesão (art. 157) como aptos a gerar a invalidação ou revisão do negócio jurídico; c) foi mais técnico na distinção entre as formas de extinção do contrato, como a resolução (475) e a resilição (arts. 472 e 473), que não eram muito claras no Código de 1916; d) reconheceu a liberdade de contratar, mas criou barreiras instituindo que esta se daria em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421);[161] e) versou sobre o contrato de adesão e a proteção da parte aderente; f) possibilitou a revisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480); g) positivou a boa-fé objetiva como regra de interpretação (art. 113), regra limitadora do exercício abusivo de direitos (art. 187) e como cláusula geral dos contratos (art. 422); h) valorizou o aspecto social do direito de propriedade (arts.1228 e art. 2035, parágrafo único), em sintonia com a CF/1988; i) reduziu prazos de usucapião (arts. 1238 a 1242) e criou nova forma de desapropriação social (art. 1228, §4º.); j) disciplinou o condomínio edilício (arts. 1331 a 1358); k) mais recentemente instituiu o Condomínio em Lotes (art. 1358-A), a Multipropriedade (art. 1358-B a 1358-U) e o Direito de Laje (art. 1510-A a 150-E).

Observa-se, portanto, que a nova codificação, apesar de críticas e elogios, procurou retirar a veste puramente liberal da codificação anterior, mantendo agora uma maior harmonia

[159] REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 37-40. (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem Professor Miguel Reale, v. 1).

[160] DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 299-306.

[161] No que concerne ao princípio da liberdade contratual, vale lembrar que a Lei da Liberdade Econômica (Lei Federal n. 13.874/2019) alterou o art. 421 do CC/2002, que na sua redação original fazia referência à "liberdade de contratar" "em razão" e nos limites da função social. Atualmente a redação versa sobre" liberdade contratual", estando, assim, ligada à escolha do conteúdo contratual e não à liberdade de celebrar contratos quando e com quem desejar. Além disso foi suprimida a expressão "em razão", tendo em vista que a razão dos contratos é a satisfação dos interesses econômicos ou particulares das partes, ficando, entretanto, esta liberdade de atuação limitada pela função social.

com a ideia de ordenamento jurídico uno e sistemático, ancorado nos valores e princípios constitucionais, o que alterou bastante o antigo cenário anacrônico e multifacetado do Direito Civil durante grande parte do século XX. Mas, apesar de alguns avanços, isso não quer dizer que nossos problemas findaram, como restará demonstrado no tópico seguinte.

2. 3 Um código analógico para uma sociedade digital

Demonstrou-se acima que o Direito Privado tem tradicionais colunas de sustentação, como a Propriedade e o Contrato.[162] Porém, será demonstrado no capítulo 2 que, no final do século passado, uma revolução tecnológica[163] começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado, dando origem a uma sociedade em rede, que tem reflexos de ordem econômica e cultural. Assim, "as redes digitalizadas de comunicação multimodal passaram a incluir de tal maneira todas as expressões culturais e pessoais a ponto de terem transformado a virtualidade em uma dimensão fundamental da nossa realidade".[164]

Como afirma Jeremy Rifkin, as bases sólidas da vida moderna começaram a se desintegrar. A propriedade, que outrora levou homens a batalhas ideológicas e guerras sangrentas, está esmorecendo[165] em várias frentes formadas por novas realidades econômicas, o que tem levado a sociedade a repensar os tipos de vínculos e limites que irão definir as relações de pertencimento no século XXI. Em vários aspectos, na nova era digital, "os mercados estão cedendo lugar às redes, e a noção de propriedade está sendo substituída rapidamente pelo acesso".[166]

[162] Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo (GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 281. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1)).

[163] "A sociedade vive um período pós-industrial, caracterizado pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista" (EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Prefácio de Paulo Luiz Netto Lôbo; Apresentação: Nelson Rosenvald. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 58).

[164] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 11 e 24. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

[165] Nelson Rosenvald afirma que está ocorrendo uma "irrefratável desintegração da propriedade", que, vista como acesso do indivíduo à cidadania, já teve seus dias de glória. (ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 269).

[166] RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**. Tradução: Maria Lucia G. L. Rosa. Revisão técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001. p. 4.

Nas últimas décadas, as riquezas perderam a sua densidade, chegando-se a falar em despatrimonialização dos bens, e a globalização associada à realidade virtual encaminha a humanidade para um novo centro de interesses, incorpóreo, fluido e invisível a olho nu.[167] Zygmunt Bauman chamou isso de modernidade leve, líquida ou de software, ao passo que o modelo tradicional de pertencimento foi nomeado pelo mesmo autor como modernidade sólida, pesada ou de hardware.[168]

É visível, portanto, que Acesso e Compartilhamento estão, dentro da lógica da sociedade em rede, pautados num modelo digital, mitigando gradativamente o Direito de Propriedade e valorizando o uso, que dispensa a titularidade do bem e proporciona o exercício de poderes tipicamente inerentes ao proprietário, remodelando toda a ideia de pertencimento com um foco crescente no compartilhamento.

Por sua vez, no âmbito contratual,[169] a compra e venda, o contrato mais utilizado no mundo corpóreo, tende a ceder espaço para o *leasing*, locação e uma ampla variedade de prestações de serviços,[170] tipos mais apropriados para a dinâmica de uma nova realidade menos focada nas obrigações de dar e mais nas de fazer.[171] Diante, então, da remodelagem da noção de pertencimento, os contratos[172] estariam assumindo o papel de protagonismo[173] nas relações

[167] GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das Multititularidades**: repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 9.

[168] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Zahar: Rio de Janeiro, 2001. p. 132 e 136.

[169] "A renovação dos estudos jurídicos e a convicção crescente da necessidade de contemplá-los com os subsídios de outras ciências humana, notadamente a Sociologia, a Política e a Economia, induzem tratamento novo dos institutos jurídicos tradicionais que distinguem o Direito Privado, dentre as quais o contrato" (GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3).

[170] "O velho contrato de prestação de serviços, praticamente restrito a vínculos entre pessoas jurídicas ou a um círculo privilegiado de pessoas naturais, recobrou importância nas últimas décadas, seja pelo dramático processo de flexibilização das relações de trabalho, seja pelo surgimento de novos arranjos colaborativos (muitos deles meros biombos para uma exploração capitalista 'tecnológica') inerentes à 4ª. Revolução Industrial" (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentai. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 112).

[171] MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, [*s. l.*], v. 18, 2000.

[172] "Numa palavra: o progredimento na área contratual avança nos dois setores: técnico e moral" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reforma do Direito Civil. *In*: TEPEDINO**,** Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1)).

[173] "A quantidade de contratos que um ser humano celebra diariamente é incomparável com qualquer outro período histórico. O agricultor, o pequeno comerciário, o fazendeiro, o militar e o sacerdote dos fins da *Belle Époque* nem sonhavam que seus descentes precisariam contratar com tal intensidade um século depois da chegada dos cavaleiros do apocalipse, em 1914". (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo:** estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p.111).

patrimoniais digitais, marcadas principalmente por compartilhamento e acesso a variados bens e serviços.

Vive-se, portanto, tempos confusos, como ocorre nos períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram elaboradas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao que é passado.[174]

Nesse cenário estruturado por meio do ambiente virtual da internet, com base em algoritmos e Contratos de Adesão,[175] o Código Civil, que tradicionalmente é o paradigma das normas privadas, e que foi feito ainda sob uma visão de mundo sólido e corpóreo, terá dificuldades[176] para regular inteiramente as relações patrimoniais, conforme enfrentado no capítulo 3. Seja pelo excessivo enfoque na propriedade corpórea, seja pelo desfoque dos contratos tipificados, em relação à prática diária das contratações majoritariamente de consumo, resta evidente que nosso Código já apresenta certo anacronismo de nascença.

Para se ter uma ideia, a palavra internet não aparece nenhuma vez nos 2046 artigos do CC/2002. Tal fato já demonstra que a lei central do Direito Privado brasileiro possui limitações para dar conta das novas demandas sociais, pois regula diretamente apenas as relações de pertencimento baseadas num mundo sólido e material. De fato, o Direito das Coisas, amplamente regulado em nosso Código, é inteiramente voltado para figuras materiais e geralmente imobiliárias, tais como usucapião, acessão, aluvião, avulsão, álveo abandonado, anticrese etc., mas não se refere em nada acerca do mundo que se descortina sob o manto da internet.

Essas evidências indicam que, assim como o CC/1916 nasceu no início do século XX, mas voltado para o século anterior, o CC/2002 repete a mesma sina e nasceu no início do século XXI, mas voltado para o século do automóvel e da casa própria, gerando um descompasso regulatório diante de uma realidade que é o surgimento crescente da sociedade digital, conectada, ágil e fluida.

[174] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 20. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 11. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1).

[175] "Uma das figuras mais interessantes do Direito Contratual moderno é o contrato de adesão. Grande esforço tem a doutrina empregado para explicá-la à luz dos conceitos tradicionais, mas sérias dificuldades se apresentam porque, como se tem observado, sua estrutura não se ajusta bem no esquema clássico do contrato (GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128).

[176] Não se quer dizer com isso que o ambiente é de pessimismo para os civilistas, afinal "O saudoso professor Stefano Rodotà observou, em síntese tornada célebre, que a tecnologia salvou o Direito Civil, assim como a ética salvara, no passado, a filosofia. Anunciava, com isso, que as grandes questões do Direito contemporâneo integram a agenda atual do Direito Civil" (TEPEDINO, Gustavo. As tecnologias e a renovação do direito civil. **OABRJ**. 12 jun. 2019. Disponível em: https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/as-tecnologias-renovacao-direito-civil. Acessado em: 14 nov. 2019).

A Tabela 1, abaixo, demonstra que o CC/2002, assim como o de 1916, foi formulado para um mundo sólido e analógico. A título de esclarecimento, a expressão “coisa” aparece 300 vezes no CC/1916 e 332 vezes no CC/2002. A palavra “propriedade” aparece 56 vezes no CC/1616 e 138 vezes no CC/2002, demonstrando que expressões ligadas à apropriação abundam os dois Códigos. Já expressões ligadas aos contratos apresentam também grande abundância, como, por exemplo, “contrato” aparece 180 vezes no CC/1916 e 275 no CC/2002. A única palavra que perdeu espaço do CC/1916 para o CC/2002 foi “indivíduo”, reduzida de 12 para 6 citações, sugerindo uma perda do caráter individualista no novo Código. Inversamente proporcional foi a expressão “boa-fé”, que subiu de 26 menções no CC/1916 para 56 no CC/2002, em sintonia com o princípio da eticidade. Por outro lado, a expressão “revisão”, que não apareceu no CC/1916, focado no cumprimento irrestrito dos contratos, aparece 6 vezes no CC/2002, o qual avançou bem ao abrir a possibilidade expressa de readaptação dos contratos diante de circunstâncias legalmente estabelecidas.

É observável ainda que existe uma simetria no tocante à omissão nos dois Códigos de expressões ligadas à economia compartilhada. Por exemplo, “compartilhar”, “compartilhamento” e “virtual” não aparecem nenhuma vez em ambos os Códigos, e, como já alertado linhas atrás, a palavra “internet” é expressão inexistente no CC/2002 e, por razões óbvias, também no de 1916, revelando que, em termos de mundo digital, mesmo com quase cem anos de diferença, os Códigos se aproximam mais do que em qualquer outro assunto. Infelizmente, a aproximação ocorre na omissão, o que sugere problemas no enfrentamento das questões cada vez mais frequentes oriundas do mundo virtual, como é o caso da economia de compartilhamento.

Tabela 01 – Comparação Entre O CC/1916 E O CC/2002

Expressão	**CC/1916: 1807 artigos**	**CC/2002: 2046 artigos**
Propriedade	56	138
Proprietário	75	145
Coisa	300	332
Contrato	180	275
Contratante	8	21
Função Social	0	2
Indivíduo	12	6

Boa-fé	26	56
Revisão	0	6
Compartilhar	0	0
Compartilhamento	0	0
Internet	0	0
Virtual	0	0
Digital	0	2

Fonte: pesquisa própria.

Os dados acima carecem de maior aprofundamento em pesquisas posteriores, mas evidenciam que o Brasil tem um Código Civil analógico para uma sociedade cada vez mais digital.

Como afirma Maria Celina Bodin, "tudo adquire significado somente em relação a determinado contexto",[177] e o contexto socioeconômico brasileiro mudou significativamente na última quadra do século XX, bem como nestas primeiras décadas do século XXI, pois os centros de poder econômico migraram das titularidades sobre as coisas imobiliárias para os controles da riqueza, principalmente mobiliária.[178]

Nesse sentido, se o CC/1916, que nasceu tardiamente, foi logo em seguida minado por inúmeras leis especiais que tratavam dos assuntos por ele omitidos. O problema é que o CC/2002 parecer ter nascido também tardiamente, como fruto das aspirações dos anos 1970, e ao se ocupar demasiadamente com o pertencimento tradicional, sólido e material, ignora o mundo virtual e alguns de seus múltiplos reflexos, como a economia de compartilhamento.

Da mesma forma, a completa ausência de elementos ligados à internet no Código, acabam por torná-lo uma figura exótica para quem já nasceu num mundo estruturado por *smartphones, streamings* e contratações virtuais, correndo o mesmo risco do CC/1916 de ficar minado por inúmeras leis que versam sobre as questões contemporâneas, como é o caso do Marco Civil da Internet (MCI), da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e do próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), que embora bem mais velho que o CC/2002, apresenta-se até hoje como legislação mais atualizada e aplicável à parcela significativa das relações negociais do dia-a-dia das pessoas.

[177] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 33.
[178] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 25. v. 4.