

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA

***A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS
CIVIS E DE CONSUMO: uma teoria contratual baseada na colisão dos
direitos ou bens constitucionalmente protegidos***

**NATAL
2008**

CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS CIVIS E DE
CONSUMO: uma teoria contratual baseada na colisão dos direitos ou bens
constitucionalmente protegidos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Edílson Pereira Nobre Júnior

NATAL
2008

Catálogo da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA
Divisão de Serviços Técnicos

Ferreira, Carlos Wagner Dias.

A eficácia dos direitos fundamentais nos contratos civis e de consumo: uma teoria contratual baseada na colisão dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos / Carlos Wagner Dias Ferreira. - Natal, 2008.

292 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

I. Direito - Tese. 2. Contratos - Tese. 3. Bens - Tese. 4. Direitos fundamentais - Tese. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 34 (81) (043.3)



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

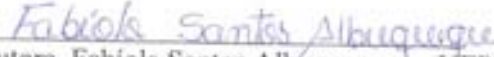
Título: "A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS CIVIS E DE CONSUMO: UMA TEORIA CONTRATUAL BASEADA NA COLISÃO DOS DIREITOS OU BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS".


Mestrando: CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA

Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada em 10/03/2008 pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

BANCA EXAMINADORA


Prof.º Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier - UFRN
Presidente


Prof.ª Doutora Fabíola Santos Albuquerque - UFPE
1ª Examinadora


Prof.º Doutor Gleydson Kleber Lopes de Oliveira - UFRN
2º Examinador

Natal (RN)
Março/2008

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus por me dar força e saúde para enfrentar esta longa e desgastante empreitada.

Ao professor-orientador Edílson Pereira Nobre Júnior, grande sábio das letras jurídicas deste país, pelas preciosas lições e orientações, sem as quais teria sido frustrada a feitura e a conclusão deste trabalho, e, sobretudo, pelo constante e incansável incentivo e apoio na condução da minha carreira acadêmica.

Ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com especial realce para o então Desembargador-Corregedor Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria, que autorizou o meu afastamento das atividades jurisdicionais por dois meses, sem o qual teria sido praticamente impossível a realização de pesquisas e a imprescindível reflexão sobre o material coletado.

À Fábio Ataíde, colega de mestrado e que, ao longo do tempo, se transformou em um grande amigo e uma espécie de “co-orientador”, o meu sincero agradecimento pelas horas que privou de sua vida e de sua família, para debater sobre os principais pontos deste trabalho.

À minha irmã Ana Carla, excelente estudante de direito e agora também “pesquisadora”, pelo fundamental auxílio nas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

À minha querida mãe Maria do Céu, que nunca deixou de acreditar em meu potencial, pelas lições de luta e de amor incondicional.

E, por fim, à minha esposa Anete Brito e às minhas filhas Júlia e Beatriz, pela compreensão nos momentos de ausência e, em particular, pelos momentos de desconcentração e de riso que me aliviavam da carga de tensão e cansaço provocados pela elaboração deste trabalho.

SUMÁRIO

	Página
RESUMO	8
ABSTRACT	10
1. INTRODUÇÃO	
1.1. REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E DA CONCEPÇÃO NEOLIBERAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	12
1.2. O FENÔMENO DO PODER PRIVADO.....	20
1.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	26
1.4. CRÍTICAS À PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	35
1.5. PLANO DE TRABALHO.....	44
2. ASPECTOS JURÍDICOS E CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA	
2.1. A UNIDADE E A VISÃO SISTÊMICA NA ORDEM JURÍDICA.....	47
2.2. VALORES, PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS.....	52
2.3. CLÁUSULAS GERAIS.....	61
2.4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIGADOS À ATIVIDADE NEGOCIAL.....	63
2.4.1. Princípio da segurança jurídica	63
2.4.2. Princípio da dignidade da pessoa humana	66
2.4.3. Princípio da solidariedade	72
2.4.4. Princípio da proibição de discriminação	76
2.4.5. Princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170 da CF)	80
2.5. DIREITOS OU BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.....	85
2.6. COLISÕES E PONDERAÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS OU BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.....	90
3. DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	
3.1. DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	99
3.2. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	103
3.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES.....	110
3.4. QUESTÃO TERMINOLÓGICA E DISCIPLINA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.....	121
3.5. TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	125
3.5.1. Teoria da não aplicação dos direitos fundamentais	125
3.5.2. Teoria do <i>state action</i>	126
3.5.3. Teoria da eficácia mediata ou indireta	130
3.5.4. Teoria da eficácia imediata ou direta	135
3.5.5. Teoria dos deveres de proteção	141

3.6. CORRETO EQUACIONAMENTO DO PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	145
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

4. CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONTRATOS DA ANTIGUIDADE AO ESTADO LIBERAL

4.1. O CONTRATO NO DIREITO ROMANO.....	153
4.2. O CONTRATO NO DIREITO CANÔNICO.....	156
4.3. REFLEXOS DO LIBERALISMO NA TEORIA CONTRATUAL: FENÔMENO DO CODICISMO.....	158
4.4. A CONCEPÇÃO LIBERAL DO CONTRATO.....	164
4.4.1. A noção de contrato.....	164
4.4.2. Características do contrato no Estado liberal.....	167
4.4.3. Princípios da concepção liberal do contrato.....	170
4.4.3.1. Princípio da autonomia da vontade.....	170
4.4.3.2. Princípio da relatividade dos efeitos.....	172
4.4.3.3. Princípio da boa-fé.....	173
4.4.3.4. Princípio da força obrigatória dos contratos.....	176
4.5. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	178

5. CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

5.1. A CRISE NA TEORIA LIBERAL DOS CONTRATOS E O DIRIGISMO CONTRATUAL.....	183
5.2. FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS E O ABANDONO DA TEORIA ESTRUTURAL.....	191
5.3. A CONCEPÇÃO SOCIALIZANTE DOS CONTRATOS.....	195
5.3.1. A noção de contrato.....	195
5.3.2. Características da concepção social do contrato.....	199
5.3.3. Princípios da concepção social dos contratos.....	203
5.3.3.1. Princípio da autonomia privada.....	203
5.3.3.2. Princípio da função social do contrato.....	207
5.3.3.3. Princípio da boa-fé objetiva.....	211
5.3.3.4. Princípio do equilíbrio econômico.....	215
5.4. CONTRATOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	217

6. CONCEPÇÃO PÓS-SOCIAL DOS CONTRATOS: PROPOSTA PARA UMA TEORIA CONTRATUAL DIFERENCIADA BASEADA NA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. INSUFICIÊNCIA DA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	221
6.2. EM BUSCA DE UMA TEORIA CONTRATUAL DIFERENCIADA.....	228
6.2.1. Premissas constitucionais a considerar.....	228
6.2.2. Teoria da causa como função econômico-social.....	233
6.2.3. Teoria da essencialidade do bem na visão de Teresa Negreiros.....	235
6.2.4 Teoria dos deveres de proteção incidente sobre os direitos e os bens constitucionalmente protegidos nos contratos.....	238
6.3. NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	244

6.3.1. Necessidade de consolidação de novos princípios contratuais de natureza constitucional.....	244
6.3.2. Princípio da autonomia privada como extensão da livre iniciativa.....	246
6.3.3. Princípio da dignidade contratual.....	251
6.3.4. Princípio da solidariedade contratual.....	255
6.3.5. Princípio da justiça contratual.....	258
6.4. PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS OU BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS NOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PARTICULARES.....	259
7. CONCLUSÃO.....	273
8. REFERÊNCIAS.....	280

RESUMO

A aparente virtuosidade que se poderia esperar da globalização e do neoliberalismo tem dado sinais de deterioração nas relações contratuais, especialmente nos contratos de consumo de massa, gerando inúmeras situações ofensivas aos direitos fundamentais e a bens constitucionalmente protegidos dos contratantes. No mundo de hoje, ainda que não manifeste qualquer desejo, o indivíduo é praticamente compelido a contratar, por força de necessidades e costumes massivamente impostos, principalmente em face da essencialidade dos serviços ou bens pactuados. Diante de tantas e inesperadas mudanças nos liames civis e de consumo, ditadas pela globalização, vem à tona a reflexão se o direito privado e, mais especificamente, o direito civil, encontra-se adequadamente preparado para lidar com esses novos parâmetros da economia. A presente dissertação tem o propósito de investigar se a globalização e o conseqüente neoliberalismo, neste início de terceiro milênio, implicarão o reviver dos princípios e dos paradigmas basilares dos contratos que alicerçaram e mantiveram, por mais de dois séculos, o Estado liberal. Note-se que o estudo desse fenômeno ganha importância à medida em que se agrava o declínio do Estado social (*Welfare State*), com a fragilização e a perda da autonomia da autoridade estatal, sobretudo em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, que apresenta profundas deficiências de prestar ou promover, com um mínimo de qualidade e eficiência, serviços públicos considerados essenciais à coletividade e que se encontram consagrados na Constituição Federal, como direitos fundamentais ou como bens constitucionalmente protegidos, a exemplo da saúde, da educação, da moradia, da segurança, da previdência, do seguro, da proteção à maternidade, da infância e dos idosos e deficientes. Ao final, conclui-se que a incidência de direitos fundamentais do homem constantes na Constituição, no processo de interpretação dos conflitos contratuais que têm

como objeto direitos ou bens constitucionalmente protegidos, no universo da economia globalizada e do neoliberalismo, constitui-se talvez em um dos poucos caminhos – senão o único - que ainda restam para tratar mais adequadamente das relações contratuais, mesmo que se considere a presença de cláusulas gerais no âmbito da legislação civil e consumerista infraconstitucional, sobretudo frente aos particulares detentores de poder sócio-econômico. Poder que importa necessariamente em desequilíbrio entre as partes, cujo realinhamento depende do efeito e da graduação que se pretende conferir ao direito fundamental em jogo na relação privada. A Constituição, ao permitir a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estaria assumindo contornos de um estatuto fundamental de toda a coletividade, dando proteção ao homem contra o poder, independentemente se público ou privado.

Palavras-chave: direitos fundamentais – contratos – direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

ABSTRACT

The apparent virtuosity that if could wait of the globalization and the neoliberalism has given signals of deterioration in the contractual relations, especially in contracts of mass consumption, generating innumerable offensive situations to the basic rights and the goods constitutionally protected of the contractors. In the world of today, still that it does not reveal any desire, the individual practically is compelled to contract, for force of necessities and customs completely imposed, mainly in face of the essentiality of the services or agreed to goods. Ahead of as much and unexpected changes in the civil liames and of consumption, dictated for the globalization, it comes to surface the reflection if the private law e, more specifically, the civil law, meet prepared adequately to deal with these new parameters of the economy. The present dissertation has the intention to investigate if the globalization and the consequent neoliberalism, in this beginning of third millennium, will imply to revive of the principles and the basics paradigms of the contracts that consolidated and had kept, for more than two centuries, the liberal State. One notices that the study of this phenomenon it gains importance to the measure where if it aggravates the decline of the social State (Welfare State), with the embrittlement and the loss of the autonomy of the state authority, over all in countries of delayed modernity, as it is the case of Brazil, that presents deep deficiencies to give or to promote, with a minimum of quality and efficiency, essential considered public services to the collective and that if they find consecrated in the Federal Constitution, as basic rights or as goods constitutionally protecting, the example of the health, the education, the housing, the security, the providence, the insurance, the protection the maternity, the infancy and of aged and deficient. To the end, the incidence of constant basic rights of the man in the Constitution is concluded that, in the process of interpretation of the right contractual conflicts

that have as object rights or goods constitutionally proteges, in the universe of the globalized perhaps economy and of the neoliberalismo, it consists in one of the few ways - unless the only one - that still they remain to over all deal with more adequately the contractual relations, exactly that if considers the presence of clauses generalities in the scope of the legislation infraconstitutional civil and of consumption, front the private detainers of social-economic power. To be able that it matters necessarily in disequilibrium between the parts, whose realignment depends on the effect and the graduation that if it intends to confer to the basic right in game in the private relation. The Constitution, when allowing the entailing of the basic rights in the privates relations, would be assuming contours of a statute basic of all the collective, giving protection to the man against the power, if public or independently private.

Key Words: basic rights – contracts – rights or goods constitutionally proteges.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Reflexos da globalização e da concepção neoliberal nas relações contratuais

Nas últimas duas décadas, especialmente após a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria, a sociedade vem assistindo ao surgimento de um novo cenário na economia, cada vez mais intenso, marcado pelo acirramento em âmbito global da competição e da concorrência entre os diversos setores da produção empresarial, o que acaba se refletindo no campo do direito, sobretudo no terreno contratual. Esse fenômeno, batizado de globalização econômica¹, tem provocado sensíveis mudanças na forma e no conteúdo dos relacionamentos dos participantes dos vínculos negociais e instituído, no plano da concepção política, o Estado neoliberal.

Além da globalização econômica e da competição internacional, a revolução ocorrida na esfera das telecomunicações e da informática, associada ao incrível desenvolvimento tecnológico, contribuem para a otimização da produção industrial e para a aceleração dos mecanismos de circulação de riquezas nacionais e internacionais, caracterizando a nossa era como a da extrema velocidade e do desaparecimento das distâncias e das fronteiras². Ao lado

¹ Antonio Enrique Pérez Luño estabelece as linhas gerais do que se deve entender acerca da globalização da economia como processo de integração do financiamento, produção e comercialização, explicitando que “Dichos procesos de integración e interdependencia se producen a escala planetaria, rebasando los limites tradicionales establecidos por las fronteras de los Estados. Por tanto, la globalización supone la realización de los esquemas económicos del neoliberalismo capitalista. Entre sus efectos más importantes destacan: el desbordamiento de la capacidad de las naciones para realizar políticas y/o controles económicos en favor de poderes internacionales (Fondo Monetario Internacional) o privados (empresas y corporaciones multinacionales); la existencia de grandes redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria; el desequilibrio y asimetría del protagonismo de los distintos Estados en las redes económicas interconectadas, lo que determina la concentración de beneficios en los países del Primer Mundo (*global-ricos*) y el correlativo empobrecimiento de los países del Tercer Mundo (*global-pobres*)” (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª Edición. Madrid: Tecnos, 2003, pág. 628).

² WALD, Arnold. *Um Novo Direito para a Nova Economia: A Evolução dos Contratos e o Código Civil*. In: DINIZ, Maria Helena, LISBOA, Roberto Senise (Coords.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 73/74.

disso, neste mundo globalizado, os fluxos de financiamentos, a volubilidade de capital especulativo, o controle cambial e a política monetária deixam de serem assuntos de exclusivo controle interno do próprio Estado³ e passam a ficar cada vez mais vulneráveis a fluxos e injunções globais.

A repercussão da globalização, com a prevalência das regras de mercado, tem sido tão acentuada que Arnaldo Wald ainda destaca o desaparecimento dos mercados cativos que se mantinham com base na tradição ou, mesmo, em uma espécie de direito adquirido a abastecer o consumo local, existentes no Brasil até 1990. Ressalta que corte de custos substanciais e aumento dos lucros empresariais ganham renovados fôlegos, incrementando, com rapidez nunca vista na história da civilização, com o auxílio da *internet*, a velocidade da comercialização de produtos e de serviços, capaz de proporcionar uma nova escala à atividade negocial, devido à possibilidade de alcançar um número ilimitado de clientes ou de fornecedores⁴.

Mas a aparente virtuosidade que se poderia esperar da globalização tem dado sinais de deterioração nas relações contratuais, sobretudo nos contratos de consumo de massa, gerando inúmeras situações desvantajosas e ofensivas aos direitos fundamentais e a bens constitucionalmente protegidos dos contratantes.

Antonio Enrique Pérez Luño chega a noticiar, inclusive, o alerta de alguns líderes de países periféricos de que esse fenômeno econômico oculta, em muitas ocasiões, o interesse de multinacionais de criar hábitos “globais” de consumo, tentando uniformizar as modas e os

³ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões Histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, págs. 24/25.

⁴ *A Função Social e Ética do Contrato como instrumento jurídico de parcerias e o Novo Código Civil de 2002*. Revista Forense. Ano 98. Volume 364. Novembro/dezembro de 2002, pág. 22.

modos de vida, num movimento que está sendo chamado de “macdonalização do mundo”⁵. A competitividade pela excelência dos bens de consumo e dos serviços torna o consumidor mais vulnerável a cair na sedução de comprar a qualquer custo, submetendo-se a tudo para adquiri-los, mesmo correndo o risco de ver adulterados alguns direitos fundamentais essenciais à sua própria dignidade.

No mundo de hoje, ainda que não manifeste qualquer desejo, o indivíduo é praticamente compelido a contratar, por força de necessidades e costumes massivamente impostos, configurando aquilo que se convencionou denominar de conduta socialmente típica⁶. Por outro lado, a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade - de escolher com quem deseja contratar pode decorrer tanto da existência de monopólio em determinados setores, como também da essencialidade dos serviços ou bens pactuados⁷. Diante de tantas e inesperadas mudanças nos liames de consumo, ditadas pela globalização, vem à tona a reflexão se o direito privado e, mais especificamente, o direito civil, encontra-se adequadamente preparado para lidar com esses novos parâmetros da economia.

Convém, neste início de terceiro milênio, investigar se a globalização e o conseqüente neoliberalismo implicarão o reviver dos princípios e dos paradigmas basilares que alicerçaram e mantiveram, por mais de dois séculos, o Estado liberal. Não custa lembrar que a concepção liberal pregava a mínima interferência estatal nas relações privadas, a separação entre a sociedade e o Estado e, na seara dos negócios, a prevalência da vontade e da liberdade nos pactos e a necessidade de preservação do vínculo contratual, para garantir segurança jurídica. A lógica que justificava a separação entre sociedade e Estado partia da

⁵ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 8ª Edición. Madrid: Tecnos, 2003, págs. 629.

⁶ ZINN, Rafael Wainstein. *O Contrato em Perspectiva Principiológica: Novos Paradigmas da Teoria Contratual*. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, págs. 117/118.

⁷ ZINN, Rafael Wainstein, *Ibid.*, pág. 120.

idéia de que o maior agressor dos direitos do indivíduo era o poder estatal, daí a predominância em seu rol das liberdades públicas ou direitos negativos sintetizados na trilogia “liberdade, propriedade e segurança”.

Note-se que o estudo desse fenômeno ganha importância à medida em que se agrava o declínio do Estado social (*Welfare State*)⁸, com a fragilização e a perda da autonomia da autoridade estatal, sobretudo em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, que apresenta profundas deficiências de prestar ou promover, com um mínimo de qualidade e eficiência, serviços públicos considerados essenciais à coletividade e que se encontram consagrados na Constituição Federal como direitos fundamentais ou como bens constitucionalmente protegidos, tais como saúde, educação, moradia, segurança, previdência, seguro, proteção à maternidade, à infância e aos idosos e deficientes.

Além da derrocada do Estado do bem-estar social, Juan María Bilbao Ubillos, baseado na experiência europeia, mas cujo raciocínio se aplica à realidade brasileira, complementa que a privatização efetuada por países do velho mundo, como a Inglaterra, significará que cada vez mais serviços tradicionalmente nas mãos do Estado deixem de ser públicos e se transformem em privados⁹.

Não é à toa que milhares de consumidores são forçados a procurar a prestação de serviços privados, sob pena de definitivamente não usufruí-los, nas áreas de planos ou seguros

⁸ Daniel Sarmiento historia as razões que levaram à crise do Estado do Bem-Estar Social e ao conseqüente nascimento do paradigma pós-social, explicitando que: “A partir dos dois choques do petróleo na década de 70, instaura-se uma crise no *Welfare State*, que põe em cheque a lógica do dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira. A explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços na medicina e no saneamento básico, engendrou uma perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se assentara o Estado Social” (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 43).

⁹ *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 255.

de saúde, de educação (ensinos fundamental, médio e superior), de mútuo habitacional (Sistema Financeiro de Habitação), de segurança privada, de previdência privada, de empréstimos em empresas ou instituições financeiras e seguros das mais variadas espécies. Em cada espécie contratual desta, há um direito fundamental subjacente tutelado pela Constituição.

Neste universo contratual, merecem destaque os chamados contratos cativos de longa duração¹⁰, que nada mais são do que contratos de adesão, porém com particularidades bem específicas que os diferenciam de outras espécies contratuais. Três características bem peculiares justificam uma abordagem mais diferenciada do fenômeno contratual em tempos de globalização e neoliberalismo: a) fortes campanhas de propaganda na busca de captação de clientes; b) vínculo que se protraí por longo tempo; e c) essencialidade do objeto contratual no mundo atual¹¹. Além dessas características, também se observa que, na execução do contrato, o consumidor torna-se escravo daquilo que contratou, e de quem contratou¹².

Com o avanço do neoliberalismo, os vários setores econômicos (sejam eles públicos ou privados), mormente se estiverem vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de atuar na economia mundial, utilizam os meios de persuasão, barganha, confronto e veto de que dispõem e situados em posições-chave no sistema produtivo e se tornam influentes¹³ na formulação, implementação e execução de políticas públicas, pressionando o

¹⁰ Expressão cunhada por Claudia Lima Marques na obra “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002”.

¹¹ KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. *Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 483.

¹² *Ibid.*, pág. 488. E, ainda, Marco Antonio Karam-Silveira arremata que “A vinculação é tão radical, porque ligada a bens e serviços da existência, que acaba por reclamar proteção especial” (*Ibid.*, *Ibidem*).

¹³ Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho ponderam que “ao longo dos séculos, sempre existiu intervenção nos negócios da economia por parte dos detentores do poder, desde as organizações tribais aos príncipes e monarcas do ‘despotismo esclarecido’, das cidades primitivas às monarquias e democracias constituídas no ‘século das luzes’” (*Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 116).

Estado a eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção de programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de “deslegalização” e “desconstitucionalização”¹⁴.

Realmente, parece inegável que a visão neoliberal prefere um modelo constitucional mais sintético possível, sem pretensões de transformar realidades fáticas e com figurino mais próximo do Estado liberal, não havendo, portanto, espaços para normas programáticas ou para direitos sociais, vistos quase sempre como entraves ao desenvolvimento econômico¹⁵.

As alterações desencadeadas na legislação e na Constituição terminam por serem inevitáveis, para que o direito se amolde aos destinos e aos novos princípios econômicos definidos pela globalização e pelo neoliberalismo. Se, de um lado, o direito privado, calcado normalmente em leis e códigos infraconstitucionais, sofre os maiores ataques e vulnerações aos propósitos de tutela dos mais frágeis e hipossuficientes da relação contratual, de outro, a Constituição, ainda que ostente o status de lei fundamental da sociedade, também não fica à salvo das influências operadas pelo fator da nova economia de mercado, como bem demonstram, no caso brasileiro, as seguidas reformas constitucionais ocorridas desde o início da década de 90 (Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 19, 20, 29, 33, 41 e 42).

Tamanho impacto nas estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas, lançado pela economia globalizada, levou José Eduardo Faria a questionar o papel da Constituição, já que, antes vocacionada a concretizar as diretrizes programáticas e os princípios constitucionais, não tem mais hoje o poder de sedução detido no passado recente, mais precisamente, no período áureo do *Welfare State*. Todavia, ainda se anima a sugerir que

¹⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 25/26.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 49.

a Constituição converta-se num centro de convergência de valores e princípios, detentora de apenas duas exigências constitucionais de caráter absoluto: os direitos fundamentais da cidadania e a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada¹⁶.

Para Daniel Sarmiento, mesmo com as mudanças causadas pela globalização e pelos ideais neoliberais, o modelo normativo do Estado brasileiro contemplado na Constituição permanece com o espírito intervencionista, ao se preocupar com a justiça social e com a igualdade material, quando não reverencia com fervor o mercado, mas, nem por outro lado, o despreza. A este novo modelo de Estado Sarmiento designa de pós-social¹⁷.

Para Teresa Negreiros, a globalização não parece ser argumento suficiente para condenar a influência da Constituição no tráfico jurídico privado, pois, embora não se negue que provoca um certo enfraquecimento ao “patriotismo constitucional”, as críticas contra essa incidência têm motivações muito mais ideológicas¹⁸.

A incidência de direitos fundamentais do homem constantes na Constituição, no processo de interpretação dos conflitos contratuais que têm como objeto direitos ou bens constitucionalmente protegidos, no universo da economia globalizada e do neoliberalismo constitui-se talvez em um dos poucos caminhos – senão o único - que ainda restam para tratar mais adequadamente das relações contratuais, mesmo que se considere a presença de

¹⁶ Op. cit., págs. 32/35.

¹⁷ Ibid., pág. 51. Daniel Sarmiento expõe os contornos que caracterizam o Estado pós-social, destacando que seria “um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parceiras com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização. É um Estado que não apenas se retrai, mas que também modifica a sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual. Ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social” (Ibid., Ibidem).

¹⁸ *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 78.

cláusulas gerais no âmbito da legislação civil e consumerista infraconstitucional. A Constituição brasileira de 1988, inclusive, ao incluir seus dispositivos no elenco das cláusulas petreas (art. 60, § 4º, inciso IV)¹⁹, dificultou a possibilidade de modificação do conteúdo dos direitos fundamentais.

O direito contratual tende sempre a refletir o contexto socioeconômico e a ideologia de sua época, buscando reunir em um sistema coerente, flexível e mutável, as normas que orientam as operações econômicas e a distribuição de vantagens e ônus econômicos entre os diversos grupos sociais. Assim, a adequação da teoria contratual às novas vicissitudes da economia globalizada pressupõe, a um só tempo, a eliminação da desigualdade social ou econômica entre os contratantes, a promoção do progresso e a manutenção da estabilidade social²⁰, exigindo um tratamento diferenciado da doutrina contratual, a depender do direito fundamental ou do bem constitucionalmente protegido.

Sob a ótica político-ideológica, a Constituição de 1988, como se observa nos arts. 1º e 170, simboliza um projeto liberal de sociedade. Apesar disso, é um liberalismo – ou mesmo poderia ser até um neoliberalismo – temperado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais. Na Constituição, os princípios constitucionais da livre iniciativa, que assegura a economia de mercado (arts. 1º, IV, e 170, *caput*), e da liberdade em geral (art. 5º, *caput*), encontram-se lado a lado com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), os direitos e garantias fundamentais (Título II), o princípio democrático (art. 1º, *caput* e

¹⁹ Art. 60, § 4º, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

²⁰ THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais. Ano 91. Volume 801. Julho/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 16/17.

parágrafo único), o princípio da igualdade (art. 3º, III e IV e art. 5º, *caput*) e princípio-objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I)²¹.

Mas ainda há um outro fenômeno, decorrente também da globalização e do neoliberalismo, que vem inspirando, cada vez mais, a interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente porque alguns entes particulares passaram a ser detentores de relevante poder econômico ou social que representa uma ameaça concreta a outros particulares.

1.2. O fenômeno do poder privado

No Estado liberal, os direitos fundamentais do indivíduo nasciam e se reproduziam no intuito de protegê-lo contra a opressão e as agressões do Estado, pois o que se almejava combater era o arbítrio do Estado absolutista (*Anciën Regime*), que cultuava a concentração do poder estatal nas mãos do rei ou do monarca. A centralização do poder estatal na figura do governante, antes imprescindível ao fortalecimento do próprio Estado, logo passou a se constituir em terreno fértil aos excessos e abusos praticados contra os cidadãos e, em especial, contra os interesses diretos da burguesia, mais especificamente ligados à propriedade, à liberdade e à estabilidade dos negócios.

No entanto, os ideais liberais que floresceram pós-Revolução Francesa inspiraram a burguesia a querer influenciar as decisões estatais, através da participação e do engajamento político perante órgãos representativos da vontade geral. Com o reconhecimento do sufrágio universal a seguimentos organizados da sociedade, uma série de “organismos intermédios”

²¹ STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 99/100.

(partidos, sindicatos, associações diversas), não se contentou apenas em influenciar o poder, mas desejava adquirir parcela deste poder²².

Esta evolução paralela, que também marcou a passagem do Estado liberal para o social, no mesmo instante em que pulverizou e democratizou, retirou o poder das mãos exclusivas do Estado e o compartilhou com a própria sociedade. Por isso, o poder deixou de ser privilégio do Estado, necessitando que os direitos fundamentais fossem alargados não apenas face ao poder estatal, mas a todas as situações de poder, como o poder econômico, o poder empresarial, o poder sindical e o poder da comunicação social²³.

Hoje, no Estado pós-social, delineado por traços do neoliberalismo e da globalização econômica, a diminuição do papel do Estado abre margem à disseminação do poder na sociedade, acarretando o aumento de sua autonomia e servindo para corrigir os déficits de participação e legitimidade do Estado social. Daí a justificativa de também, nos alvares deste Estado pós-social, debruçar sobre as mesmas preocupações quanto ao poder dos grupos que já, no Estado social, lançaram as sementes da extensão a todas as relações de poder da eficácia dos direitos fundamentais.²⁴

Gregorio Perces-Barba destaca que, no mundo globalizado, há poderes, tais como os poderes econômico, financeiro, científico e técnico, que se afiguram um perigo e que devem se submeter às regras das constituições estatais democráticas e as regras do direito internacional²⁵.

²² PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*. Revista de Direito Público. Ano XX. Nº 82. Abril-junho de 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, págs. 43.

²³ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Ibid.*, *Ibidem*.

²⁴ *Ibid.*, pág. 44.

²⁵ *La Constitución y los Derechos*. Serie de Teoria Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006, pág. 217.

Wilson Steinmetz define poder como a relação entre dois atores ou sujeitos na qual um tem a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida²⁶. Com base nesse conceito, exemplifica Steinmetz os poderes privados da atualidade, como sendo: a) megagrupos industriais e comerciais (nacionais e multinacionais) produtores de bens e prestadores de serviços; b) megagrupos financeiros (bancos, fundos de pensão, companhias de seguro, corretora e investidores internacionais diversos); c) megagrupos midiáticos (redes de televisão); d) associações e sindicatos; e e) organizações criminosas. No Brasil, ainda poderia ser indicados, em sua visão, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), Movimento Nacional de Luta pela Moradia, centrais sindicais, associações de classe, associações profissionais, associações de consumidores, cooperativas, grupos de defesa de minorias, ambientalistas, feministas, igrejas e organizações não-governamentais²⁷.

Juan María Bilbao Ubillos, aliás, adverte que os poderes privados, dada a capacidade de impor as suas próprias vontades no marco de uma concreta relação jurídica, podem se afigurar mais perigosos do que os poderes públicos, uma vez que desfrutam de uma relativa impunidade, que se mostra favorecida pelas dificuldades existentes de articular um sistema incisivo de controle. A posição de supremacia redundando na instauração de uma relação de dependência entre os particulares. É por isso que se observam situações de sujeição e isso normalmente ocorre quando uma das partes não dispõe de outra alternativa senão aceitar uma proposta ou umas condições ditadas unilateralmente, mesmo estando em estado de necessidade²⁸.

²⁶ Op. cit., págs. 86/87.

²⁷ Op. cit., págs. 88/89.

²⁸ Op. cit., pág. 243.

Na ordem jurídica brasileira, ressalvadas as hipóteses do *habeas corpus* e, sobretudo, do *habeas data*, inexistem remédios constitucionais de caráter célere e efetivo hábil à tutela processual dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. A estrutura das garantias processuais cristalizadas na Constituição de 1988, arquitetadas como reação às experiências nefastas patrocinadas pelo Estado brasileiro no período de ditadura militar (1964-1985), concentrou-se na preocupação de assegurar a efetivação das clássicas liberdades públicas face aos atos unicamente legais ou estatais, como foi o caso do mandado de segurança, do mandado de injunção, da ação popular e também do sistema de controle difuso e concentrado de constitucionalidade das normas. Contra atos negociais privados ofensivos à Constituição, nada foi previsto.

À míngua de tutela processual efetiva, eventuais violações a direitos fundamentais verificadas no ambiente negocial acabam por minar o equilíbrio entre as partes, retirando da parte mais fraca e hipossuficiente condições mínimas de dignidade, de saúde, de educação, de moradia, de segurança e de velhice ou de desamparo sadio e tranqüilo.

Ao assumir o lugar do Estado na prestação de bens e serviços considerados relevantes ao indivíduo, a iniciativa privada é alçada à confortável posição de detentora de destacado poder de impor a sua vontade, justamente em decorrência da essencialidade do que disponibiliza, e, por causa disso, coloca o consumidor em situação de incontornável submissão. Essa supremacia, aqui reconhecida como poder social e econômico, também favorece o aumento da desigualdade na sociedade²⁹, pois as empresas ou as organizações

²⁹ Carlos Roberto Siqueira Castro bem sintetiza nas seguintes linhas o efeito produzido pela era pós-industrial na reconfiguração do perfil do poder que ora impera na sociedade: “Tendo a desigualdade em todas as escalas se tornado a argamassa de sustentação das sociedades na era pós-industrial, a implantação da segregação entre indivíduos e grupos que detêm o poder e indivíduos e grupos que constituem a clientela do poder gerou o surgimento de uma nova fonte de ameaça social: a ameaça dos poderosos, que controlam os mercados de produção e consumo de que depende a vida humana, contra a multidão de debilitados social e economicamente que se esfolia nas engrenagens da sobrevivência na sociedade de massas. Na verdade, as ameaças que hoje o Estado faz pesar sobre o exercício dos direitos humanos tornam-se a cada dia mais secundárias nas nações de

privadas passam a oferecer os bens e serviços a quem exclusivamente possui capital a eles acessíveis.

Orlando Gomes já há muito registrava que a obrigação de contratar ocorre não apenas na hipótese de regime de monopólio, mas também quando quem a exerce está, até circunstancialmente, em situação privilegiada e as prestações ou os bens são vitais ao ser humano. Quando se trata de gêneros de primeira necessidade ou prestações socialmente valorizadas como necessárias à vida de cada cidadão, como o transporte, a eletricidade, a água, o gás e tantas outras, há o dever de não recusá-los³⁰. Na atual quadra do Estado pós-social, outros bens podem ser considerados necessários à sobrevivência digna e decente do indivíduo como participante ativo da sociedade, como a saúde, a educação, a moradia, a previdência, o seguro, segurança, proteção à maternidade, à infância e aos idosos e deficientes.

Para Daniel Sarmiento, a crise do *Welfare State*, ao enfraquecer o Estado, multiplica os obstáculos para que este possa promover as políticas públicas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, libertando os poderes privados das amarras estatais, o que faz com que se tornem um risco ainda mais ameaçador à liberdade e à dignidade dos despossuídos. Daí a necessidade de articular novas estratégias para enfrentar os graves problemas da justiça social e opressão que afligem a humanidade. Deixar essa tarefa nas mãos da economia neoliberal e

desenvolvimento cultural e político, comparadas às agressões que os indivíduos e grupos detentores de poder social fazem pesar sobre as liberdades daqueles destituídos de influência ou sem condições materiais de participar minimamente da concorrência pela vida em padrões aceitáveis de dignidade. Em suma, tirante os resquícios ainda existentes de deformação da autoridade que caracteriza o autoritarismo oficial e as ditaduras de base militar que atormentaram o terceiro mundo, o Estado deixa gradativamente de ser o grande e único inimigo das liberdades públicas, haja vista que proliferam na sociedade outros focos de poder – poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado – a exemplo do poder da mídia e das comunicações, do poder dos bancos no sistema financeiro, do poder tecnológico, do poder patronal-empresarial dos oligopólios e do poder do banditismo paramilitar, dentre outros, todos eles potencialmente em condições de periclitarem a todo instante o exercício dos direitos fundamentais do homem (*A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, págs. 246/247).

³⁰ *Obrigação de Contratar*. Revista de Informação Legislativa. Ano V. Número 17. Janeiro a março de 1968. Brasília: Senado Federal, 1968, pág. 23.

globalizada parece não ser suficiente para assegurar o gozo efetivo dos direitos fundamentais para toda a população, como a história já demonstrou no Estado liberal. Nem mesmo se pode confiar apenas no Estado para cumprir esse desafio³¹.

Com isso, começam a brotar tentativas de dotar os direitos fundamentais de eficácia não apenas face ao Estado, mas também frente aos particulares detentores de poder. Poder que importa necessariamente em desequilíbrio entre as partes, cujo realinhamento depende do efeito e da graduação que se pretende conferir ao direito fundamental em jogo na relação privada. Uma grande empresa, enquanto sujeito de direito, detém mesmo nível do de seus empregados, porém a diferença em termos de poder social é tão grande que se poderia tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado³².

Assim, em nome do Estado pós-social, não há como negar ou minimizar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ao contrário, em tempos de crise do Estado social e de globalização neoliberal, em que se exacerbam as desigualdades econômicas e fortalecem os poderes privados, a eficácia dos direitos fundamentais torna-se, mais do que nunca, um escudo protetivo contra a opressão privada³³.

A Constituição, ao permitir a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estaria assumindo contornos de um estatuto fundamental de toda a coletividade, dando proteção ao homem contra o poder, independentemente se público ou privado. Ao mesmo tempo, estaria enriquecendo o debate travado nas relações celebradas no palco privado com padrões éticos oriundos da sistemática constitucional dos direitos fundamentais do homem.

³¹ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, págs. 1/2.

³² DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 109.

³³ SARMENTO, Daniel. *Ibid.*, pág. 66.

1.3. Constitucionalização do direito civil e a perspectiva civil-constitucional

Com a exacerbação do individualismo e a concentração de riqueza nas mãos de poucos no Estado liberal, era mais do que natural que princípios clássicos balizadores do direito privado, que se fundava na idéia de completude do sistema e na precisão e imodificabilidade das figuras e institutos civis, começassem a se mostrar impotentes para proteger os personagens mais vulneráveis das relações jurídicas. A estrutura tradicional e hermética da regra jurídica e a sua forma de aplicação ao caso concreto dificultavam a resolução de situações vividas pelo cotidiano de uma sociedade timbrada pela rapidez e pela complexidade. Frequentemente, a problemática não se amoldava ao tipo legislativo que se sugeria e, quando raramente se amoldava, não a solucionava satisfatoriamente, à luz de premissas éticas e sociais.

A busca pela precisão semântica e pela imutabilidade dos conceitos e dos institutos jurídicos, longe de garantir a pretendida segurança jurídica nas relações jurídicas, vem acelerando a sua superação, curiosamente, em virtude da insegurança que traz como modelo de técnica legislativa. Por isso, o próprio direito começou a se render às normas principiológicas e modeladas por cláusulas gerais, capazes de tutelar de forma mais apropriada e atualizada as situações jurídicas cotidianas³⁴.

Assim, como de resto todos os demais tentáculos da ciência jurídica, o direito civil, calcado originariamente na codificação positivista, também não resistiu à vinculação dos direitos fundamentais constantes nas Constituições, em especial porque também lida com bens preciosos da vida humana. Constatou-se, consoante alinha Joaquim Arce y Flórez-Valdés, que a Constituição não era apenas uma norma jurídica, mas sim norma

³⁴ ZINN, Rafael Wainstein. Op. cit., pág. 87.

qualitativamente distinta e superior às demais do ordenamento, justamente por incorporar valores essenciais da convivência em sociedade a servir de critério informativo e interpretativo a toda ordem jurídica³⁵.

Ante a relevância de alguns bens existenciais do homem, as constituições europeias do século XX³⁶ passaram gradualmente a inserir em seus textos dispositivos relacionados a direitos da personalidade, à família, à propriedade e ao contrato. Esse fenômeno de constitucionalização de determinados departamentos do direito civil inaugura uma nova perspectiva de estudo chamada civil-constitucional, na qual se tutelam bens constitucionalmente importantes para o indivíduo.

Para Flórez Valdés, o direito civil-constitucional não seria um novo ramo do direito, pois não trata de matéria distinta da veiculada no direito civil. Também não seria uma parte do direito civil, já que provém de sua integração à Constituição, e não de uma setorização institucional dentro daquele. A bem da verdade, entende Flórez-Valdés que, por cuidarem da mesma matéria e, portanto, serem materialmente idênticos, o direito civil-constitucional seria a infraestrutura do direito civil³⁷.

Por isso, conclui Flórez-Valdés que o direito civil-constitucional corresponde ao sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e de suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial,

³⁵ *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, pág. 27.

³⁶ Adverte Samir José Caetano Martins que, no caso do Brasil, “O debate sobre a constitucionalização do Direito Privado no cenário nacional foi adiado pelos ventos autoritários que marcaram o período de pós-guerra, entremeado pelas ditaduras getulistas e militares, com alguns espasmos democráticos plasmados em um desenvolvimentismo populista: falar em ‘socialização’ do Direito Privado poderia trazer ao estudioso a pecha de ‘comunista’ ou ‘subversivo’, com todas as perseguições políticas daí decorrentes” (*Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Nº 36. Brasília: CEJ, 2007, pág. 63). Somente após o advento da Constituição de 1988 é que se suscitaram discussões mais sérias e com maior profundidade a respeito da constitucionalização do direito.

³⁷ Op. cit., págs. 39/40.

na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais e concernentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis³⁸.

A perspectiva civil-constitucional requer que o intérprete percorra várias fontes normativas, não se limitando apenas ao Código Civil, mas antes prestigiando a Constituição e as leis específicas sobre determinado interesse ou direito³⁹. Daí a conclusão de Paulo Nalin de que a idéia da constitucionalização do direito civil já pressupõe a falência do sistema codificado. O juiz, nesta tarefa, assume as funções constitucionais de dignificar o homem e de eliminar a desigualdade socioeconômica⁴⁰.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo⁴¹, a constitucionalização “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

³⁸ Ibid., pág. 178.

³⁹ Paulo Nalin considera o direito civil-constitucional como ramo do direito civil e o conceitua sob três vertentes: “a normativa civil conformada pela Constituição é composta de regras e de princípios normativos institucionais, integrados no corpo constitucional e todos interligados num unitário ordenamento jurídico. Prevalece aqui a concepção sistemática do Direito e, sobretudo, a institucional do contrato, encontrando seu máximo fundamento na Carta. A Constituição não se limita aos seus aspectos positivos, dela fazendo parte uma normativa mais ampla, composta pelos valores e princípios abstratos e concretos que reúne. Em segundo plano, está a constatação de que em torno da pessoa se funda a concepção do novo paradigma, na sua tutela, em si mesma, ou em suas plúrimas dimensões de família e propriedade, especialmente em nosso regime constitucional no âmbito da propriedade, do contrato e outras residuais, como o do dano extrapatrimonial contratual, que conjuga, complexamente, uma violação patrimonial (quebra a um clássico devedor jurídico revestido de patrimonialidade) concomitantemente a uma violação da personalidade humana. Terceiro aspecto desta edificação conceitual é a evidência de que a normativa civil posta na Constituição não tem a pretensão de exaurir a matéria pertinente às relações civis, não obstante seja possível a aplicação direta da norma constitucional às atividades interprivadas. O papel da Constituição é, antes, teleológico, não lhe cabendo o tratamento minucioso dos institutos jurídicos civis. O argumento é importante, notadamente em nosso meio jurídico em que prevalece uma fração entre a atualidade constitucional e a velha codificação de 1916. Não se pode, simplesmente, substituir a normativa posta no Código Civil pela constitucional, tendo a legislação infraconstitucional, esta sim, um propósito de regulamentação minuciosa da vida privada. Idéia diversa pode contrastar com a sustentada neste texto de descodificação do Direito Civil, pois, contraditoriamente, estar-se-ia trocando o Código Civil pelo ‘Código Constitucional’” (*Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2006, págs. 91/92).

⁴⁰ Ibid., pág. 87.

⁴¹ Paulo Luiz Netto Lôbo ainda esclarece que não se pode confundir constitucionalização com publicização, ao pontificar que “Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que, para muitos, teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil

Pedro Cruz Villalon, por seu turno, entende que constitucionalização representa o processo que converte os direitos em direitos fundamentais, tendo nascido a partir dos fenômenos da declaração dos direitos na independência dos Estados Unidos da América, da possibilidade de revisão constitucional e do controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*)⁴².

Neste contexto, a unidade e a sistematização dos vários fragmentos jurídicos só se evidenciam na coexistência normativa de valores comuns e dos direitos fundamentais. O direito constitucional conquista, na atualidade, por esta razão, o papel antes ocupado pelo direito civil, de sistematizador do conjunto de valores sobre os quais se vem construindo o pacto da convivência coletiva. Contudo, o maior óbice consiste em equacionar de maneira aceitável fatores aparentemente conflitantes consistentes nos valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais a inspirar as leis e os espaços de liberdade, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida⁴³.

Konrad Hesse assinala que, mesmo no século XIX, o direito constitucional já se relacionava com o direito civil, o que pode sugerir que, desde o início, sempre existiu um estreito liame entre eles. Tanto as constituições modernas como as codificações civis assentavam-se nos princípios da liberdade e da igualdade e, como se não bastasse, ambas as

matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito da locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor” (*Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. Nº 141. Jan/mar de 1999. Brasília: Senado Federal, 1999, pág. 100).

⁴² *Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 25. Enero-Abril 1989, pág. 46.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 5.

esferas sofriam os reflexos advindos da transformação da sociedade feudal-estamental para a sociedade burguesa⁴⁴.

Mas também a relação de aproximação entre o direito constitucional e o direito privado, no caso do Brasil pós-Constituição de 1988, ocorre na eleição do mesmo princípio fundante (dignidade da pessoa humana – art. 1º, III) como base axiológica do homem, pois, enquanto o texto constitucional, o eleva à condição de postulado cardeal da República Federativa do Brasil, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), de igual modo, inicia com o reconhecimento de direitos da personalidade, que nada mais representam do que mero desdobramento daquele. A tarefa de especificar detalhadamente a completa implementação dos princípios constitucionais e, bem assim, de suas diretivas também se constituir em demonstração inequívoca dessa intimidade⁴⁵.

Como confidencia José de Oliveira Ascensão, a Constituição consagra princípios fundamentais da ordem jurídica, inclusive na arena do direito civil. Os princípios civilísticos que dizem respeito ao homem, ao conquistarem assento constitucional, pressupõe, desde logo, uma análise de preceitos constitucionais⁴⁶. Para ele, é louvável a consolidação do fenômeno do direito civil-constitucional, já que conduz a um aprofundamento das bases constitucionais do direito civil e favorece estudos interdisciplinares, que são sempre indispensáveis. Inclusive, os princípios fundamentais do direito civil podem coincidir com os princípios constitucionais, na medida em que são comuns, tenham ou não assento na Constituição⁴⁷.

Tanto isso é verdade que Teresa Negreiros encerra que o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do indivíduo pela pessoa, como o

⁴⁴ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, págs. 33/34

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 627.

⁴⁶ *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª Edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 29.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 30.

centro valorativo da ordem jurídica, e, onde antes reinava, absoluta, a liberdade individual, entra em cena a solidariedade social⁴⁸. A perspectiva civil-constitucional, neste sentido, pretende dar à sucessão de fatos históricos que marcam a evolução do direito civil a finalidade de conceder efetiva proteção e permanente desenvolvimento da pessoa humana⁴⁹. E, ainda, arremata Teresa Negreiros que a leitura constitucionalizada do direito civil acarreta a primazia do “ser” sobre o “ter”, transformando a ética da liberdade em uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade⁵⁰.

A constitucionalização do direito civil representou a fragilização da visão meramente patrimonialista dos institutos e figuras a ele correlatos e a substituiu pela visão existencial, na qual se valorizam bens imateriais de extremo relevo para a convivência humana e mais próximos da dignidade da pessoa humana. Sem embargo de as relações civis revestirem-se de forte conteúdo patrimonializante, como se observa nas hipóteses da propriedade e do contrato, essa característica, ancorada nos códigos, vem ruindo a partir da concepção cada vez mais latente da primazia da pessoa humana. Com isso, os valores baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, ao reencontrarem a longa trajetória da emancipação humana, recolocam a pessoa humana como protagonista do direito civil e reservam ao patrimônio o papel de mero coadjuvante⁵¹.

A conseqüente vinculação das relações jurídicas entre particulares aos ditames constitucionais serviu – como vem servindo - para preservar e promover os direitos fundamentais frente às transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas, o que os torna relevante instrumento de caráter

⁴⁸ Op. cit., pág. 11.

⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 59.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 62.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. Nº 141. Jan/mar. de 1999, pág. 103.

social⁵². Daí, como ressalta Pietro Perlingieri, a razão pela qual não se deve, à vista dos valores constitucionais, limitar a valoração do ato ao mero juízo de legalidade, mas se deseja a aferi-lo ante os valores previstos na Lei Fundamental. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam⁵³.

Essa visão constitucional força o direito abandonar a postura patrimonialista que fora herdada do século XIX e o guia para uma concepção emancipatória que privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada. A Constituição, além de suas dimensões formal e material, também contribui para a formação de um sistema jurídico aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que integram o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial, sobretudo no campo da propriedade, da família e do contrato⁵⁴.

Além disso, outra nota característica que se acentuou na perspectiva civil-constituição consistiu no desaparecimento da distinção entre direito público e direito privado. Em face da Constituição, de pouca relevância reside a diferenciação, na medida em que tanto sobre o direito público como sobre o direito privado irradiam normas constitucionais.

Aliás, Pietro Perlingieri informa que já os romanos tinham dificuldade em distingui-los, seja com base na natureza do sujeito titular dos interesses, seja com fundamento na natureza dos próprios interesses. E ainda mais em uma sociedade como a atual, onde não se tem delimitado com precisão o campo de liberdade do particular e a autoridade do Estado. Hoje, é praticamente impossível, com o apogeu dos interesses difusos e coletivos, individualar

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 83.

⁵³ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 92/93.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 6/7.

um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público⁵⁵. O interesse particular não pode ser exercido sem que se atente para o interesse da coletividade e, portanto, para o interesse público. Separar o interesse privado do público, neste palmar, seria até mesmo inútil, diante de tantas normas legais imperativas que vêm modelando o teor do direito privado.

Com a força da globalização e do neoliberalismo, associado ao crescente vigor do poder privado, novas discussões, sobretudo na seara judicial, vêm à tona, em decorrência da existência de contratos que têm como objeto direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Na tentativa de minoração – ou mesmo resolução – dessa situação de conflituosidade no universo dos contratos civis e de consumo, vêm os tribunais e a jurisprudência em geral se valendo indiscriminadamente de princípios encartados na Constituição diretamente no caso concreto, como se estivesse a invocar a perspectiva civil-constitucional ou mesmo a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A pretexto de fazer prevalecer a vontade da constituição, normalmente, juízes e tribunais, através da utilização de princípios constitucionais, de preferência, aquele de menor densidade semântica possível, como o da dignidade da pessoa humana, terminam por externar as suas vontades subjetivas e os seus desejos voluntaristas mais íntimos, proferindo decisões que conferem proteção a partes hipossuficientes da relação contratual, sem qualquer critério⁵⁶.

⁵⁵ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 52/55. Pietro Perlingieri ensina que, no âmbito do Direito Civil, área propícia à manifestação da livre vontade dos sujeitos, “entra em crise a comum sistemática do direito subdividido em privado e público. Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos” (Ibid., Ibidem).

⁵⁶ Eros Roberto Grau lamenta a postura da jurisprudência brasileira em interferir nos contratos privados, a ponto de por em risco a segurança jurídica, quando proclama que “infelizmente, nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre

É relativamente comum detectar decisões judiciais que lançam mão da “carta coringa” da dignidade da pessoa humana, para resolver, com ar de superioridade hierárquico-normativa, a esmagadora maioria dos conflitos de direito civil, como se, em qualquer situação, houvesse de prevalecer.

Antes de tudo, é bom registrar que somente se analisa um caso concreto à luz da perspectiva civil-constitucional, se os vários interesses conflitantes forem sopesados com base na ponderação dos bens, valores e princípios constitucionais em jogo e, conseqüentemente, aferidos com alicerce no princípio da proporcionalidade, inclusive, não se podendo esquecer, no plano das relações contratuais, daqueles atinentes à ordem econômica, dentre eles os postulados da livre iniciativa e da autonomia privada.

Alexei Julio Estrada confessa que toda a discussão dos últimos trinta anos sobre a autonomia privada na doutrina tedesca tem sido dominada pela aspiração de um modelo contratual correto, que assegure a liberdade individual, porém, ao mesmo tempo, tenha em consideração as desigualdades fáticas entre as partes contratantes. Tal modelo ideal é muito difícil de conseguir. A primazia da autonomia privada e da conseqüente liberdade contratual é uma imposição da ordem econômica capitalista⁵⁷.

Mas, de outra banda, Estrada reconhece existir um certo consenso da necessidade de estabelecer limites ao poder de autodeterminação privada, principalmente por meio da estipulação de disposições legislativas destinadas a conferir maior tutela à parte mais frágil da relação contratual. Todavia, os limites legislativos têm se revelados insuficientes, tornando-se

agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições” (*Um Novo Paradigma dos Contratos?* Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Nº 18. Jun/2001. Curitiba: Crítica Jurídica, 2001, pág. 122).

⁵⁷ *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000, págs. 117.

essencial operar o trânsito do constitucionalismo da liberdade para o constitucionalismo da igualdade, sendo um de seus mais interessantes caminhos a adoção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares⁵⁸.

A perspectiva civil-constitucional aparenta ser o modelo mais completo para se discutir e solucionar conflitos no âmbito do direito civil e, mais particularmente, no campo do direito contratual. Se, de uma banda, os princípios clássicos da teoria contratual tutelam prioritariamente os interesses da liberdade contratual, da autonomia da vontade, enfim, dos mais fortes (empresário-fornecedor), de outra, os princípios socializantes do contrato, como os da função social e da boa-fé objetiva, concentram-se preponderantemente na proteção da parte considerada mais fraca ou hipossuficiente (consumidor). A concepção civil-constitucional enxerga, simultaneamente, os dois focos principiológicos, dando prevalência a um deles somente no exame da casuística concreta.

Enquanto o Estado liberal, nas relações de consumo, prestigiava-se o fornecedor do produto ou serviço, o Estado social buscava defender os direitos e interesses do consumidor, restando ao Estado pós-social, constantemente ameaçado pelos sufocantes fatores da globalização, do neoliberalismo e do crescente poder privado, apresentar-se como o grande mediador desses conflitos. E a matéria prima mais adequadamente preparada para enfrentar esse desafio, certamente, é a Constituição, com a sua proposta de reunificação e ressystematização do ordenamento jurídico.

1.4. Críticas à perspectiva do direito civil-constitucional

⁵⁸ Op. cit., pág. 119.

A despeito das vantagens da constitucionalização do direito privado e do correlato avanço nos estudos relativos à concepção do direito civil-constitucional, alguns doutrinadores têm se mostrado reticentes à influência da Constituição na resolução de problemas no âmbito do direito privado. Não é de hoje a preocupação com o intervencionismo estatal no ambiente contratual, levando alguns doutrinadores a desconfiar de seu apetite avassalador e assustador⁵⁹. Ainda no Estado social houve quem pregasse o fim do contrato, a morte do contrato⁶⁰, em virtude da limitação da livre vontade de autodeterminação do conteúdo contratual pelos próprios contratantes, decorrente da crescente intervenção do Estado em áreas, consideradas essenciais à coletividade.

Konrad Hesse critica a influência que a constituição pode exercer na resolução dos problemas concretos do direito privado. Para ele, sempre será de mais difícil determinação os preceitos que encerram os direitos fundamentais. A clareza e a certeza jurídicas, tão necessárias ao tráfico jurídico-privado, seriam profundamente afetadas com a invocação de direitos fundamentais. A falta de clareza decorre da imensa constelação de ditames fundamentais, dos quais, em um conflito jurídico, todos são titulares⁶¹.

Nesta situação de colisão, segundo Hesse, o direito civil assumiria uma tarefa extremamente complicada de encontrar, por si mesmo, o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais, por intermédio do equilíbrio e da ponderação, o que se

⁵⁹ GIL, Oto. *Crise e Evolução do Contrato*. Revista Forense. Ano 54. Vol. 172. Julho-agosto de 1957, pág. 29.

⁶⁰ Um dos maiores defensores da teoria da morte do contrato, provocado pelo dirigismo contratual, foi Grant Gilmore (Cf. *The death of contract*. 2ª Ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995). Hoje, há quem defenda a existência de uma nova crise contratual, como bem enuncia Cláudia Lima Marques, apontada pelos doutrinadores franceses Christophe Jamin e Denis Mazeaud, decorrente da multiplicação desenfreada de cláusulas gerais no direito privado, instituída pelo direito do consumidor, o que acarretava freqüentemente decisões contraditórias de magistrados quando tratava de conflitos contratuais. Porém, a própria professora Cláudia Lima Marques a rechaça, pois considera que o problema reside muito mais no correto uso das cláusulas gerais do que propriamente na incerteza jurídica proporcionada por elas (*A Chamada Nova Crise do Contrato e o Modelo de Direito Privado Brasileiro: Crise de Confiança ou de Crescimento do Contrato?* In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 19).

⁶¹ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, págs. 59/60.

incompatibiliza com a concepção privatística desse ramo do direito marcado por regras claras, detalhadas e determinadas. O recurso imediato aos direitos fundamentais ameaçaria a perda de identidade da longa história do direito civil, desnaturando, por completo, um de seus pilares fundantes, o princípio da autonomia privada. Além disso, ainda diz Hesse que o juiz naturalmente se inclinaria a defender com mais afinco a constituição e os direitos fundamentais, ainda que em prejuízo da economia⁶².

Alexei Julio Estrada aponta as principais críticas que se faz à doutrina da constitucionalização do direito privado na Alemanha, notadamente àquela que se funda na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, assim sintetizadas: a) a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas contraria a sua tradição histórica de servir de tutela do indivíduo contra o Estado; b) a admissão da eficácia frente a particulares deve estar prevista expressamente no texto constitucional; c) não caberia ao constituinte regular as relações entre particulares; d) dos antecedentes do debate constituinte não se depreende que os pais da Lei Fundamental de Bonn tiveram a intenção de consagrar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e) a Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 1.3, apenas vincula os poderes públicos aos direitos fundamentais, como direitos diretamente aplicáveis; f) a eficácia dos direitos fundamentais anula a autonomia privada e termina por destruir o direito privado, ao torná-lo desnecessário, já que os juízes poderiam embasar suas decisões diretamente do texto constitucional, prescindindo das prescrições legais existentes; g) por derradeiro, h) a eficácia entre particulares iria retirar das mãos do legislador democrático importantes âmbitos de configuração do direito privado, instituindo um “Estado judicial”⁶³.

No entanto, tais críticas, como bem acentua Estrada, não resistem a uma análise aprofundada e pormenorizada dos elementos que gravitam em torno da aplicação dos direitos

⁶² Op.cit., págs. 61/62.

⁶³ Op. cit., págs. 98/99.

fundamentais nas relações interprivadas. No que diz respeito à primeira delas, não se pode conceber que o conceito de direitos fundamentais seja único e imutável, sem que sofra influência da história e da cultura em constante mudança na sociedade. O significado atual dos direitos fundamentais supera em muito as estreitas margens do direito público subjetivo, englobando um conteúdo objetivo e uma multiplicidade de funções, que não impedem a sua vinculação também nas relações privadas⁶⁴.

De igual sorte, condicionar a eficácia nas relações entre particulares a expresse reconhecimento constitucional, tal como ataca as críticas acima elencadas (letras “b” a “f”), significaria desconhecer a própria essência de alguns direitos fundamentais, que são vocacionados originariamente para ser invocados contra outros indivíduos⁶⁵.

Maior destaque merece o argumento que teme a ameaça de que a autonomia privada seja, praticamente, eliminada no confronto com os direitos fundamentais. Nota-se que, em um número cada vez mais crescente de casos, as partes dispensam a estrutura normativa do direito privado e esgrimem diretamente, em seus conflitos, posições jurídicas jusfundamentais⁶⁶. Contudo, a invocação de direitos fundamentais nas relações privadas não esvazia a autonomia privada, sobretudo porque esta também se funda em direitos fundamentais, o que acaba por representar, a bem da verdade, em uma colisão entre bens, valores e princípios constitucionais, apenas solucionável pela ponderação entre eles.

A crítica à constitucionalização do direito civil com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas significa reduzir o direito a um sistema fechado e a uma realidade ontológica como um fim em si mesmo, e não utilizá-lo como instrumento para o atendimento de demandas impostas para a concretização da dignidade da

⁶⁴ Ibid., pág. 100.

⁶⁵ ESTRADA, Alexei Julio. Ibid., págs. 100/101.

⁶⁶ ESTRADA, Alexei Julio. Op. cit., págs. 100/101.

pessoa. Não resta dúvida de que os conceitos não são o verdadeiro objeto do direito, mas, apenas, seu instrumento⁶⁷.

Gustavo Tepedino rebate as críticas de que a perspectiva civil-constitucional estaria na contramão do movimento econômico reducionista do papel do Estado social, minimizando a importância do intervencionismo pretendido pelo constituinte, o que tornaria até mesmo desnecessária ou superada a discussão quanto à aplicação de valores e princípios do texto constitucional nas relações privadas. Afirma ele que, a despeito das tendências neoliberais, a alteração da forma de intervenção estatal não torna prescindível a submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, modelam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa⁶⁸.

A importância da Constituição, para Tepedino, permaneceria em face da indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado asseguraria, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade. Acrescente-se a isso o fato de que a força normativa dos princípios constitucionais teria um papel fundamental de influenciar a cultura hermenêutica do legislador infraconstitucional, que, na busca por decifrar os direitos fundamentais do ordenamento, evitaria acabar tendo sua amplitude normativa reduzida ao espectro das regras⁶⁹.

Mas, talvez, uma das maiores críticas lançadas contra a pretensa constitucionalização do direito consiste no temor de que a incidência dos direitos fundamentais nas relações

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 99.

⁶⁸ *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 311.

⁶⁹ *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 312.

privadas pudesse gerar insegurança jurídica, já que se perderia a possibilidade de antever, com base nos ditames contidos na legislação, o direito do sujeito do direito privado que nele se assegurasse. A segurança proporcionaria a obtenção de uma resposta lógica previsível, que pudesse ser repetida em vários outros casos similares, não se correndo o menor risco de o juiz decidir, em casos, por exemplo, de conflitos contratuais, de maneira diversa da que se encontra na previsão legal.

Henri y Léon Mazeaud e Jean Mazeaud alerta para os perigos de deixar o contrato à discricção do juiz, já que, ao intervir em seu cumprimento com o sentimento pessoal da equidade ou do interesse geral, acaba por aniquilar a avença e põe em risco toda a economia, ao suprimir toda a segurança nas relações contratuais⁷⁰.

Fábio Antônio Correia Filgueira, no entanto, considera ilusória a visão de que uma legislação clara, precisa e casuística, com pouca possibilidade de manobra interpretativa, afastaria o temor da insegurança jurídica. A falta da segurança jurídica não é devida à forma legislativa da cláusula geral ou à adoção dos princípios, ambos caracterizados pela indeterminabilidade conteudista, mas aos condicionamentos histórico-culturais. É a prática social de respeito aos valores eleitos pela coletividade e positivados nas regras infraconstitucionais e constitucionais que garante a segurança e estabilidade das relações jurídicas. Conservar, em nome da segurança formal, um vínculo jurídico contratual desequilibrado, afrontoso à axiologia constitucional, simboliza ineludível fator de instabilidade jurídico-social. Causa descrença da sociedade nas instituições públicas e privadas e aguça o sentimento geral de injustiça, de ofensa à dignidade humana e à

⁷⁰ *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, pág. 20.

solidariedade social⁷¹. Como diria Teresa Negreiros, a função estabilizadora do direito é “fonte de segurança para os que se beneficiam do *status quo*, e de insegurança para os que aspiram por mudanças”⁷².

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio das obrigações reciprocamente consideradas⁷³.

A segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida, mesmo que circunscrita a deveres de conduta, introduzidos pela boa-fé, mesmo antes de a atual codificação civil ter sido aprovada. A segurança no plano contratual deve ser material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, hoje superada, de que residiria no instante do adimplemento do contrato pelo devedor. O enredo constitucional da segurança não está mais no momento do adimplemento do contrato, posta, exclusivamente, em favor do credor, mas também quando concorrem efeitos econômicos e sociais⁷⁴.

Tanto isso é verdade que Peter Ulmer conta que a limitação contratual, por meio de ações coletivas ou mesmo controle judicial individual, na Alemanha, após o advento da Lei de Condições Gerais dos Contratos de 1977, tem melhorado a qualidade dos contratos em benefício de todos os interessados, não acarretando, ao contrário do que se poderia pensar, o

⁷¹ *O Princípio da Função Social do Contrato e o seu Controle Jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, págs. 125/126.

⁷² Op. cit. págs. 86/87.

⁷³ NALIN, Paulo. Op. cit., pág. 209.

⁷⁴ NALIN, Paulo. Ibid., págs. 210/211.

encarecimento dos bens objeto de consumo em prejuízo dos clientes, inclusive com o efeito positivo de estabilizar os preços dos produtos e serviços⁷⁵.

Poder-se-ia falar também que a invocação de direitos fundamentais, ao invés de enriquecer o debate em torno dos conflitos contratuais, teria o efeito totalmente inverso e indesejado de abrir margem para o aumento descontrolado de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, causando mais transtornos do que avanços à perspectiva civil-constitucional.

Idêntica experiência foi detectada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como relata Dieter Grimm, tendo sido resolvido quando a Corte passou a entender que somente no caso de lesão a direito constitucional específico é que caberia o exame extraordinário⁷⁶.

No entanto, essa problemática pode ser sensivelmente mitigada com a recente introdução no sistema jurídico brasileiro do instituto da repercussão geral, pela EC 45/2004 e, em especial, pela Lei 11.418/2006. A repercussão geral consiste em um mecanismo de filtragem que autoriza a Suprema Corte a não conhecer do recurso extraordinário que não ostentar relevância sob a ótica social, econômica, política e jurídica, mesmo que se trate de matéria constitucional. Os requisitos basicamente são dois: relevância da matéria constitucional no âmbito social, econômico, político e jurídico e transcendência (ultrapassem os interesses subjetivos e meramente individuais das partes da causa).

Além disso, é fundamental, antes de tudo, definir o papel a ser exercido pela Constituição, pois, a depender do que ela representa para a sociedade e, sobretudo, para as relações entre os indivíduos, haverá uma maior ou menor receptividade de recursos pelo

⁷⁵ *Diez Años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas*. Anuario de Derecho Civil. Tomo XVI. Fascículo III. Julio-Septiembre 1988. Madrid: Ministerio da Justicia, pág. 783.

⁷⁶ *Constituição e Política*. Del Rey Internacional – 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pág. 189.

Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando tiver o propósito de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do direito ou particularmente significativa para seu desenvolvimento.

Pondera, contudo, Alexei Julio Estrada que a incidência dos direitos fundamentais nos liames privados não busca tornar supérfluo o direito privado, nem mesmo admitir uma eficácia geral, absoluta e indiscriminada dos princípios e valores constitucionais em todo o nível e em todo o contexto do direito privado⁷⁷. A Constituição não pretende substituir o ordenamento jurídico privado vigente, senão antes confirmá-lo enquanto totalidade e em seus fundamentos decisivos.

Roberto Rosas é enfático ao dizer que, longe de substituir a norma civil, a Constituição a consolida, não sendo possível entender esta sem se socorrer àquela⁷⁸.

Em outras palavras, a constitucionalização do direito privado permite que cada âmbito do direito permaneça como tal e conserve as suas características próprias, devendo os direitos fundamentais atuarem como princípios de interpretação de seus preceitos, recebendo conformidade constitucional. O Código Civil perde seu caráter de supremo regulador das relações interprivadas e cede seu lugar aos mandamentos constitucionais, entre os quais ocupam um lugar privilegiado os direitos fundamentais⁷⁹.

É certo que os direitos fundamentais das pessoas, pelo seu caráter geral e universal alcançam toda a vida comunitária e isso representa um bom pretexto, para que se estenda o prestígio e a especial proteção jurídica de que gozam a outras posições e situações cada vez mais longínquas do seu núcleo tradicional de proteger o indivíduo em face do Estado⁸⁰.

⁷⁷ *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000, pág. 122.

⁷⁸ *O Novo Código Civil e a Constituição*. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pág. 455.

⁷⁹ ESTRADA, Alexei Julio. *Op. cit.*, pág. 73.

⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, pág. 81.

Este processo de alargamento, intensivo e extensivo, natural num ambiente de socialização, porém, corre o risco de exceder-se e se transformar em um “jusfundamentalismo”, dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e de proteção, provocando o amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamental. Para evitar esse “dirigismo constitucional”, impõe-se que a função de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais concentre-se na proteção e na garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo de suas posições ou relações na sociedade, considerados essenciais ou primários. Os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjetivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem diretamente e por via principal a garantir essas posições jurídicas⁸¹.

Lembra Daniel Sarmento que não se pode cair na tentação equivocada de, a pretexto de estender a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito privado, terminar “asfixiando a autonomia individual, criando uma atmosfera totalitária, quase orwelliana, na qual a multiplicação ao infinito dos deveres constitucionais reduziria a bem pouco a liberdade humana”. É certo que os direitos fundamentais devem irradiar efeitos sobre as relações privadas, porém requer a observância de uma série de especificidades a serem devidamente consideradas no caso concreto⁸².

E isso só se concretiza em meio a técnicas de ponderação de bens, valores e princípios constitucionais, mediante a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

1.5. Plano de trabalho

⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 82/83.

⁸² *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 6.

O debate a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais reclama uma análise dos vários elementos que podem servir de base para a elaboração de uma teoria contratual diferenciada e mais adaptada a lidar com contratos que tenham como objeto direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Este trabalho, nesta esteira, que já iniciou o primeiro capítulo com várias problemáticas que envolvem o tema, será dividido nos cinco capítulos seguintes, nos quais hão de ser abordadas as premissas e os pressupostos teóricos que formaram a teoria e os princípios mais próximos de uma doutrina contratual diferenciada no Estado pós-social, marcado pela globalização e pelo neoliberalismo.

No segundo capítulo, o trabalho procura dar ênfase a variados vetores que estruturam, jurídica e constitucionalmente, a atividade econômica da iniciativa privada, partindo da ótica da unidade e do caráter sistêmico da ordem jurídica para o exame de todo o direito privado, além de se debruçar sobre a natureza dos princípios constitucionais afetos, direta ou indiretamente, à atividade negocial, que majoritariamente caracterizam os direitos fundamentais nas relações contratuais. Além disso, ainda neste capítulo, um dos principais elementos que embasam esta dissertação serão analisados no tópico que trata dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos e a possibilidade de ceder frente a outros, através da ponderação entre eles.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão enfrentados os aspectos gerais que circundam os direitos fundamentais, desde o estudo da dimensão subjetiva que permeou o limiar do constitucionalismo moderno, passando pela dimensão objetiva até desaguar na discussão acerca da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive, com a análise das teorias que tratam do grau e da intensidade da eficácia. E, ao

final, propõe-se um correto equacionamento entre as teorias e adoção de uma postura mais moderada e variável a depender das particularidades do caso concreto.

O quarto capítulo busca apreciar desde a concepção clássica do contrato, com início na época romana, analisando a influência do direito canônico, até a época do Estado liberal e do fenômeno do codicismo, que proporcionou a definição de determinadas características e princípios que ainda, na atualidade, em grande parte, orientam a doutrina contratual.

Já o quinto capítulo aborda a visão socializante da teoria contratual, expondo os motivos que levaram a crise da teoria liberal dos contratos e o surgimento do dirigismo contratual, a funcionalização dos institutos de direito privado em prol dos interesses da coletividade, culminando com a consolidação da concepção social do contrato. À semelhança da ótica liberal dos contratos, a concepção social, ao se fundar em outras características, instituiu novos princípios, aprimorando aqueles clássicos, no intuito de eliminar as desigualdades econômico-sociais vividas pela sociedade.

E, por fim, no sexto capítulo, para encerrar o trabalho, vários exemplos, inclusive extraídos da jurisprudência pátria, são ostentados para demonstrar a insuficiência da teoria socializante dos contratos, quando se lida com direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ainda que esteja apoiada em cláusulas gerais e princípios do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, sugere-se, por derradeiro, a adoção da teoria dos deveres de proteção incidente sobre os direitos e os bens constitucionalmente protegidos nos contratos e, conseqüentemente, a aceitação de novos princípios que decorrem da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a fim de que viabilizem, no plano constitucional, a decisão judicial resultante da ponderação entre os interesses em jogo.

2. ASPECTOS JURÍDICOS E CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

2.1. A unidade e a visão sistêmica da ordem jurídica

A atividade econômica deve pressupor uma análise jurídica e constitucional que a compreenda num contexto marcado pelo fenômeno da interpretação unitária e sistemática de todas as normas e valores atinentes às relações negociais.

A unidade da ordem jurídica consiste na recondução dos valores singulares aos valores fundamentais mais profundos, até que se chegue aos princípios gerais que a fundamentam. Só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão “orgânica” de toda a ordem jurídica. O sistema passa, então, a ser uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito⁸³.

Os conceitos não se mostram adequados a propiciar a adequação valorativa e a unidade interior do sistema jurídico. Isto porque, ainda que estejam bem construídos, os conceitos contêm valorações fechadas e estáticas, enquanto os princípios são abertos e dinâmicos. E, por incrível que pareça, a valoração apresenta-se mais imediata e segura no princípio do que no conceito de determinado instituto jurídico⁸⁴.

A abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. De fato, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, apenas um projeto de sistema, que exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo e, por isso mesmo, não se afigura definitivo nem

⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, págs. 76/78.

⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibid.*, pág. 83.

“fechado”. Em conseqüência, nunca pode ser tarefa do sistema fixar a ciência ou o desenvolvimento do direito num determinado estado, mas antes exprimir o quadro geral de todos os conhecimentos do tempo, garantindo recíproca concatenação entre si⁸⁵.

Hoje, princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Segue-se, daí, finalmente, que o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, não sendo estático, mas dinâmico, por assumir a estrutura da historicidade⁸⁶.

Especialmente com a queda do império do racionalismo que predominou no século XIX e em parte do século XX, e com o advento dos paradigmas da complexidade, é cada vez mais convidativo que o direito seja visto como um sistema geneticamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente. A abertura supõe a preexistência latente de soluções admissíveis para as inevitáveis lacunas e antinomias. Decerto, não se está pensando, neste passo, apenas na abertura patrocinada pelas cláusulas gerais, senão que, sobretudo, na abertura de natureza epistemológica, derivada da aludida indeterminação, intencional ou não, dos enunciados semânticos em matéria jurídica⁸⁷.

Um sistema que funciona como ordem axiológica ou teleológica, lastreado nas idéias de adequação valorativa e de unidade, proporciona aos princípios um sentido resultante da combinação complementar ou da restrição recíproca, possuindo as seguintes vantagens: a) traduz coerência valorativa, impedindo abordagem meramente formal; b) evita a crença exacerbada na completude fechada e autosuficiente do sistema; c) resguarda o papel da interpretação sistemática; e d) permite ver o papel decisivo da interpretação ponderada, em

⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibid.*, pág. 106.

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibid.*, pág. 108.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 48/50.

virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, afastando, entre outros, o mito da excessiva e imoderada autonomia do texto⁸⁸.

Todas as frações do sistema guardam conexão entre si, daí resultando que qualquer interpretação comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípio, de regras e de valores componentes da totalidade do direito. Cada preceito deve ser visto como parte viva do todo. Ao hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores, a interpretação tópico-sistemática opera as escalonando, renovando os seus significados, e, quando configurada qualquer antinomia lesiva ou para evitá-la, os princípios devem ocupar o lugar de diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, situando-se na base e no ápice do sistema⁸⁹.

O sistema, segundo o pensamento de Juarez Freitas, requer constante e contínua reelaboração, donde segue que a hierarquização não pode ser confundida com mero elemento ou método interpretativo. Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento da interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta linha de raciocínio, Juarez Freitas chega a afirmar que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação⁹⁰.

Os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem, que se estrutura com base em valores. Os preceitos relativos aos direitos fundamentais, ao constituírem posições jurídicas subjetivas, exprimem também o reconhecimento e a garantia de um conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais respectivos. São valores ou bens que a Constituição, nuns casos, recebe como

⁸⁸ FREITAS, Juarez. *Ibid.*, págs. 53/54.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. *Ibid.*, pág. 70.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, pág. 75.

dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional, noutros casos de algum modo cria, procurando interpretar o sentimento coletivo da época na determinação de um projeto de vida em comum, havendo entre eles uma unidade que dê coerência e sentido a essa cultura constitucional⁹¹.

Ingo Wolfgang Sarlet, inclusive, sustenta que o conceito material aberto dos direitos fundamentais cristalizado no art. 5º, § 2º, do Carta Republicana de 1988⁹², conduz à ilação de que existem outros direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, ou ainda considerados implícitos ou não-escritos⁹³, o que termina por formatar no cenário da ordem constitucional um sistema jusfundamental. Esse sistema dos direitos fundamentais, arremata Sarlet, advém da consagração do princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88) e da proteção existente no art. 60, § 4º, da Constituição, contra a ação erosiva do legislador constituinte derivado⁹⁴.

Por isso, José Carlos Vieira de Andrade defende que, por encerrarem princípios de valor objetivo, os direitos fundamentais teriam de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico⁹⁵.

Segundo Paulo Nalin, o sistema aberto não se esgota em si ou nos seus elementos componentes, mas sim, na força jurisprudencial, depreendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos⁹⁶.

⁹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., pág. 105.

⁹² Dispõe o § 2º, do art. 5º, da CF/88, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁹³ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 85.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 87.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 269.

⁹⁶ Op. cit., pág. 69.

Pietro Perlingieri ressalta que um enunciado lingüístico torna-se norma quando é lido e confrontado com o inteiro ordenamento, em dialética com os fatos históricos concretos, com as relações individuais e sociais. A função do sistema é, portanto, necessária – não como resultado estático -, mas como o instrumento e o fim dinamicamente conhecíveis, como uma experiência cultural global, idôneo a transformar a lei em direito, o enunciado lingüístico em norma. A unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos. Não existem normas, portanto, que não tenham como pressuposto o sistema e que ao mesmo tempo não concorram a formá-lo⁹⁷.

Nesta linha, uma das tarefas da Constituição, como norma fundamental do Estado, é ser parâmetro para a unidade formal e material da ordem jurídica. E nessa empreitada, os direitos fundamentais exercem um papel decisivo como parte do núcleo material da Constituição, no sentido de unificar os vários elementos normativos do ordenamento jurídico. Em razão disso, qualquer pretensão de excluir as relações entre particulares norteadas pelo direito privado da incidência dos direitos fundamentais atenta contra o postulado da unidade material da ordem jurídica, patrocinada pela Constituição⁹⁸.

A convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, além de politicamente indesejável, não parece possa ser admitido diante da realidade constitucional, tendo em vista a existência de princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil, particularmente quanto trata

⁹⁷ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 78/80.

⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., pág. 104.

da propriedade, dos direitos da personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família⁹⁹.

Diante do novo texto constitucional, torna-se imperioso redesenhar o direito civil à luz da nova Constituição. O reconhecimento da existência de universos legislativos setoriais implica a busca pela unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Caso o Código Civil se mostrasse incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida de que o texto constitucional poderia fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperar-se-ia, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema, a partir dos princípios constitucionais¹⁰⁰.

Entretanto, antes de aprofundar no exame de que maneira a Constituição e a legislação civil deve se relacionar na interpretação unificante e sistemática, convém averiguar que papel exercem os valores, as regras e os princípios nesse processo.

2.2. Valores, princípios e regras jurídicas

Na teoria geral do direito, uma das principais distinções que se faz às categorias jurídico-filosóficas diz respeito às diferenciações entre valores, princípios e regras. Essa distinção se evidencia como uma dos primeiros passos essenciais à interpretação e à correlata aplicação destas modalidades no plano da ciência jurídica, notadamente quando se trata de

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 12.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 13.

direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Os direitos fundamentais, na Constituição, podem assumir as vestes tanto de regras como de princípios jurídicos, e até mesmo de valores.

Os valores não chegam a se constituir em categoria normativa de essência deontológica, pois não emanam conseqüências jurídicas com força normativa tendentes a regular condutas humanas, mas apenas projetam indicativos éticos no tecido social. Isso porque, conforme pontifica Humberto Ávila, os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva, envolvendo um problema de gosto. Alguns aceitam um valor, enquanto outros o rejeitam. Uns consideram prioritário determinado valor, outros não o reconhecem¹⁰¹.

Assim, enquanto os valores teriam conteúdo meramente axiológico, os princípios têm cunho essencialmente deontológico, estabelecendo, ainda que com certo grau de generalidade, conseqüências jurídico-normativas de proibição, permissão ou obrigação.

A distinção entre regras e princípios, por sua vez, como pontifica Robert Alexy, constitui o marco da teoria normativo-material dos direitos fundamentais, sendo, portanto, um dos pilares principais do edifício da doutrina dos direitos fundamentais¹⁰².

Mas, um dos primeiros teóricos do direito a utilizar um critério lógico para diferenciar os princípios e as regras jurídicas foi Ronald Dworkin. Segundo Dworkin, tanto os princípios e as regras sinalizam decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, porém se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis pela fórmula do tudo-ou-nada, enquanto os princípios se inter cruzam entre si e valem uns mais que outros, a depender do peso ou da importância. Uma

¹⁰¹ *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 55/56.

¹⁰² *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, págs. 81/82.

regra, face a uma determinada circunstância fática, é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. O princípio, ao contrário, não oferece mensuração exata, devendo ser sopesado com outro princípio, a fim de ser identificado qual apresenta maior dimensão de peso. Na colisão entre princípios, um deles não é considerado inválido, mas apenas inaplicável, momentaneamente, após constatar que o outro ostenta maior peso ou importância na solução do caso concreto¹⁰³.

Já Alexy é outro que, na década de 80, apresentou uma teoria qualitativa que diferenciava as regras dos princípios. Segundo entende, os princípios são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimização e que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus. Ao passo que as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, por conter determinações no âmbito no fático e juridicamente possível. Os princípios e as regras se diferenciam na forma como se soluciona o conflito. Um conflito ocorrido no plano das regras só pode ser solucionado, mediante a introdução de uma cláusula de exceção ou, quando não é possível, há de ser declarada uma delas inválida, através dos critérios da “*lex posterior derogat legi priori*” e “*lex specialis derogat legi generali*”¹⁰⁴.

A colisão entre princípios deve ser solucionada de maneira totalmente distinta. Neste caso, um dos princípios tem que ceder em face do outro, pelo critério da precedência. Não se decreta a invalidade de um deles ou mesmo se introduz uma cláusula de exceção. Nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e prevalece, como resultado da colisão, aquele

¹⁰³ *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, págs. 39 e 42/43.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justiça. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, págs. 87/88.

que apresentar maior peso ou importância. Enquanto o conflito de regras se resolve pela dimensão de validade da norma, a colisão entre princípios assenta na dimensão de peso¹⁰⁵.

Jorge Reis Novais sustenta que, em geral, as normas constitucionais de direitos fundamentais têm a natureza de princípios, consagrando garantias subordinadas a uma reserva geral imanente de ponderação ou de necessidade de compatibilização com valores, bens ou interesses igualmente dignos de proteção, o que, mesmo quando a Constituição não o prevê expressamente, envolve, consoante as circunstâncias do caso concreto, a possibilidade de ceder frente a outros¹⁰⁶.

Contudo, esclarece Martin Borowski que os direitos fundamentais podem ser consagrados mediante regras, porém não ficam sujeitos à ponderação. Ao passo que os princípios, quando assumem o perfil dos direitos fundamentais, tornam-se limitáveis, através da ponderação, de sorte que as normas que os restringem são restrições dos próprios princípios¹⁰⁷.

A solução da colisão travada entre os princípios leva em conta as circunstâncias do caso, estabelecendo entre eles uma relação de precedência condicionada, que significa a indicação das condições fáticas e jurídicas que proporcionam que um princípio prevaleça sobre outro. Alteradas essas condições, nada impede que a questão da precedência possa ser resolvida de maneira inversa, fazendo predominar agora o princípio que antes havia sido mitigado em favor de outro¹⁰⁸.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Ibid.*, pág. 89.

¹⁰⁶ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 575.

¹⁰⁷ *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. Mayo-Agosto 2000, págs. 39/40.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, pág. 92.

Para resolver de forma racional o problema da colisão entre princípios, Alexy cria a “Lei de Colisão”, que passa a se constituir em um dos fundamentos da sua teoria dos princípios e se alicerça em duas premissas básicas: a) não existem relações absolutas de precedência e; b) referem-se a ações e situações que não são quantificáveis a priori¹⁰⁹.

O modelo dos princípios tem a vantagem de oferecer uma flexibilidade à Constituição e, com isso, uma resposta intermediária à vinculação. Assim, as normas de direitos fundamentais livram-se da questão de se valem ou não valem, de se são programáticas ou não, e ganham em vinculatividade sem exigir o impossível. Em uma Constituição como a brasileira, ganham em significado os direitos fundamentais não-clássicos (direitos sociais), previstos no art. 6º, que prescrevem prestações positivas ao Estado, cuja execução depende, em grande medida, da situação econômica que, de início, se apresenta como condição fática¹¹⁰.

À diferença dos princípios que possuem natureza deontológica e normativa, os valores, como já dito, têm cunho axiológico, sendo fruto da própria experiência do homem e da coletividade, através do tempo. E, por mais que apresentem imperatividade ética¹¹¹ a conduzir o intérprete a definir determinadas conseqüências jurídicas, ainda assim não perdem o seu grau de extremo relativismo e subjetivismo.

Os limites no processo de intelecção racional dos valores mostram-se visíveis. Ao apreciar dado comportamento humano à luz dos valores da liberdade, da igualdade e da justiça, por exemplo, no máximo, pode-se concluir ser livre ou não-livre, igual ou desigual, justo ou injusto. Escassos elementos dispõem o intérprete para graduar os parâmetros e o alcance normativos da liberdade, da igualdade e da justiça.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Ibid.*, págs. 94/95.

¹¹⁰ HECK, Luís Afonso. *O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais. Ano 89. Nº 781. Novembro de 2000, pág. 77.

¹¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 208/209.

Acresça-se a isso a circunstância de que a interpretação de valores como liberdade, igualdade e justiça, pressupõe desfilas razões igualmente axiológicas, que facilmente podem justificar certo grau de subjetivismo e preferências pessoais difíceis de depurar no discurso jurídico. A depender da conveniência do julgador, a amplitude dada ao valor da liberdade, da igualdade ou da justiça, poderia resolver qualquer complexidade jurídica, sem necessidade de auxílio normativo de qualquer natureza. O valor representaria não apenas as diretrizes políticas e éticas vocacionadas a oxigenar o ordenamento jurídico, porém assumiria contornos deônticos e criaria a linguagem normativa pela voz construtivista do intérprete.

Na interpretação axiológica, fica a cargo do intérprete edificar os parâmetros e o alcance normativos dos valores em cada caso concreto, praticamente decidindo o teor e a extensão dos direitos fundamentais, sem qualquer apego ou compromisso à letra constitucional.

Por causa disso, Luis M. Cruz, inspirado em Böckenförde, ostenta três objeções à fundamentação axiológica dos direitos fundamentais: a) o raciocínio valorativo serve somente como ação individual ético-moral no marco de uma ordem jurídica (diretriz ou orientação); b) carecem de base racional e discursiva para ser objeto de debate, imprescindível à fundamentação jurídica; e, c) no discurso prático-geral, a invocação de valores, em face da ausência de uma fundamentação racional dos valores, termina por admitir, sem prévia delimitação do âmbito normativo, na interpretação, aplicação e desenvolvimento do Direito, as opiniões e idéias subjetivas e incontroláveis do juiz e do teórico do Direito, além dos valores e valorações atualmente dominantes na sociedade¹¹².

De fato, a dificuldade de estabelecer mínimo alicerce racional ao discurso dos direitos fundamentais, a ponto da concreção dos valores depender integralmente do trabalho

¹¹² *La Constitución como Orden de Valores - Problemas jurídicos y políticos: Um estudio sobre los Orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Editorial Comares, 2005, págs. 69/70.

do intérprete, denota a fragilidade da teoria axiológica na interpretação, por dispensar a utilização de referenciais de texto insertos na própria Constituição a orientar o processo de concretização da norma.

Os valores manifestam intuições e sentimentos experimentados na vivência social, não passando, contudo, de simples vetor-guia da ação moral e ética do indivíduo. O impulso normativo que os valores revelam convocam o indivíduo a seguir o padrão ético por eles assinalados, entretanto, não fornecem subsídios racionais – mas apenas emocionais – à formação da rede discursiva das razões que vivificam os direitos fundamentais. Sobram sentimentos e opiniões e faltam razões de cunho lingüístico.

A interpretação, tendo como premissa os princípios, assegura maior solidez discursiva na concretude dos direitos fundamentais, pois reduzem o campo de abstração antes verificado no universo axiológico e equipam o aplicador da norma com parâmetros e referenciais deonticos existentes no texto constitucional e no âmbito normativo do próprio postulado fundamental. Os princípios detêm a vantagem de apontar a consequência jurídica, ainda que em grau mais generalista do que as regras, fincando os mínimos pilares que possam sustentar o edifício argumentativo dos direitos fundamentais.

Robert Alexy, em que pese não negar a possibilidade de argumentação jurídica fundado no modelo axiológico, prefere realçar o modelo dos princípios, em razão de expressar claramente o caráter do dever ser e propiciar, em menor medida que o dos valores, menos falsas interpretações¹¹³.

O princípio, por mais que se origine do valor e contribua para sedimentá-lo, encerra a direção da consequência jurídica, constituindo-se em ponto de interseção entre os valores

¹¹³ *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, pág. 147.

difundidos na ordem jurídica e as regras jurídicas¹¹⁴, o que permite maior poder de concretização dos direitos fundamentais, mediante o discurso argumentativo, embora não se possa afastar a atuação dos valores na renovação dos princípios e das regras, como forma de atualização do direito na sociedade.

Daniel Sarmento argumenta que existe a necessidade indeclinável de que a Constituição empregue em seu texto as regras e os princípios. Os princípios têm um papel formidável conferindo maior flexibilidade à Constituição, facilitando a adaptação às mudanças que ocorrem na sociedade. E, por estarem mais próximos dos valores, aproximam a Constituição dos princípios éticos e morais substantivos¹¹⁵.

No entanto, tempera Daniel Sarmento que, embora tenha aperfeiçoado o ordenamento jurídico brasileiro, esta nova visão sobre os princípios não pode cair no campo do decisionismo e do “oba-oba”. É muito comum juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passarem a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios

¹¹⁴ Acerca desse ponto, lapidar é o magistério de Claus-Wilhelm Canaris, quando profetiza que: “a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica*. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autônoma e privada das suas relações com os outros. O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro; ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, págs. 86/87).

¹¹⁵ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 87.

constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito, dentre eles a democracia, a separação dos poderes e a segurança jurídica¹¹⁶.

Em tom igual moderado, Lafayette Josué Petter considera que é na principiologia constitucional que se haverá de encontrar o fundamento e legitimidade da aplicação das demais normas jurídicas, servindo de referencial para toda a hermenêutica do ordenamento jurídico. Mas, se tais dispositivos forem excessivamente idealistas, serão utópicos e, por outro lado, se ficarem demasiadamente realistas, serão inócuos. Por isso, acertada a postura de Petter quando diz que uma Constituição é o delicado ponto de encontro entre o real e o ideal de uma sociedade¹¹⁷.

Mas este temor, para Martin Borowski, é infundado, pois, sendo os princípios que veiculam os direitos fundamentais normas jurídicas, todos os critérios de validade previstos no ordenamento jurídico a elas inerentes são exigidos, o que significa dizer que a aplicação deve ser resultado de um procedimento metódico estrito¹¹⁸.

Com efeito, não se pode cair na tentação de atribuir sempre aos direitos fundamentais a natureza de princípios, no entanto, não se nega que vários deles – ou mesmo a grande maioria deles – encerram, estruturalmente, princípios constitucionais, inclusive ínsitos à atividade negocial de particulares.

¹¹⁶ *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. Revista de Direito do Estado. Ano 1. Nº 2. Abril/junho de 2006, págs. 113/117.

¹¹⁷ *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 187.

¹¹⁸ Op. cit., págs. 44/45.

Além dos valores, regras e princípios, ainda existe uma outra categoria jurídica que tem recebido grande destaque no tráfico jurídico-privado, sobretudo na concepção social do contrato.

2.3. Cláusulas gerais

Nas relações negociais inspiradas no pensamento liberal racionalista, a necessidade de garantir segurança jurídica redundou na consolidação da técnica legislativa que se fundava na precisão, na clareza e na univocidade das expressões jurídicas. No entanto, esse cenário modificou-se sensivelmente em razão das freqüentes injustiças e desequilíbrios ocorridos nas relações contratuais, daí se fortalecendo, na seara da revisão judicial, a figura da cláusula geral.

O conceito de cláusula geral, como bem delineia Karl Engisch, contrapõe-se ao esquema rígido e casuístico de hipóteses legais, embora corresponda a uma hipótese legal, mas que apresenta grande generalidade, capaz de abranger todo um domínio de casos a um determinado tratamento jurídico específico¹¹⁹.

Segundo Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais são dotadas de grande abertura semântica, que têm o objetivo de fornecer ao juiz critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Com isso, é possível resolver, em uma mesma hipótese de cláusula geral, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. A cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura

¹¹⁹ *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, págs. 228/229.

intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico¹²⁰.

Tudo isso facilita o trabalho do juiz, que pode, à vista dos casos concretos, criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas destinadas ao caso concreto. Sem falar que as cláusulas gerais viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, desencadeia-se permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, mas também que a eficácia da Constituição no direito privado não fique na dependência da decisão do legislador do dia. A concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder à nova emissão legislativa¹²¹.

O ponto-chave das cláusulas gerais descansa no campo da técnica legislativa, na medida em que, dada à sua generalidade, é possível sujeitar a uma consequência jurídica um vasto grupo de situações fáticas. A técnica casuística das hipóteses legais apenas resolve, fragmentária e provisoriamente, as problemáticas jurídicas, daí a importância fundamental das cláusulas gerais¹²².

De fato, como esmiúça Ruy Rosado de Aguiar Júnior, as cláusulas gerais adotam técnica diversa do processo de subsunção da regra à conduta fática, permitindo que o juiz, na

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Ano 35. Nº 139. Julho/setembro de 1998, pág. 8.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Ibid.*, pág. 11.

¹²² ENGISCH, Karl. *Ibid.*, págs. 233/234.

solução do caso concreto, estabeleça, de acordo com o princípio que as encerra, o comportamento que deveria ter sido adotado na hipótese¹²³. Em função da regra que cria para a situação particular, o juiz avalia se o dito comportamento encontra-se em harmonia com tal norma de dever¹²⁴.

Dentre as vantagens deste modelo de técnica legislativa, Paulo Luiz Neto Lôbo ilustra que através das cláusulas gerais, o direito fica mais próximo da realidade social, captando os valores prevalecentes por meio da mediação concretizadora do juiz. Com isso, também se assegura uma permanente atualização do sistema positivo romano germânico, sobretudo nos países onde a construção jurisprudencial tem acompanhado a evolução sócio-jurídica¹²⁵.

Assim, diante do relevo que os meios de produção econômicos provocam na formação da sociedade e do Estado, várias constituições contemporâneas no palmilhar do Estado pós-social, dentre elas a Constituição de 1988, consagraram inúmeros princípios que guardam sintonia com a atividade negocial, em especial a partir de uma ótica mais existencialista do que patrimonialista.

2.4. Princípios constitucionais ligados à atividade negocial

2.4.1. Princípio da segurança jurídica

¹²³ *As Obrigações e os Contratos*. Revista do CEJ/Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. N. 1. Brasília: CJF, 1997, pág. 33.

¹²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Novo Código Civil e o Código do Consumidor*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 6. Nº 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, pág. 18.

¹²⁵ *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 143.

Talvez um dos primeiros princípios relacionados à atividade negocial que vem logo à mente é o da segurança, devido à idéia ainda muito arraigada de que o negócio jurídico, para melhor se desenvolver, deve primar sempre pela certeza e calculabilidade das normas e decisões. A segurança exige continuidade do direito e dos efeitos jurídicos decorrentes do negócio. Qualquer interrupção pode comprometer seriamente a estabilidade nesta relação jurídica.

A segurança é um valor necessário ao homem para conduzir, planificar e conformar, de forma autônoma e responsável, a sua própria vida, constituindo-se, portanto, em fator que integra a noção de Estado de direito. A segurança jurídica, por sua vez, mantém íntima conexão com a garantia da estabilidade das relações jurídicas e com a preservação da orientação e da realização do direito¹²⁶. É por esta razão que se pode afirmar que a segurança jurídica deriva diretamente do princípio do Estado de direito, que se encontra, na Carta Política de 1988, no art. 1º, *caput*¹²⁷.

A segurança jurídica, como bem acentua Canotilho, pressupõe a precisão ou a determinabilidade dos atos normativos, o que significa dizer que os contornos lingüísticos das cláusulas devem ser delineados em termos claros, compreensíveis e não contraditórios. Inegavelmente, a determinabilidade, a clareza e a fiabilidade proporcionam segurança na ordem jurídica e no Estado de direito¹²⁸.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a estabilidade nas relações jurídicas constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de direito. Essa importância fez com que o princípio da segurança jurídica, ao menos desde a

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000, pág. 257.

¹²⁷ O art. 1º, *caput*, da CF, tem a seguinte dicção: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:” (grifos acrescentados).

¹²⁸ *Ibid.*, pág. 258.

Declaração dos Direitos Humanos de 1948, passasse a figurar expressamente em várias constituições modernas, tal como a Constituição Federal de 1988, que o consagrou, no art. 5º, a cláusula geral (*caput*)¹²⁹ e, implicitamente, em outros dispositivos nele elencados¹³⁰.

Observa, no entanto, Sarlet, que a Constituição de 1988 não especificou o âmbito de aplicação do direito à segurança jurídica. Dessa forma, a utilização da expressão genérica segurança apenas o faz tornar uma espécie de cláusula geral, que abrange as hipóteses da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, dentre outras¹³¹.

No tocante à segurança jurídica, a Lei Fundamental de 1988, para Sarlet, trouxe, no art. 5º, várias demonstrações inequívocas de seu prestígio na ordem jurídico-constitucional, a começar pelo princípio da legalidade (inciso II), passando pela expressa proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (XXXVI), pelos princípios da legalidade, anterioridade e irretroatividade em matéria penal (incisos XXXIX e XL), além das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV)¹³².

Pondera, contudo, José Afonso da Silva que a segurança jurídica deve ser sopesada com o valor do justo, uma vez que a Constituição colima assegurar a vigência e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme ensina, nem sempre direito seguro é direito justo, daí porque só se legitima o direito seguro apenas quando o seja para todos, de

¹²⁹ O art. 5º, *caput*, da CF, ostenta a redação a seguir: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:” (grifos acrescentados).

¹³⁰ *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pág. 86.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 88.

¹³² *Ibid.*, pág. 91.

forma igualitária e na mesma proporção de vida digna, e não quando se constituir em garantia de tranqüilidade para as classes dominantes¹³³.

De fato, a segurança jurídica não é o fim último do direito, porquanto vive em constante tensão com outros princípios constitucionais que buscam o restabelecer o equilíbrio e a justiça nas relações jurídicas, dentre eles a dignidade humana, a solidariedade e a proibição de discriminação.

2.4.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Tanto no âmbito internacional como interno, a dignidade da pessoa humana revela ser princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade, a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido¹³⁴.

O princípio da dignidade da pessoa humana está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganhando sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que o homem representa para além dos seus atos e atributos¹³⁵.

A dignidade da pessoa humana projeta-se sobre as normas constitucionais e infraconstitucionais, de forma a estabelecer conexões sistemáticas e teleológicas (elementos de interpretação), veiculando normas de obrigação e normas de proibição em âmbitos

¹³³ *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, págs. 16/17.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais. Ano 94. Volume 833. Março de 2005, pág. 51.

¹³⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. cit.*, pág. 101.

concretos específicos, tal como se fosse norma constitucional de eficácia direta e imediata sobre os casos concretos¹³⁶.

Ressalta Ingo Von Münch, porém, que a interpretação acerca do que se entende por dignidade da pessoa humana sempre pressupõe um estudo interdisciplinar de teologia, filosofia e ciência política. E ainda acrescenta que uma das maiores dificuldades em sua conceituação reside no caráter relativo – e muitas vezes subjetivo – do princípio. Isso porque, em alguns casos, pode uma medida violar a dignidade de uma mulher, mas não a de um homem; a dignidade de um idoso, mas não a de um jovem; a dignidade de um civil, mas não a de um militar. Daí a necessidade de avaliar sempre as circunstâncias do caso concreto¹³⁷.

Dentre os pensadores que trataram da dignidade, foi o filósofo Immanuel Kant quem melhor conseguiu traçar os contornos de tal atributo que serviu de fator de diferenciação do homem das demais coisas. Kant partiu da premissa de que o homem existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Os seres, ora atuam como meios, se forem irracionais, sendo, por isso mesmo, denominados coisas, ora consistem em fim em si mesmo, se forem racionais, denominando-se pessoas. As pessoas não podem ser empregadas como simples meio, constituindo-se um fim tal que em seu lugar não se pode pôr nenhum outro em seu lugar¹³⁸.

Para Kant, tudo teria ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tivesse preço, poderia ser substituída por algo equivalente. Mas se, por outro lado, a coisa estivesse acima de todo preço e não admitisse qualquer equivalência, gozaria de dignidade. É certo que as necessidades do homem teriam um preço comercial, porém, como a condição humana era

¹³⁶ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., págs. 112/113.

¹³⁷ *La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 2. Núm. 5. Mayo-agosto 1982, págs. 12 e 18/19.

¹³⁸ *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, págs. 58/59.

um fim em si mesma, isso não teria simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, a dignidade¹³⁹.

Kant lançou as bases para a construção da fórmula doutrinária da não-instrumentalização do homem. Para esta teoria, o homem não poderia ser considerado mero instrumento ou objeto de satisfação de interesses de terceiros.

Ingo Von Münch destaca que a fórmula do objeto só auxilia nos casos de violação da dignidade humana e que isso ocorre quando a medida que a desencadeia constitui em expressão de despreço a pessoa¹⁴⁰.

Maria Celina Bodin de Moraes sustenta, apoiada no pensamento kantiano, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, será desumano e, portanto, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto. Essa idéia não-instrumentalista pode ser desdobrada em quatro premissas básicas que caracterizam a pessoa humana: a) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; b) merece o mesmo respeito à integridade psicofísica; c) é dotado de vontade livre e de autodeterminação; e d) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado¹⁴¹.

Nesta mesma trilha, um famoso caso, de certa forma, adotou na configuração dos contornos da dignidade da pessoa humana a teoria da não-instrumentalização do homem.

Tratava-se da hipótese decidida pelo Conselho de Estado francês a respeito do atirador de

¹³⁹ Op. cit., pág. 65. Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves ensina que a concepção kantiana “implica que a dignidade de uma pessoa independe de seu status social, do cargo que ocupa, da sua popularidade, de sua utilidade para os outros. Esses fatores podem mudar, mas a dignidade atribuída ao ser humano enquanto agente moral não. [...] Ao afirmar que a dignidade não admite equivalente, Kant afirma também que aquele que é dotado de dignidade não pode ser trocado ou sacrificado sob qualquer pretexto. O que tem dignidade não tem preço e não pode ser mensurado” (*Sobre a Dignidade da Pessoa*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 221/222).

¹⁴⁰ Op. cit., págs. 19/20.

¹⁴¹ Op. cit., págs. 16/17.

anões (arrêt du lanceur de nains). Em duas cidades francesas, surgiu um tipo de diversão pública, que consistia em um jogo em que o público era convidado a atirar, utilizando-se de um canhão de pressão, um anão à distância. Aquele que conseguisse arremessá-lo a uma distância maior, ganhava o jogo. Duas prefeituras departamentais francesas baixaram decretos proibindo a apresentação dos espetáculos, sob a alegação de proteção da dignidade da pessoa do anão. No entanto, os promotores do jogo, em litisconsórcio com o anão que nele atuava, buscaram, pela via do contencioso administrativo, a anulação dos decretos, com base na proteção do livre exercício profissional. Derrotado na primeira instância, o anão recorreu ao Conselho de Estado francês, argumentando que desempenhava aquela profissão porque gostava do que fazia e sua atividade era um instrumento de socialização e, em última análise, de concretização do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. No entanto, o Conselho de Estado confirmou a sentença de primeiro grau, assentando que o respeito da dignidade humana não poderia ser renunciado em função de apreciações subjetivas que cada um pudesse ter a seu próprio respeito, e, assim, ser objeto de comercialização¹⁴².

Na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, além do sentido kantiano, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez apresenta um elemento variável, que se desdobra em cinco condições: a) a segurança na vida individual e social; b) a igualdade jurídica; 3) as garantias da identidade e da integridade humanas, que assegure um espaço de autodeterminação; d) a limitação do poder estatal; e e) a atenção à contingência corporal do homem¹⁴³.

¹⁴² CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 249/250.

¹⁴³ *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, págs. 43/44.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana, devido ao pluralismo e à diversidade de valores na sociedade, deve ser definida em permanente processo de construção e desenvolvimento. Isso porque, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade, a autonomia e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, que pode ocorrer por variadas formas e matizes ao longo do tempo, não haverá espaço para a dignidade humana e esta pessoa, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças¹⁴⁴.

Como conseqüência disso, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, não podendo, nesta esteira, ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, a ofensas à integridade física e emocional (psíquica) da pessoa, a situações que torne impossível à pessoa representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria e autônoma individualidade, à falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional e ao desrespeito aos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁴⁵.

É por tais circunstâncias que Sarlet define a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, que lhe assegure um complexo de direitos e deveres fundamentais contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe condições

¹⁴⁴ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pág. 41.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid.*, págs. 91/94.

existenciais mínimas para uma vida saudável e a uma participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴⁶.

Wilson Steinmetz também elenca diversas conseqüências interpretativas que decorrem da dignidade da pessoa humana, assim reproduzidas: a) respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; b) o reconhecimento particularidades de cada pessoa como ser único, singular e irrepetível; c) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; e d) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa¹⁴⁷

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez sintetiza as principais conclusões encontradas pelo Tribunal Constitucional espanhol, alicerçadas na fórmula da não-instrumentalização, como resultado de seus julgamentos, nas seguintes linhas: a) a pessoa não pode ser patrimonializada, pois é sujeito de direitos, e não objeto de contratos patrimoniais (STC 212/1996); b) o trabalhador não pode equiparado a “mero fator de produção” ou “mera força de trabalho” (STC 192/2003); c) a pessoa não pode ser, enquanto tal, mero instrumento de diversão ou entretenimento (STC 231/1988); d) a pessoa não deve ser convertida em mero objeto nos casos de agressão ou abuso sexual (SSTC 53/1985 y 224/1999); e) a dignidade impõe que a assunção de compromissos ou obrigações tenha em conta a vontade do sujeito (STC 53/1985); e f) a dignidade também impõe que não seja sujeito tratado como mero objeto dos procedimentos legais, quando estiver participando de processos judiciais, sobretudo naqueles de natureza criminal (STC 91/2000)”¹⁴⁸.

Gustavo Tepedino considera que a dignidade da pessoa humana é composta pelos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º,

¹⁴⁶ Ibid., pág. 62.

¹⁴⁷ Op. cit., pág. 116.

¹⁴⁸ Op. cit., pág. 97.

III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF), conferindo fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e modelando a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil¹⁴⁹. Realmente, a dignidade humana tem íntima correlação com a solidariedade, na medida em que ações solidárias em prol de um grupo ou de indivíduos podem ter o condão de torná-los mais dotados de dignidade.

2.4.3. Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade encontra-se alicerçado na idéia de cooperação entre os membros da sociedade. Essa premissa de cooperação, por seu turno, pressupõe que cada participante pode razoavelmente aceitar e, às vezes, deveria aceitar, desde que todos os outros aceitassem as regras e os procedimentos publicamente reconhecidos. Todo aquele que cumprir sua parte, de acordo com o que as regras reconhecidas o exigem, deve-se beneficiar da cooperação conforme um critério público e consensual especificado¹⁵⁰.

Ronald Dworkin noticia que os filósofos vêm debatendo há muito tempo casos hipotéticos que testam o nível de interesse devido por um membro de uma comunidade a outro. Exemplifica Dworkin que, se um homem estiver se afogando e outro puder salvá-lo com um risco insignificante para si mesmo, o primeiro tem um direito moral a ser salvo pelo segundo. Em termos econômicos, poder-se-ia asseverar que, se a utilidade coletiva de ambos

¹⁴⁹ *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 317.

¹⁵⁰ RAWLS, John. *Justiça como Eqüidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 7/9.

for grandemente incrementada graças a um salvamento, o homem que está prestes a se afogar tem um direito a este salvamento, e seu salvador tem o dever de salvá-lo¹⁵¹.

Karl-Otto Apel defende, ardorosamente, a necessidade de uma ética, intersubjetivamente vinculatória, de responsabilidade solidária da humanidade, diante das conseqüências de atividades e conflitos humanos, mormente em função do pavoroso aumento do risco decorrente de todas as atividades e conflitos humanos, em decorrência do espantoso potencial técnico da ciência¹⁵². Para Apel, o que na atual crise da civilização técnico-científica seria exigido em medida planetária é muito mais do que uma ética das situações-limite existenciais. Indubitavelmente se exigiria algo como uma ética de responsabilidade solidária comum da humanidade, no sentido de uma intermediação comunicativa de interesses e ponderação da situação¹⁵³.

Sendo diametralmente oposto ao individualismo, Pedro Buck Avelino conceitua solidariedade como o atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade principal é possibilitar a vida em sociedade, mediante o respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem¹⁵⁴.

Maria Celina Bodin de Moraes entende que a solidariedade deriva da consciência racional dos interesses em comum, instituindo, para cada membro da sociedade, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que

¹⁵¹ Op. cit., pág. 155.

¹⁵² *Estudos da Moral Moderna*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1994, pág. 164/165.

¹⁵³ Op. cit., pág. 173.

¹⁵⁴ *Princípio da Solidariedade: Imbricações Históricas e sua Inserção na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. Nº 53. Outubro-dezembro de 2005, pág. 250.

“cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”¹⁵⁵.

A solidariedade, na ótica de Cláudia Lima Marques, seria o vínculo recíproco em um grupo, traduzido na consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes. Mas também possui sentido moral, exigindo uma relação de responsabilidade, de apoio, de adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o interesse centrado em si e o interesse centrado no outro está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo. Um dos ideais do direito civil que floresceu na Revolução Francesa era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos fundamentais em pleno direito privado”¹⁵⁶.

Ao estatuir como objetivo fundamental da República, no arts. 3º, inciso I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição de 1988 conformou, a um só tempo, um modelo de mercado assentado, de um lado, na liberdade de iniciativa econômica e, de outro, na garantia de existência digna, na defesa do consumidor e na redução das desigualdades regionais e sociais, o que sedimenta a idéia primária de construir uma sociedade baseada na solidariedade. A palavra “solidariedade” reflete categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Op. cit., págs. 45/48.

¹⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 186.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 620/621.

Também como decorrência da previsão encartada no art. 3º, inciso I, é possível asseverar que a Constituição de 1988 consagrou, ainda que implicitamente, o princípio da boa-fé. A obrigação de se comportar solidariamente na sociedade nada mais revela do que o conteúdo material do princípio da boa-fé, sobretudo a de natureza objetiva.

A boa-fé exprime o valor da ética, da lealdade, da correção e da veracidade que se espalha por todo o fenômeno contratual e repercute sobre todos os demais princípios, repudiando a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos. Para Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva assenta suas bases na cláusula geral de tutela da pessoa humana e, mais especificamente, no ditame constitucional que determina como objetivo fundamental a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica¹⁵⁸.

A boa-fé é um modelo de comportamento timbrado pela honestidade, lealdade e cooperação e, quando a Constituição, diz que fala em construir uma sociedade solidária finca em solo firme aqueles valores basilares.

Para Álvaro Villaça Azevedo, o princípio da boa-fé, no tráfico jurídico-privado, representa a essência e a presença ética dos negócios, sendo um estado de espírito que leva o sujeito a celebrá-los em clima de aparente segurança¹⁵⁹.

Já, segundo J. M. de Carvalho Santos, a boa-fé é um conceito ético-social extraído da prática da vida, que possui as funções de sanear e suprir vícios, à luz da equidade e da humanidade, de servir de critério de moralidade, exigindo lealdade na celebração de negócios

¹⁵⁸ Op. cit., págs. 116/117.

¹⁵⁹ *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis)*. Revista Ltr. Vol. 67. Nº 04. Abril/2003, pág. 395.

jurídicos e no cumprimento das obrigações, e de ser utilizado como princípio interpretativo da norma jurídica e da vontade das partes¹⁶⁰.

A boa-fé é princípio normativo que se desenvolve por meio de cláusulas gerais, substituindo o modelo de sistema fechado, próprio do positivismo científico e legalista, pelo modelo da eticização das relações jurídicas¹⁶¹.

De acordo com a ensinança de Ludwig Enneccerus, a boa-fé proíbe que se cometa abuso com pretensões jurídicas formal ou aparentemente infundadas, protegendo o devedor contra exigências impertinentes, que choquem contra o direito e a equidade¹⁶².

Com efeito, é de reconhecer que o princípio da boa-fé funciona como o elo ou uma ponte que liga o direito contratual aos princípios constitucionais a ele afetos.

2.4.4. Princípio da proibição de discriminação

No plano das relações negociais, o tipo de ameaça, lesão ou violação mais freqüente é o que se relaciona com as discriminações, o tratamento desigual, o desfavorecimento arbitrário, os privilégios injustificados, a perseguição ou o assédio em função de fatores *suspeitos*, como a raça, o sexo, a orientação sexual, o território de origem, a ideologia ou a religião. Assim, a zona mais vitalmente carecida de proteção nas relações negociais é a que respeita à igualdade¹⁶³.

¹⁶⁰ *Boa-fé*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961, pág. 66 e 68.

¹⁶¹ AMARAL, Francisco. *A Boa-fé no Processo Romano*. Revista de Direito Civil. Nº 78. Outubro/dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 196.

¹⁶² *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Traducción de la 35ª Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1954, pág. 19.

¹⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 374.

No entanto, não é possível que o princípio da igualdade se realize em todo o seu alcance nestas relações privadas. Isso não significa que o princípio da igualdade constitucional não possa ter relevância no direito civil, mas, antes, implica, simplesmente, que o postulado da igualdade previsto na Constituição não pode simplesmente ser transplantado no direito civil, sem ser harmonizado e sem que se torne compatível com o inteiro sistema normativo constitucional¹⁶⁴.

Jorge Reis Novais justifica essa postura moderada em relação ao princípio da igualdade, diferentemente do que ocorre nas relações jurídicas entre indivíduo e o Estado. Isso porque simples e meras razões de bom senso mostram à evidência que, na vida privada, os particulares não estão sujeitos à observância direta do princípio constitucional da igualdade. Do contrário, ter-se-ia que permitir o absurdo de alguém poder exigir judicialmente o direito a namorar ou a constituir família com outro alguém, pelo fato de ter sido preterido por razões, alegadas pela outra parte, de estética, de ideologia, de religião ou de preferência clubística¹⁶⁵.

José Carlos Vieira de Andrade acentua que o princípio da igualdade não é aplicável nas relações negociais privadas, enquanto proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação. O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional. Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus atos e não atuando

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 49.

¹⁶⁵ Op. cit., págs. 377/378.

senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade¹⁶⁶.

Estender, segundo pensa Vieira de Andrade, aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente deste princípio. Contudo, o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade¹⁶⁷.

Nesta esteira, arremata Vieira de Andrade que, se estiver em causa situações em que certas pessoas coletivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio econômico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros. Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade. Note-se, enfim, que o princípio da igualdade enquanto proibição de discriminações se refere a uma igualdade material e se dirige especialmente às atuações arbitrárias ou injustificadas determinadas por diferenças como o sexo, a religião, as convicções políticas, ect.¹⁶⁸.

Para Juan María Bilbao Ubillos, a possibilidade de ponderação do princípio da igualdade no contexto das relações negociais só cabe em determinadas ocasiões. A regra geral é a liberdade negocial e, por conseguinte, a inoperância do princípio da igualdade. Nada impede que um locador possa promover contra um inquilino uma ação de despejo para falta de pagamento do aluguel, e não exercer esse direito na relação com outro inquilino, nas

¹⁶⁶ Op. cit., págs. 276.

¹⁶⁷ Ibid., págs. 277/278.

¹⁶⁸ Ibid., págs. 279/280.

mesmas circunstâncias. Na imensa maioria dos casos, o particular não está submetido a uma obrigação de tratar igualmente os particulares¹⁶⁹.

Ubillos noticia um caso decidido, em 1987, pelo Tribunal Constitucional espanhol, em que um vizinho, fundado no art. 14 da Constituição espanhola¹⁷⁰, reclamava na justiça igualdade de tratamento entre vizinhos de uma mesma comunidade. Entendeu a Corte espanhola, no entanto, que, nas relações negociais entre particulares, a Constituição apenas assegurava o direito ao particular de não ser discriminado por outro, por razões de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou condição social¹⁷¹.

Iacyr de Aguiar Vieira assinala que, dentre as limitações à liberdade de contratar, uma delas consiste na liberdade de escolher as partes com quem contratar, que se vê também limitada principalmente pelos ditames constitucionais que protege os indivíduos contra as práticas discriminatórias¹⁷².

Pela Constituição Federal de 1988, os particulares estão proibidos de praticar tratamento discriminatório entre si, com base na cor, na idade, na religião, na raça, na origem, no sexo e em quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 3º, IV). Isso não significa, porém, que o princípio da igualdade não vincule os particulares em suas relações jurídicas. Como bem esclarece Steinmetz, há situações nas quais se exigem tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, exemplificando quando isso ocorre nos seguintes casos: a) nas hipóteses em que o particular detém posição monopolista ou oligopolista ou forte poder social; b) quando se negociam bens e serviços

¹⁶⁹ Op. cit., pág. 414.

¹⁷⁰ O art. 14 da Constituição da Espanha tem a seguinte redação no original: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹⁷¹ Op. cit., pág. 428.

¹⁷² *A Autonomia da Vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. Ano 90. Nº 791. Setembro de 2001, pág. 61.

essenciais e de interesse público (ex: hospitais, farmácias, clínicas médicas para atendimento de urgências, universidades, escolas e empresas de transporte coletivo) ou, por fim, c) quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar (ex: restaurantes, bares, confeitarias, casas de espetáculo, hotéis ou pousadas)¹⁷³.

Jesús Alfaro Aguila-Real aponta várias circunstâncias em que há grande probabilidade de que tais comportamentos atentem contra o princípio da proibição de discriminação: a) ocorre ofensa ao princípio quando é negado ao sujeito afetado a contratação por ser negro, mulher, homossexual ou outras formas de discriminação similares; b) quando se baseiam em circunstâncias utilizadas historicamente para determinar o *status jurídico* da pessoa, como, por exemplo, o sexo; c) quando a negativa de contratar ocorre mediante discriminação lançada em público, pondo o sujeito atingido em situação vexatória perante os demais; e d) mesmo quando existem cláusulas contratuais prevendo tratamentos discriminatórios. Fora tais hipóteses, é plenamente lícito e constitucional a discriminação efetuada por particulares em relação a outros igualmente particulares¹⁷⁴.

Contudo, no exame do caso concreto, somente na ponderação dos bens em jogo é que se concluirá pela violação ou não do princípio da proibição de discriminação em uma relação negocial privada.

2.4.5. Princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170 da CF)

¹⁷³ Op. cit., págs. 260 e 263.

¹⁷⁴ *Autonomía Privada y Derechos Fundamentales*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 46. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1993, págs. 118/120.

O art. 170 da Constituição Federal de 1988¹⁷⁵ traduz o modelo de ordem jurídico-constitucional que procura harmonizar os interesses da atividade comercial privada, como a livre iniciativa e a liberdade de contratar com os interesses da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais.

Com efeito, uma interpretação atenta da Carta Política de 1988 permitirá que se perceba a opção do constituinte originário por solução intermediária e compromissória entre o individualismo e o coletivismo transpersonalista, que vislumbra na pessoa humana apenas uma parte no todo social, concebendo a sociedade como um organismo superior a qualquer dos membros que a compõem¹⁷⁶.

O art. 170 da Constituição há de ser lido no sentido de que a atividade econômica deverá estar fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁷⁷. Para Eros Roberto Grau, a ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista¹⁷⁸.

Eros Roberto Grau assinala que a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, porém se distancia do modelo liberal puro e se ajusta à ideologia neoliberal. Segundo ele, a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o

¹⁷⁵ Como se vê, reza o art. 170 da Constituição que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 117.

¹⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 51.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 57.

intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor. Admite que a Constituição é capitalista, mas a condiciona ao interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado¹⁷⁹.

Ana Prata, ao se referir à Constituição portuguesa de 1976, assevera que o texto constitucional não se adstringe a definir regras de organização política, econômica e social para a formação da coletividade, mas, antes, impõe um programa de transformação da sociedade. A função normativa de qualquer texto constitucional implica alguma projeção programática no futuro. Toda a sociedade está em constante mutação, e a adequação e longevidade de um texto constitucional dependem, em grande medida, da sua capacidade de definir o respectivo projeto como um projeto de transformação ou, ao menos, como um projeto aberto à transformação¹⁸⁰.

Como um dos fundamentos da ordem econômica, a livre iniciativa consiste no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco, fincando raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial e dedicada proteção. Se é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica, sendo então assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único)¹⁸¹. Contudo, a livre iniciativa não se confunde com a livre concorrência, que corresponde ao livre jogo das forças de mercado na disputa da clientela¹⁸².

O princípio da liberdade de iniciativa econômica constitui a marca e o aspecto dinâmicos do modo de produção capitalista, correspondendo ao poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de

¹⁷⁹ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 226/227.

¹⁸⁰ *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, págs. 59/60.

¹⁸¹ PETER, Lafayette Josué. Op. cit., págs. 161 e 163.

¹⁸² PETER, Lafayette Josué. Ibid., págs. 221.

liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana em termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino¹⁸³.

Pontes de Miranda, ao comentar o dispositivo constitucional da Constituição brasileira de 1967 (EC nº 1/69) que trata dos princípios da ordem econômica (art. 160)¹⁸⁴, considera a valorização do trabalho pressuposto da dignidade da pessoa humana, e, partindo da idéia de os homens são desiguais, arremata que o objetivo de se valorizar o trabalho é reduzir esta desigualdade¹⁸⁵.

A liberdade de iniciativa econômica é mesmo substrato da realidade econômica da empresa, a qual se tem projetado em diversos ângulos da normatividade jurídica e constitui um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento. Parece haver uma relação de instrumentalidade entre iniciativa econômica e autonomia privada. Como visto, a essência da autonomia privada repousa na atividade econômica da propriedade, consistindo as duas condições, propriedade privada e livre iniciativa, as bases do sistema capitalista. O sistema capitalista funda-se na liberdade da iniciativa econômica, e sua expressão no campo do direito privado corresponde à autonomia privada, com a qual, porém, não se confunde¹⁸⁶.

A iniciativa privada é conceito, por um lado, mais amplo que o da autonomia privada, enquanto se realiza, além dos negócios jurídicos, também nos atos meramente

¹⁸³ PETTER, Lafayette Josué. *Ibid.*, pág. 166.

¹⁸⁴ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

¹⁸⁵ *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. I, de 1969)*. Tomo VI. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pág. 40.

¹⁸⁶ PETTER, Lafayette Josué. *Op. cit.*, pág. 168.

executivos ou em atividades materiais que não exprimem atuação da autonomia privada, como poder normativo; por outro lado, é conceito mais restrito, porquanto existem negócios jurídicos, e, portanto, atos de autonomia privada, que não entram no âmbito da atividade empresarial. Qualquer que seja o entendimento sobre tais conceitos, é manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, quando, como e onde produzir¹⁸⁷.

O fim da ordem econômica é possibilitar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Como a expressão existência digna remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada, preponderantemente, na sua individualidade, a justiça social diz respeito a uma espécie de dignidade coletiva. Não basta alguém possuir digna existência se aquele que está ao lado não possui dignidade alguma. Por isso que a justiça social está relacionada com a correção das grandes distorções que ocorrem numa sociedade, diminuindo distâncias e diferenças entre as diversas classes que a constituem, favorecendo os mais humildes¹⁸⁸.

Friedrich Hayek explicita que o uso da expressão “justiça social” remota cerca de um século. Em épocas mais antigas, era usada para descrever os esforços organizados para que fossem observadas as regras de mera conduta individual. Todavia, atualmente, costuma ser usada como o mesmo que justiça distributiva. Para ele, a idéia da justiça social torna-se uma

¹⁸⁷ AMARAL, Francisco. *A Liberdade de Iniciativa Econômica: Fundamento, natureza e garantia constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Ano 23. Nº 92. Outubro/dezembro de 1996, pág. 230.

¹⁸⁸ PETTER, Lafayete Josué. Op. cit., págs. 180/181.

exigência aos membros da sociedade, para que se organizem de modo a poder atribuir cotas específicas da produção social aos vários indivíduos ou grupos¹⁸⁹.

Na mesma linha, Pontes de Miranda equipara o princípio da justiça social ao princípio da justiça distributiva¹⁹⁰.

Porém, pondera Adolfo J. Sequeira Martín que a regulação na defesa do consumidor não pode vulnerar princípios econômicos constitucionais¹⁹¹. Daí a razão pela qual não se pode prescindir de analisar todos os princípios supostamente postos em posição de colisão, segundo técnicas de ponderação entre os direitos ou os bens constitucionalmente protegidos.

2.5. Direitos ou bens constitucionalmente protegidos

A preocupação que recai sobre o respeito à pessoa, em razão de sua dignidade, exige a proteção de determinados bens jurídicos de especial importância para poder desenvolver livremente a personalidade. A conseqüente interpretação e a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, no contexto global da vida humana, realizam-se quando os bens jurídicos que os protegem constitui um interesse não apenas para seu titular, mas também para a coletividade¹⁹².

O direito civil regula os mais generalizantes institutos relacionados ao homem e afeta as relações jurídicas mais comuns da vida em sociedade. Daí a justificativa das figuras civilísticas encontrarem-se plasmadas, com grande frequência, na Constituição¹⁹³. Na

¹⁸⁹ *Lei, Legislação e Liberdade*. In: MAFFETTONE, Sebastiano, VECA, Salvatore (Orgs.). *A Idéia de Justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, págs. 368 e 370.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, pág. 30.

¹⁹¹ *Defensa del Consumidor y Derecho Constitucional Economico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4. Núm. 10. Enero-abril 1984, pág. 95.

¹⁹² DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre Derechos Fundamentales?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 341.

¹⁹³ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Op. cit.*, pág. 85.

Constituição brasileira de 1988, podem ser mencionados, como institutos originariamente de natureza civil, a propriedade (art. 5º, XXII), a herança (art. 5º, XXX) e a família (art. 226).

A diferenciação de soluções, consoante o tipo de bem jurídico em causa, repercute em todos os direitos fundamentais, incluindo os próprios direitos fundamentais que, constando da Constituição, regulam aparentemente e de forma quase exclusiva, relações entre particulares, por exemplo, relacionadas com família, casamento, propriedade e educação¹⁹⁴.

É claro que os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais (a vida, a saúde, a integridade física, a propriedade, a família, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, a criação artística, a inviolabilidade de domicílio ou de comunicações, o desenvolvimento da personalidade) também devem ser reconhecidos e necessitam de ser protegidos nas relações entre particulares, bastando apenas que haja significativas ameaças¹⁹⁵.

Um dos principais parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas deve ser o seu grau de existencialismo em relação à pessoa e a consequência disso é atribuir diferente peso aos direitos fundamentais, dependendo do conteúdo existencial ou patrimonial. Isso se deve ao fato de que a dignidade da pessoa humana não se expressa prioritariamente em relações de conteúdo meramente patrimonial, mas normalmente em questões existenciais, nas quais o patrimônio só adquire relevo no plano da proteção do mínimo existencial¹⁹⁶.

Wilson Steinmetz classifica os direitos fundamentais individuais em direitos fundamentais pessoais e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial.

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 356.

¹⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid.*, pág. 364.

¹⁹⁶ MARTINS, Samir José Caetano. *Op. cit.*, pág. 68.

Os direitos fundamentais pessoais são aqueles de natureza imaterial, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca e estritamente importantes para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma. Alguns exemplos são: a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e comunicação (art. 5º, IX), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X), a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) e a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz (art. 5º, XV) ¹⁹⁷.

Ao passo que os de conteúdo patrimonial correspondem àqueles bens, esferas ou atributos de natureza material, tais como, o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o direito exclusivo dos autores de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (art. 5º, XXVII) e o direito de herança (art. 5º, XXX) ¹⁹⁸.

Mas também não se pode esquecer ainda que a Constituição Federal de 1988, no art. 6º, elenca uma série de direitos fundamentais de segunda dimensão, que também podem ser considerados bens constitucionalmente protegidos, tais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

É por isso que a saúde não pode ser protegida através da utilização de normas inspiradas por uma exclusiva lógica patrimonial, nem a sua tutela pode exaurir-se em um critério fundado unicamente em exigências ditadas pela idéia da propriedade privada. A função social da propriedade e a utilidade social da empresa no ordenamento vigente assumiram conteúdos solidaristas e personalistas, o que propicia um juízo de compatibilização

¹⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., págs. 221/222.

¹⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., págs. 221/222.

entre a liberdade de contratar, de um lado, e o direito à saúde, de outro, ambos de índole constitucional¹⁹⁹.

Na mesma trilha, o direito à moradia também há de merecer destacado realce na relação contratual. Isso se deve à idéia de que a moradia pertence à pessoa e à família, o que acaba por produzir conseqüências notáveis no plano dos contratos civis, notadamente nas relações locatícias. Como direito existencial, o direito à moradia pode se satisfazer mesmo sem ser proprietário do imóvel residencial²⁰⁰.

Hoje o contrato, mais do que instrumento de circulação das riquezas da sociedade, representa, como diz Cláudia Lima Marques, mecanismo de proteção dos direitos fundamentais. A crise do Estado social no direito advém da modificação dos bens economicamente relevantes. Se, na idade média, os bens economicamente relevantes eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material, parece se revelar indiscutível que hoje, no Estado pós-social, o que se mostra de mais relevante na sociedade é a prestação de serviços de comunicação, de lazer, de segurança, de educação, de saúde e de crédito²⁰¹.

Daí Cláudia Lima Marques detectar, na nova realidade contratual massificada que se observa no mercado brasileiro atual, uma série de novos contratos, que se valem dos modelos de adesão ou de outros típicos da contratação de massa, para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração. Estes contratos de longa duração²⁰² envolvem uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma

¹⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 170.

²⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Ibid.*, pág. 198.

²⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 168.

²⁰² Consoante Cláudia Lima Marques, os contratos cativos de longa duração, como ela própria os designam, dizem respeito a “serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí o tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos,

característica determinante: a posição de “catividade” ou de “dependência” dos aderentes. Esta posição de dependência ou de catividade ocorre nos serviços prestados pela iniciativa privada que asseguram - ou prometem assegurar - ao consumidor e à sua família *status*, segurança, crédito renovado, escola ou formação universitária certa e qualificada, moradia assegurada ou mesmo saúde no futuro²⁰³.

Os principais exemplos destes contratos cativos de longa duração são os contratos de mútuo habitacional (Sistema Financeiro de Habitação), de empréstimos em instituições financeiras, de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, de previdência privada e de seguros em geral, os serviços de transmissão de informações e de lazer por cabo, telefone, televisão, computadores²⁰⁴, de prestação de serviços educacionais, de locação, dentre outros igualmente ligados à existência humana na atualidade.

Como informa Cláudia Lima Marques, o mesmo fenômeno vem ocorrendo nos Estados Unidos, cuja doutrina designou essa espécie contratual de “contratos relacionais” (*relational contracts*). Os contratos relacionais são mais baseados na confiança, na

fornecedores – ‘terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetiva’ do contrato, daí a grande importância da noção de cadeia ou organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativas de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica. Tais serviços envolvem normalmente obrigações denominadas ‘duradouras’ nas quais o ‘adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito’. O débito contratual continua o mesmo, isto é, o dever de prestar continua total, assim, mesmo que, por exemplo, o segurado tenha usado os serviços, o dever de prestar assistência médica ou de reembolsar os gastos com saúde, renova-se, continua o mesmo e total, conforme o objetivo do contrato. Não se trata, nestes casos, de mera divisão da prestação contratual no tempo ou de obrigação divisível, fracionável no tempo e no espaço, mas de obrigações renovadas no tempo, que ‘são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até seu término’. O tempo aqui corresponde a um interesse do credor e é essencial, uma vez que o contrato desenvolve seus efeitos justamente através da passagem do tempo, da divisão de riscos no tempo e da cooperação entre os contratantes. Entre as relações que podem ser denominadas ‘cativas’, outras existem que aproximam-se mais do modelo da compra e venda a prazo, de forma divisível, pois, aqui apenas observa-se o outro lado da relação jurídica, o lado passivo do devedor-consumidor”(Ibid., págs. 87/88).

²⁰³ Ibid., pág. 79.

²⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 79.

solidariedade e na cooperação do que em vínculos contratuais expressos, possuindo vínculos mais abertos, de relação continuada e duradoura, porém passível de serem modificados ao longo da execução contratual, ante as necessidades das partes²⁰⁵.

Tomás de Domingo aduz que, se os direitos fundamentais protegem bens jurídicos que se estruturam coordenados à serviço da pessoa, não pode o intérprete abordar a solução do conflito com absoluta discricionariedade, sem que se ampare no bem jurídico protegido por cada direito²⁰⁶.

Esses direitos ou bens constitucionalmente protegidos não de ser interpretados e valorados após processo de ponderação, a fim de observar quais prevalecerão no conflito contratual submetido à apreciação judicial.

2.6. Colisões e ponderações entre princípios fundamentais, direitos ou bens constitucionalmente protegidos

As mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e a imprescindibilidade de os direitos fundamentais, independentemente de previsão expressa na Constituição, terem que ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam²⁰⁷.

²⁰⁵ Ibid., pág. 82.

²⁰⁶ Op. cit., págs. 357/362.

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 569.

Para Luis Aguiar de Luque, toda limitação dos direitos tem de estar justificada pela explícita previsão constitucional ou pela garantia de outros direitos, bens ou valores constitucionais, à luz do princípio da proporcionalidade²⁰⁸.

Samir José Caetano Martins considera, todavia, absurda a premissa de que qualquer valor existencial deve sobrepujar sobre qualquer valor patrimonial, a ponto de concluir que, na ótica dos direitos fundamentais, por exemplo, o consumidor tivesse sempre razão nas relações de consumo. Seria o mesmo que fazer tabula rasa de contratos que nada têm de abusivos, correndo o risco de reconhecer a primazia do valor existencial apenas porque a execução forçada das obrigações assumidas pelo consumidor lhe gera tristeza. Para ele, onde não houver ofensa à dignidade da pessoa humana, o patrimônio pode – e deve – ser tutelado²⁰⁹.

Nem mesmo o direito à vida²¹⁰, como alerta Jorge Reis Novais, não escapa a idênticas dificuldades inviabilizadoras de uma aplicação independente das circunstâncias de sua concretização. Inclusive, pode haver colisão entre o mesmo direito à vida de diferentes titulares, como foi o caso decidido pelos tribunais britânicos, no ano 2000, de sacrificar uma das gêmeas siamesas, com o objetivo de salvar a vida da gêmea com mais possibilidades de sobrevivência²¹¹.

Mas não apenas nesta situação o direito à vida deixa de ser forte (quase supremo), Jorge Novais, ainda, relata outro caso em que esse direito fundamental é analisado frente ao Estado. É inegável que o direito à vida têm preferência sobre a segurança do Estado. Porém,

²⁰⁸ *Los Limites de los Derechos Fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 14. Enero-abril 1993, pág. 25.

²⁰⁹ *Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nº 36. Brasília: CEJ, 2007, pág. 67.

²¹⁰ Na Constituição brasileira de 1988, o direito à vida não é considerado absoluto, tanto que se permite a adoção da pena de morte, no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII).

²¹¹ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 715.

indaga Novais se um grupo terrorista seqüestrasse um empresário e ameaçasse matá-lo, caso o Estado não atendesse as suas exigências, tais como de extermínio de determinada comunidade ou a exclusão de dado grupo de benefícios estatais²¹².

Por isso mesmo, as relações negociais privadas, normalmente, implicam a colisão entre um ou mais direitos fundamentais e a autonomia privada exteriorizada na liberdade negocial, podendo ocorrer de duas maneiras: a) no exercício da liberdade contratual positiva (direito de contratação), quando o particular concorda em restringir ou mesmo renunciar ao núcleo essencial de um ou mais direitos fundamentais; e b) no exercício da liberdade negativa (direito de não-contratação), quando o particular viola direito fundamental de um ou mais particulares. Porém, essa distinção não tem repercussão prática, pois ambas as situações conflitivas se resolvem, mediante idêntico método (técnica da ponderação de bens, valores ou princípios)²¹³.

Como bem pontifica Jesús Alfaro Aguila-Real, as pessoas, no exercício de sua autonomia individual, assumem voluntariamente limitações a seus direitos em função de outros interesses e ditas restrições não só são perfeitamente constitucionais como se constituem em manifestação clara do direito ao livre desenvolvimento da personalidade²¹⁴.

Segundo Aguila-Real, o cerne do problema repousa em decidir em que medida o consentimento do sujeito afetado exclui a inconstitucionalidade da autoregulação privada ou em que medida o consentimento da autoproteção mostra-se suficiente. E um dos primeiros critérios que sugere repousa na idéia da proibição do exercício abusivo ou antisocial dos direitos²¹⁵.

²¹² Ibid., pág. 718.

²¹³ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., pág. 188.

²¹⁴ Op. cit., pág. 62.

²¹⁵ Op. cit., págs. 94/95.

Outro parâmetro defendido por Aguila-Real, para averiguar se a renúncia nos negócios jurídicos aos direitos fundamentais é válida, consiste em verificar se o sujeito contratante atuou livremente em escolher a alternativa razoavelmente disponível à renúncia²¹⁶. Também não se admite a renúncia aos direitos fundamentais naqueles casos de bens situados fora do comércio, considerados inalienáveis²¹⁷, como, por exemplo, órgãos vitais do próprio corpo humano.

Já, para Vieira de Andrade, a renúncia aos direitos fundamentais depende da autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa. A renúncia, pois, só pode ser admitida como fundamento legítimo de uma autolimitação dos direitos fundamentais se for produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida, produzida pelo próprio titular²¹⁸.

No entanto, observa Ingo Von Münch que o direito à dignidade da pessoa humana é considerado irrenunciável²¹⁹, ainda que seja proveniente da vontade livre e esclarecida manifestada pelo próprio titular.

Por ser modelo predominante dos direitos fundamentais, os princípios desfrutam de íntima conexão com a proporcionalidade, a ponto de Robert Alexy sustentar que o simples caráter principiológico de uma norma jurídica já pressupor a proporcionalidade, por meio dos postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isso se deve ao fato de que a proporcionalidade deriva da própria essência dos direitos fundamentais, previstos na Constituição predominantemente em formato de princípios²²⁰.

²¹⁶ Ibid, pág. 97.

²¹⁷ Ibid, págs. 99/100.

²¹⁸ Op. cit., pág. 331.

²¹⁹ Op. cit., pág. 28.

²²⁰ *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, págs. 111/112.

Tanto isso é verdade que Paulo Bonavides assegura que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. Com os direitos fundamentais a proporcionalidade ganha extrema importância, auferindo destaque e prestígio e tem se propagado de maneira muito abrangente tanto quanto outros princípios constitucionais de similar envergadura, tal como a igualdade²²¹.

Afirma Willis Santiago Guerra Filho que a exitosa acolhida do princípio da proporcionalidade, na Alemanha, deveu-se, em parte, à existência de um ambiente propício para discussões jusfilosóficas desencadeadas após a Segunda Guerra Mundial. A experiência vivida com os horrores do regime nacional-socialista, praticados em nome da lei, estimulou o aprofundamento teórico da dimensão valorativa do direito e a busca por outras fontes de sua aplicação que não se resumissem em meros esquemas legais²²².

E, mais especificamente, na esfera do direito constitucional, a utilização do princípio da proporcionalidade, donde pode vir a ser invocado nos mais diversos setores do direito, adveio em grande parte do posicionamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, quando, na tarefa de velar pelo cumprimento e respeito à Constituição, passou a referir-se com frequência a expressões em sua argumentação, que se associavam claramente à proporcionalidade, tais como “excessivo” (*übermassig*), “inadequado” (*unangemessen*), “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), até estabelecer, ao final, o princípio como “proibição de excesso” (*Übermassverbot*)²²³.

A proporcionalidade, dada à sua ligação intrínseca com as idéias de justiça e razoabilidade, apresenta-se como o princípio fundamental mais importante para equacionar questões práticas enfrentadas pelo direito, sempre que se tratar da descoberta do meio mais

²²¹ *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 359.

²²² *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, pág. 74.

²²³ *Teoria Processual da Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pág. 81.

adequado, necessário e proporcional para atingir determinado objetivo²²⁴. Willis Santiago Guerra Filho chega a dizer que a história veio a confirmar a premissa de que a proporcionalidade confunde-se com a própria idéia do “direito”, não sendo à toa, neste sentido, que em diversas tentativas de captar a essência do direito sempre se encontra, de alguma maneira, expressa ou latente, a noção de proporcionalidade²²⁵.

O princípio da proporcionalidade, que não se confunde com o da razoabilidade, pressupõe nexos de causalidade proporcional entre o meio utilizado e o fim almejado, porém apenas o afere se o aplicador do direito empreender exame acurado dos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Para se reconhecer a proporcionalidade de determinado meio, em princípio, avalia-se o sub-princípio da adequação, que atesta se a medida alcança ou atende aos fins pretendidos. Em seguida, em caso afirmativo, passa a se analisar se a mesma medida observa o sub-princípio da necessidade. Neste ponto em particular, investiga-se se não havia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, para atingir a finalidade almejada. E, por fim, não havendo inadequação ou desnecessidade, é que se chega ao exame do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que afere a existência de proporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido.

Os sub-princípios da adequação e da necessidade não oferecem maiores dificuldades em sua aplicação, porém o mesmo não ocorre com a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por dizer respeito à própria ponderação entre os direitos, bens e princípios em colisão.

Para tentar facilitar a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy idealizou a formulação da “Lei do Sopesamento”, que assim se expressa: “quanto maior é o

²²⁴ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, pág. 75.

²²⁵ *Teoria Processual da Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pág. 75.

grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância para a satisfação do outro”²²⁶. Em outras palavras, a lei da ponderação traduz a idéia de que a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro²²⁷.

No entanto, a “Lei do Sopesamento” de Alexy sofreu ácidas críticas de Jürgen Habermas e Ernst-Wolfgang Böckenförde, o que o forçou, em resposta, a elaborar, em pós-crito (*Postscript*), a “Fórmula de Peso”.

Habermas critica a teoria da ponderação de Alexy, por não permitir que, com base nela, sejam formulados juízos racionais sobre as colisões entre princípios e valores constitucionais. Acentua Habermas que a adoção da “Lei do Sopesamento” faria com que os direitos fundamentais perdessem a sua firmeza, só garantida através de uma estrutura deontológica escrita formada por regras. No caso de colisão, todas as justificativas assumiriam caráter político, o que levaria a proteção erguida num discurso legal a entrar em colapso. Correr-se-ia o risco de que os direitos fundamentais se tornassem vítimas de regras irracionais, abrindo margens para arbitrariedades judiciais²²⁸.

Já Böckenförde atenta para o perigo da supervalorização dos direitos fundamentais, a ponto de se concluir que todo o ordenamento jurídico estaria contido nos princípios constitucionais, afastando-se do papel que sempre desempenhou de ser instrumento de tutela contra as ofensas do Estado²²⁹.

²²⁶ *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004, pág. 401. Em inglês, a Lei do Sopesamento está assim delineada: “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”.

²²⁷ *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, pág. 161.

²²⁸ *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004, págs. 388/389.

²²⁹ Op. cit., pág. 389.

Na doutrina traduzida na “Fórmula de Peso”, Alexy rebate as críticas procurando esclarecer, com maiores desdobramentos, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito e, conseqüentemente, explicar em que consistia o seu pensamento neste ponto.

Na apreciação específica da proporcionalidade em sentido estrito, para determinar qual dos valores ou princípios fundamentais em rota de colisão, dentre eles a autonomia privada, deve ser considerado mais relevante, é necessário argumentar acerca dos seguintes fatores: a) o “peso abstrato” e o “peso concreto” de cada um dos valores ou princípios colidentes; b) a interferência que a realização de um causa reciprocamente no outro; e c) as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas aos direitos em colisão²³⁰.

Com base nestes parâmetros, para Alexy, o intérprete atribuiria um valor numérico para cada um destes elementos e, ao final, apuraria qual os bens ou interesses constitucionalmente protegidos receberam maior pontuação e aquele que a tiver atingido prevalece no caso concreto. É bom que se diga que o recurso à matemática não consiste na essência da teoria de Alexy, mas serve de critério mais objetivo para respaldar a força das argumentações desfiladas em prol de cada um dos direitos fundamentais em colisão.

Para Marcelo Lima Guerra, a Fórmula de Peso de Alexy permite enxergar a possibilidade de se formular decisões racionais sobre colisões entre princípios ou valores constitucionais, ainda que não se trate de uma racionalidade idêntica àquela das ciências, tais como a Física, a Bioquímica e outras, em que a verdade dos enunciados compõem suas respectivas teorias. A racionalidade que respalda as decisões resultantes do sopesamento dos

²³⁰ A Theory of Constitutional Rights. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004, págs. 408/414.

princípios é aquela própria do discurso prático em geral e do jurídico em particular, sendo uma de suas variáveis justamente a argumentação²³¹.

Existe ainda outra vantagem apontada por Marcelo Lima Guerra. É que a “Fórmula de Peso” explicita a total impossibilidade de se estabelecer uma rígida hierarquia entre valores constitucionais. Esta teoria descarta a hierarquização absoluta e pré-estabelecida, ainda que seja possível indicar preceitos constitucionais mais relevantes (de maior peso abstrato) do que outros, uma vez que o grau de interferência concreta que um princípio exerce sobre outro pode se dar em peso concreto maior do que aquele de peso abstrato²³².

Nas relações negociais travadas entre particulares, mais do que nunca, vem emergindo, ainda que de maneira incipiente, estudos acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

²³¹ *A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula de Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações*. Revista de Processo. Ano 31. Nº 141. Novembro de 2006, págs. 55/56 e 67.

²³² *Ibid.*, págs. 69/70.

3. DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

3.1. Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais nasceram, historicamente, para proteger o indivíduo contra o poder que mais o ameaçava numa época em que floresciam os ideais iluministas e liberais: o poder do Estado. Com o apogeu do Estado absolutista, o homem sofreu toda a sorte de opressão, abuso e arbítrio por parte das estruturas estatais de poder. O poder estatal amesquinhou o homem e, especialmente, os interesses da burguesia, que buscava liberdade e proteção à propriedade. Daí surgiram, em meio às descobertas científicas da ilustração e às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, direitos do homem que serviam para protegê-lo contra a opressão do Estado.

Fábio Konder Comparato acentua que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de seus direitos, na trajetória da história, resulta, no mais das vezes, da dor e do sofrimento e, a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista das torturas, das mutilações em massa, dos massacres coletivos e das explorações aviltantes. Mas, além disso, outro fato chama à sua atenção: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas²³³.

De fato, na história moderna, ao lado do conteúdo ético propiciado pela afirmação dos direitos humanos, as invenções técnico-científicas consistem em fatores de transformação dos meios ou instrumentos de convivência, padronizando costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e de troca de bens. Sem a

²³³ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 37.

contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana. Porém, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos²³⁴.

Na França, a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 revelou, em texto escrito, vários direitos ligados à defesa da liberdade, da segurança e da propriedade, tão aspirados por aqueles que compunham o chamado Terceiro Estado (a burguesia e o povo) e que não desfrutavam de qualquer participação política. Estabelecia o art. 16 da Declaração que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a garantia dos direitos, nem determinasse a separação dos poderes.

Isso representou a semente através da qual se germinaria a essência da idéia do constitucionalismo moderno a imperar nos Estados nacionais. Os direitos fundamentais, cunhados de liberdades públicas, colimavam proteger o homem contra o Estado. Já a separação dos poderes (divisão funcional do poder estatal) buscava fragmentar o poder, para enfraquecer o absolutismo estatal e evitar o arbítrio e o abuso nas relações jurídicas travadas entre o indivíduo e o Estado.

Para tutelar o indivíduo, os direitos fundamentais foram construídos de modo a evitar a interferência do Estado na vida privada da sociedade, normalmente se exigindo do poder estatal omissões e abstenções. Nessa primeira etapa do constitucionalismo moderno, formam-se os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, como, por exemplo, as liberdades públicas em geral (religiosa e de consciência, de locomoção, de reunião, de expressão, dentre outras), os direitos associados à proteção da propriedade privada e o modelo de contrato como fruto do acordo de vontades individuais das partes.

²³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.*, pág. 38.

Numa época em que o indivíduo vivia isolado no espaço social e político, sendo a sociedade e o Estado dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser concebidos como direitos unicamente do indivíduo contra o Estado. Não seria exagero afirmar que os direitos fundamentais não podiam deixar de ser então concebidos dessa maneira. Além do contexto favorável, estava em causa a exigência teórica e prática no sentido de que os direitos fundamentais tinham a finalidade a proteger a sociedade contra as intromissões do poder estatal²³⁵.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão constituíam liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Assegurar o seu exercício, nessa primeira fase do movimento constitucionalista, significava garantir o espaço privado como lugar jurídico do exercício de plena liberdade individual, sem intervenção estatal, daí a separação entre as esferas pública e privada. O livre estabelecimento de relações jurídicas interprivadas era reputado suficiente para a concretização dos direitos fundamentais²³⁶.

Segundo pensa Jesús Alfaro Aguila-Real, os direitos fundamentais que vinculam os poderes públicos consistem em ordens para que respeitem a liberdade reconhecida aos cidadãos (proibição de intervenção) e, ao mesmo tempo, estabelecem meios de proteção eficazes frente à tentativa de infração por outros particulares²³⁷.

O direito privado e, conseqüentemente, o direito civil, cresceram a partir da garantia do espaço privado, que estimulava a proliferação de relações jurídicas entre os indivíduos, sem qualquer interferência da ação do Estado. Desenvolve-se, nesse contexto, a ordem de idéias que colocam as Constituições, nas quais se encontram os direitos fundamentais de

²³⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 247/248.

²³⁶ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., pág. 89.

²³⁷ Op. cit., pág. 66.

primeira dimensão, como centro do direito público, e as codificações civis, como núcleo central do direito privado²³⁸. O Código Civil ganha o caráter de “Constituição do homem privado”. Assim, os deveres de respeito aos direitos fundamentais apenas se postavam na perspectiva do Estado, destinando-se as Constituições, precisamente, à disciplina das relações entre Estado e indivíduos. Nos códigos civis, a seu turno, eram reguladas as relações entre os indivíduos²³⁹.

A vertente subjetiva dos direitos fundamentais corresponde exatamente à existência de direitos e interesses do indivíduo contra o Estado, na medida em que se preocupa em analisá-los sob o ângulo dos sujeitos da relação jurídica que os une.

Virgílio Afonso da Silva alerta que a função essencial dos direitos fundamentais, que muitos costumam chamar de clássica, voltados à proteção dos indivíduos contra violações por parte do Estado, embora realce uma precedência histórica em relação a outros direitos do homem, esconde, muitas vezes, uma precedência no que diz respeito à importância. A necessidade de tutelar o indivíduo em face do Estado, por ter exatamente justificado o nascimento dos primeiros direitos fundamentais no constitucionalismo, seria mais importante do que os demais direitos fundamentais que surgiram posteriormente, não se admitindo, pois, que produzissem efeitos nas relações dos particulares entre si²⁴⁰.

²³⁸ Para justificar esta separação entre o direito das relações públicas e o dos vínculos privados, Dieter Grimm explica que “O Estado Constitucional é um fenômeno histórico relativamente jovem. Ele se originou quando se impôs a convicção burguesa de que o bem-estar social e a justiça seriam mais bem alcançados por meio das forças de autocontrole do mercado. Sob essas condições, a tarefa do Estado ficou reduzida a uma mera garantia das leis de mercado: livre jogo das forças sociais. Na medida em que essa convicção abriu caminho de forma revolucionária ou evolucionária, os vários âmbitos funcionais sociais foram desligados do controle política e entregues cada um a seus próprios critérios de racionalidade. Esse processo é conhecido como separação entre Estado e sociedade. Nesse contexto, coube à Constituição a tarefa de consolidar juridicamente a separação garantidora de bem-estar social e justiça e, simultaneamente, regular as relações entre Estado e sociedade de tal maneira que o Estado pudesse, por um lado, cumprir eficazmente sua posição de garante, mas, por outro, não pudesse dela abusar em benefício de suas próprias ambições controladoras” (Op. cit., pág. 62).

²³⁹ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., pág. 90.

²⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 70/71.

Jorge Reis Novais ressalta que não é de hoje a consciência das ameaças à liberdade individual provenientes de outros particulares. Mesmo no Estado liberal, a consciência dessas ameaças esteve sempre presente, porém a então concepção difundida na ordem jurídica sempre procurou dar-lhe a resposta que considerava adequada à época. A tríade *liberdade/segurança/propriedade*, que sintetizava o espírito do constitucionalismo liberal, não exigia somente a abstenção do Estado, mas também impunha ao aparato estatal que providenciasse a tutela interna de proteção à liberdade individual, sobretudo naquilo que se referisse à propriedade.²⁴¹

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, ao longo do tempo, porém, não conseguiu explicar como era possível existir proteção a bens e valores ligados à pessoa humana, quando houvesse violações praticadas pelo Estado, e, ao mesmo tempo, negá-la quando o agente ofensor era outro cidadão ou particular. Novas ameaças a direitos sobrepairavam sobre os particulares, vindas de organismos e estruturas fora do Estado, exigindo uma nova visão dos direitos fundamentais que se tornasse aplicável às relações jurídicas entre particulares.

3.2. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

É certo que um dos maiores avanços do constitucionalismo do século XX, particularmente após a segunda grande guerra mundial, consistiu na superação da idéia de que a proclamação dos direitos fundamentais significava apenas meras declarações de princípios,

²⁴¹ *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 366.

sem força normativa, mas, antes de tudo, dizia respeito a normas que conferiam direitos subjetivos aos cidadãos²⁴².

No entanto, a mais significativa mudança de paradigma ocorrida na segunda metade do século XX foi o abandono da concepção de que os direitos fundamentais somente se apresentavam em oposição ao Estado, seja como uma abstenção (liberdades públicas), seja como uma prestação (predominantemente direitos sociais). Nesta nova ótica, os direitos fundamentais desempenhariam uma função adicional de expressar um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico. Era o ponto de partida para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da própria força normativa da constituição²⁴³. A Constituição, neste sentido, seria uma ordem objetiva de valores.

Como ordem objetiva de valores, a Constituição serviria para impor normas de comportamento e de convivência aos indivíduos, estabelecendo um padrão axiológico e ético que incidiria sobre todas as esferas do direito, não se limitando tão-somente às relações mantidas entre indivíduo e Estado. Os direitos fundamentais também alcançariam as relações entre indivíduo e indivíduo.

Consoante Paulo Gustavo Gonet Branco, a ótica objetiva resulta do significado que os direitos fundamentais exercem na ordem constitucional democrática, ao operar como limite do poder (público e privado) e, ao mesmo tempo, como diretriz para a sua ação. As Constituições com esse espírito assumem um sistema de valores que os direitos constitucionais influenciam todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todas as espécies e formas de poder²⁴⁴.

²⁴² AFONSO DA SILVA, Virgílio. Op. cit., págs. 76.

²⁴³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Ibid., págs. 77/78.

²⁴⁴ *Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pág. 153.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais enseja a produção de efeitos jurídicos concretos, ainda que os preceitos constitucionais que os veiculem careçam de integração legislativa capaz de prever direitos subjetivos aos seus titulares. Sem falar que o reconhecimento da dimensão objetiva não significa desprezo à sua dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, já que a complementa reforçando a tutela dos direitos dos indivíduos contra outras ameaças²⁴⁵.

Konrad Hesse enaltece o crescente significado que a compreensão dos direitos fundamentais, como elementos da ordem objetiva e alicerces da ordem jurídica da coletividade, vem ganhando em vista da tarefa do Estado social atual de produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental²⁴⁶.

A evolução histórica dos direitos fundamentais, por esse motivo, sempre se afigurou em permanente transformação na busca, na expressão de José Carlos Vieira de Andrade, de um “estatuto da humanidade”. Neste passo evolutivo, vieram à tona as idéias de acumulação, de variedade e de abertura. A idéia de acumulação pressupõe que, em cada momento histórico, formulam-se novos direitos, típicos do seu tempo, que se adicionam aos direitos antigos. A variedade quer dizer que os direitos fundamentais são funcionalmente complexos, desdobrados em diversas dimensões normativas. E a idéia da abertura revela que nenhum texto constitucional pretende esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, permitindo-se, então, que direitos não escritos ou de faculdades implícitas a ele se incorporem²⁴⁷.

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 136.

²⁴⁶ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 242.

²⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 68/69.

Entretanto, há um momento comum e caracterizador da idéia dos direitos fundamentais que não se perde ao longo dos tempos, consistente na proteção da dignidade da pessoa contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade. Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade do ser humano, tenderá a aparecer um novo direito. Por isso, sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades correlatas à condição digna do homem, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais²⁴⁸.

Mas foi, sem dúvida alguma, o famoso caso *Lüth* julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, que sedimentou as bases para a construção da dogmática geral dos direitos fundamentais e, mais especificamente, da conhecida dimensão objetiva, tal como se entende hoje.

Neste caso, um cidadão chamado Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, na Alemanha, incitou, no início da década de 50, todos os distribuidores de filmes cinematográficos e o público em geral, a boicotar o filme lançado à época por Veit Harlan, conhecido cineasta do regime nazista e acusado de ser um dos principais responsáveis pela alienação ideológica a que foi submetido o povo alemão no III Reich. Harlan e os seus parceiros comerciais ajuizaram, com base no art. 826 do Código Civil alemão (BGB), perante a Justiça estadual de Hamburgo, ação cominatória, postulando que Lüth fosse impedido de continuar a promover o boicote, por estar causando dano a outrem, por ação imoral. As instâncias ordinárias acataram o pedido de Harlan, o que motivou Lüth a ingressar no Tribunal Constitucional Federal com uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito fundamental à liberdade de expressão garantido na Lei Fundamental de Bonn de 1949. O Tribunal julgou procedente o pedido veiculado na

²⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ibid.*, *Ibidem*.

reclamação e revogou a decisão do Tribunal estadual de Hamburgo²⁴⁹, dando prevalência à liberdade de expressão em detrimento da liberdade de exercício da atividade empresarial de promover e divulgar filmes.

Na decisão, o Tribunal não apenas solucionou um conflito meramente individual, foi mais além, assentando novos contornos à Constituição e aos direitos fundamentais. A Constituição seria uma ordem objetiva de valores (sistema de valores) a incidir sobre todos os compartimentos do ordenamento jurídico, não se limitando, portanto, a proteger unicamente o cidadão nas relações jurídicas travadas contra o Estado. Os direitos fundamentais, por seu turno, incidiriam nas relações jurídicas privadas e, por conseguinte, civis, e não apenas nos vínculos de direito público.

²⁴⁹ A resenha do caso e parte do trecho da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal a seguir reproduzida foi retirada da coletânea realizada por Jürgen Schwabe, denominada “Os Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005”. Os fundamentos lançados na decisão bem realçam o avanço que representou a consolidação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como se infere deste trecho: “(...) os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público. Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 *et seq.*, 197 *et seq.*]; 6, 32 (40.s)), estabeleceu também, em seu capítulo de direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...) Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (*Medium*) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição” (Ob. cit., págs. 381 e 387/388).

O mais interessante disso tudo, no entanto, foi que, poucos anos depois (1969), o mesmo Tribunal Constitucional alemão em outro conhecido caso chamado *Blinkfüer*, optou por dar primazia ao direito protegido pela livre iniciativa empresarial em detrimento da liberdade de expressão, baseando-se, evidentemente, em outras circunstâncias que preponderaram na situação concreta. Cuidava-se de reclamação constitucional proposta contra decisão proferida pelo Tribunal Federal (BGH), que julgou improcedente pedido de indenização por perdas e danos deduzido por editor e chefe de redação de pequeno semanário chamado *Blinkfüer*, em circulação na região de Hamburgo, contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt*. Estes dois conglomerados editoriais forçaram os distribuidores e varejistas de bancas de jornal a boicotarem a publicação o semanário *Blinkfüer*, alegando que este, produzido por órgão da mídia oriental, estaria a serviço da propaganda injuriosa do governo da hoje extinta República Democrática alemã (antiga Alemanha Oriental) contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático²⁵⁰.

No entanto, neste caso em particular, a Corte Constitucional não acatou o precedente Lüth, para dar respaldo à conclamação ao boicote, pois a manifestação contra o semanário *Blinkfüer* foi realizada a partir do abuso de uma posição de poderio econômico dos conglomerados editoriais *Axel Springer* e *Die Welt*, e não com base em discussão predominantemente intelectual. Entendeu o Tribunal que o incitamento ao boicote contrariava, no caso *Blinkfüer*, o sentido e a substância do direito fundamental à livre expressão, na medida em que não pretendia garantir a luta intelectual das opiniões, mas tão-somente eliminar uma concorrência comercial.

Isso bem demonstra que, na colisão entre princípios, direitos ou bens constitucionais, ora pode preponderar um deles, em face de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas

²⁵⁰ SCHWABE, Jürgen. Op. cit., págs. 400/406.

dadas, ora sobrepujar interesses contrários, quando aqueles fatores se alterarem no caso concreto.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar situação parecida no julgamento do caso em que se discutiu a prática do crime de racismo por escritor e sócio de editora, que havia publicado, distribuído e vendido obras anti-semitas contra o povo judeu e, por isso, foi condenado nas instâncias ordinárias como incurso no art. 20 da Lei 7.716/89. Na colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu, acabou prevalecendo o segundo, sobretudo porque, mesmo não se tratando propriamente de uma raça, o racismo é antes de tudo uma realidade social e política que reflete reprovável comportamento decorrente da convicção de que existe hierarquia entre grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até mesmo de eliminação de pessoas²⁵¹.

Parcela disso se deve ao fato de que a Constituição de 1988, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (CF, art. 60, § 4º), pretendeu explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva²⁵².

A constitucionalização do direito civil nada mais representou, portanto, do que o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas e na conseqüente consolidação na seara privada da dimensão objetiva.

A Constituição deixou de ser reputada simplesmente como uma carta política, que regulava somente as relações entre indivíduo/Estado, para assumir uma feição de integração de todo o ordenamento jurídico, inclusive do direito privado. Os direitos fundamentais não

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS. Rel. orig. Moreira Alves, relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. STF, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007.

²⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 119.

são oponíveis apenas contra o Estado, mas também entre indivíduo/indivíduo. A Constituição passa a ser observada por todos aqueles submetidos à ordem jurídica, perdendo sentido falar da fronteira entre público e privado²⁵³.

3.3. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares

À luz da dimensão objetiva, não se pode negar a possibilidade de vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (indivíduo/indivíduo). Contudo, mais importante do que isso, é desvendar em que medida, extensão e intensidade ocorre essa vinculação. É bom que se assinale, logo de início, que a vinculação dos direitos fundamentais no terreno privado apresenta diferenciações em relação ao público, pois, neste, um dos pólos da relação jurídica (o Estado) não é, a rigor, detentor de algum direito fundamental, enquanto que, no campo das relações privadas, os opositores são titulares de direitos fundamentais.

Pelo caráter axiológico dos direitos fundamentais, a incidência nas relações de direito privado representa a incorporação, a concretização e o desenvolvimento dos valores mais nobres da sociedade em todas as esferas da ordem jurídica, especialmente da liberdade, da igualdade, e dos princípios que compõem a dimensão objetiva emanada pela Constituição²⁵⁴.

É inegável, sob a perspectiva objetiva, que as normas da Constituição entrelaçam-se sob o princípio da unidade moral, numa associação única de valores e preceitos qualificados pela nota da essencialidade social. Conseqüentemente, os direitos constitucionais, por conterem normas de valor aplicáveis a toda a sociedade, ostentam uma eficácia irradiante que extrapola as fronteiras orgânicas do Estado, alcançando também as entidades privadas.

²⁵³ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., pág. 98.

²⁵⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 203/204.

Todavia, o Estado continua com os encargos e a responsabilidade de garantir a reciprocidade do exercício das liberdades por parte de todos os membros da vida civil²⁵⁵.

Antonio Enrique Pérez Luño defende a necessidade de estender a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, porquanto, além da ameaça implacável dos poderes privados, tal postura propicia a manutenção de uma coerência e unidade interna ao ordenamento jurídico, impedindo a existência de uma estranha situação de dupla ética no seio da sociedade. Uma nas relações entre os particulares, calcada na legislação infraconstitucional de direito privado, e outra, completamente divergente, nas relações entre particular e o Estado, pautada na primazia dos direitos fundamentais contidos na Constituição²⁵⁶.

Wilson Steinmetz chega a ponto de dizer que a “vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além de ser uma imposição da Constituição, é um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas”²⁵⁷.

Com efeito, não se compreenderia uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito aos direitos fundamentais do homem fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações dos indivíduos entre si. Não basta, pois, limitar o poder do Estado, sendo preciso também assegurar o respeito dos direitos fundamentais de cada particular em face dos demais particulares²⁵⁸.

²⁵⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas*. In: Fórum Administrativo de Direito Público. Ano 4. Nº 42. Agosto de 2004, Belo Horizonte: Fórum, 2004, págs. 4236/4237.

²⁵⁶ Op. cit., pág. 314.

²⁵⁷ Op. cit., pág. 83.

²⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 288.

Aliás, a grande peculiaridade, como bem anuncia Alexei Julio Estrada, da incidência dos direitos fundamentais nos vínculos entre particulares, à diferença do que ocorre nas relações existentes entre o indivíduo e o Estado, consiste em que todos os sujeitos que a integram são titulares de direitos fundamentais e, muito provavelmente, de direitos subjetivos em relação ao outro. A concessão de um direito a um deles implica necessariamente a denegação do direito, também fundamental, titularizado pelo outro sujeito. Assim, os direitos fundamentais, neste plano, atuam, ao mesmo tempo, como direitos e como deveres para quem intervém na relação jurídica de direito privado, estando, em última instância, frente a um conflito de direitos fundamentais²⁵⁹.

Por isso, Jorge Miranda alerta que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se afigura um problema de equacionamento simples por várias razões. Em princípio, é indubitável a diferença manifesta de posições e de modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas. Também não se pode simplesmente recortar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado e transplantá-los, sem as devidas adaptações, para as relações entre particulares. Além do mais, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas exige uma análise interdisciplinar. E, por derradeiro, em que pese estar sujeito à limitação, o princípio da autonomia da privada vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais nas relações privadas²⁶⁰.

Daí a precisa lição de Claus-Wilhelm Canaris que reconhece não terem os direitos fundamentais, nas relações entre sujeitos de direito privado, exatamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance do que se verifica na relação entre o cidadão e o Estado. A eficácia pode determinar diversamente o conteúdo dos direitos fundamentais, a depender se se trata de

²⁵⁹ Op. cit., págs. 88/89.

²⁶⁰ Op. cit., pág. 287.

liame privado ou público, ou mesmo determinar em termos diferentes se é possível invocar dado direito fundamental naquela respectiva relação jurídica. Assim, por exemplo, a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenhariam, em regra, qualquer papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado, diferentemente do que se constataria em vínculos de direito público²⁶¹.

Com base nisso, Ingo Wolfgang Sarlet resolveu logo excluir da discussão a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares uma série de normas previstas na Constituição de 1988, que se mostram inoponíveis aos particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas), notadamente quando têm por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, como as hipóteses relacionadas aos direitos políticos, aos direitos de nacionalidade, às garantias fundamentais processuais (especialmente na esfera penal), aos direitos de asilo e de não-extradição²⁶².

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva defende que a idéia da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas inspirou-se no direito das obrigações. Sustenta o professor lusitano que, além do efeito obrigacional interno dirigido ao devedor, as obrigações, nos últimos tempos, passaram a produzir um efeito externo consistente no dever imposto a todas as outras pessoas de respeitar o direito do credor. Neste efeito externo, a obrigação contraída impunha aos terceiros a uma atitude negativa, de respeito ao direito constituído pelos titulares primários da relação creditícia²⁶³.

No caso das relações privadas de consumo, Cláudia Lima Marques reconhece ser impossível, atualmente, negar a força normativa da Constituição Federal de 1988 no direito

²⁶¹ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, págs. 37/38.

²⁶² *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 115/116.

²⁶³ *Op. cit.*, pág. 41.

privado, quando não apenas elevou os consumidores à condição de sujeitos de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), mas também no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência, dentre outros²⁶⁴.

Mas, para que ocorra efetivamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mostra-se imprescindível a realização da ponderação dos bens, valores e princípios consagrados na Constituição, eventualmente colidentes. A particularidade de haver, no liame interprivado, dois sujeitos titulares de direitos fundamentais, por si só, já justifica a imperiosidade da utilização da técnica da ponderação, para resolver os conflitos que surjam.

De certa forma, uma das primeiras manifestações neste sentido do Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, relativas à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas e, mais especificamente, no âmbito dos contratos, ainda que não tivesse expressado qualquer referência às teorias que tratam da eficácia nas relações interprivadas, foi a discussão, na ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEM (ADIN nº 319-4/DF), acerca da possibilidade de estipulação de critérios de reajuste de mensalidades escolares pelas instituições de ensino privadas.

Mesmo não invocando as teorias que tratam da eficácia frente a terceiros, a Suprema Corte considerou que a simples fixação pelo Estado, por via legislativa (Lei 8.039/90), de critérios de reajuste de mensalidades escolares não seria inconstitucional, mas uma forma de conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da

²⁶⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 211/212.

defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em atenção aos ditames da justiça social²⁶⁵.

No voto do relator, Moreira Alves, fica evidente que a relevância do bem constitucional protegido (a educação) influenciou decisivamente a interpretação da Lei 8.039/90 e, em especial, dos princípios da ordem econômica que autorizariam, em princípio, a livre fixação dos valores das mensalidades escolares pelas instituições privadas, quando proclama que a intervenção do Estado no domínio econômico encontra-se justificada “ainda mais intensamente quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado, disciplinada, em si mesma, no título da Ordem Social, ordem essa que tem como objetivo, além da justiça social, o bem-estar social, nos termos expressos no artigo 193”.

Outra decisão bem mais específica em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a temática dos direitos fundamentais nas relações privadas foi a questão, agora já em sede de recurso extraordinário, da possibilidade de exclusão de sócio de sociedade civil sem fins lucrativos de natureza não-estatal (privado), sem que lhe fosse oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Tratava-se de sócio da União Brasileira de Compositores – UBC, que havia sido excluído da associação, por força de decisão exarada pela Comissão de Inquérito, composta por três membros e designada pela diretoria da entidade, para apurar possível prática de infrações estatutárias supostamente cometidas por ele. A Comissão Processante constatou a prática de infrações e, sem conferir qualquer oportunidade de defesa ao sócio para refutasse as acusações e produzisse provas em seu favor, sugeriu à diretoria a sua exclusão do quadro da associação, o que acabou ocorrendo. O sócio excluído ingressou com ação judicial

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 319-4/DF. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. STF, Brasília, DF, 03 de março de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007.

perante a Justiça Estadual, tendo, ao final das instâncias ordinárias, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconhecido o direito ao contraditório e à ampla defesa em sede de processo disciplinar, ainda que desencadeado por instituição privada.

No julgamento do extraordinário, a relatora Ellen Gracie exarou voto no sentido de dar provimento ao recurso, por entender que as regras e princípios constitucionais que se referem ao contraditório e à ampla defesa não se aplicam às associações privadas, que desfrutam de liberdade, para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitada a lei. Porém, Gilmar Mendes, após ter discorrido longamente a respeito das várias teorias existentes sobre a temática dos direitos fundamentais nas relações privadas, reconheceu, em voto-de-vista, no que foi acompanhado pelos demais ministros da Corte, que a União Brasileira de Compositores – UBC, embora fosse sociedade civil não-estatal, exercia atividade de caráter público e, por essa circunstância, estaria vinculada ao mesmo regime jurídico-constitucional dedicado às relações entre indivíduo/Estado²⁶⁶.

No voto-condutor da decisão, ao que parece, fica evidente que se admite a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial quando se constata a existência do fenômeno do poder privado, como se depreende do seguinte trecho da ementa: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. STF, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007. É oportuno mencionar que, por força da Lei nº 11.127/2005, o art. 57 do Novo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), passou a prever que “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”. O STF já tinha, em outro caso similar, decidido no mesmo sentido, reconhecendo o direito do associado à cooperativa ao devido processo legal e ao exercício amplo da defesa, quando estivesse ameaçado de ser excluído por prática de conduta contrária aos estatutos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 158.215/RS. 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. STF, Brasília, DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007).

direito privado. Assim, **os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados**” (grifos acrescidos). Dessa maneira, mesmo à míngua de regra prevista no estatuto da associação ou em lei na época, restou assentado que o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa devia também ser garantido no caso de uma relação jurídica formada eminentemente entre particulares. E, certamente, seguiu essa linha teórica devido ao desnível entre os componentes integrantes da relação processual, considerando o sócio como hipossuficiente ou parte mais frágil e vulnerável do liame.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal novamente, em acalorado debate, debruçou-se sobre a temática da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem que, no entanto, fizesse menção à sua teoria, salvo raríssimas exceções como o voto de Joaquim Barbosa e sucinta referência de Sepúlveda Pertence²⁶⁷ em seu voto. O caso dizia respeito à possibilidade de penhora de imóvel residencial, considerado bem de família, do fiador nos contratos de locação.

Aliás, a Corte já havia, em outra ocasião, tido a oportunidade de discutir a mesma questão, no Recurso Extraordinário nº 352.940/SP de relatoria de Carlos Velloso²⁶⁸, no qual assegurou a impenhorabilidade do único bem imóvel residencial do prestador de fiança locatícia (bem de família), em atenção à tutela constitucional concedida ao direito social de moradia.

Neste novo caso, sem lograr êxito nas instâncias ordinárias, o fiador interpôs recurso extraordinário, pleiteando a inconstitucionalidade incidental do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a dicção dada pela Lei nº 8.245/91, que permite a penhora de bem de família

²⁶⁷ Sepúlveda Pertence é ex-integrante do Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 352.940/SP. Plenário. Rel. Min. Carlos Velloso. STF, Brasília, DF, 25 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007. Também Carlos Velloso não compõe mais a Corte Suprema.

na hipótese de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, porém o resultado do julgamento foi diverso daquele relatado por Carlos Velloso.

O Supremo, por maioria, vencidos Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, entendeu ser admissível a penhora de bem imóvel residencial (bem de família) de fiador de contrato de locação, reafirmando a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90²⁶⁹, sob a alegação de que a impenhorabilidade acarretaria retração e dificuldades de acesso ao mercado de locação predial por parte dos candidatos a locatários. Acresça-se a isso que a decretação de inconstitucionalidade e a conseqüente impossibilidade de penhora romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência de garantias mais custosas para as locações residenciais, com reflexos extremamente nefastos para o próprio direito constitucional à moradia. Partiu-se da premissa de que os locadores não celebram contratos de locação sem garantia, o que praticamente inviabiliza o acesso à locação de pessoas que não têm condições econômicas de ser proprietários de imóvel.

Enfim, o Tribunal, majoritariamente, concluiu que a viabilização da locação residencial, patrocinada pela Lei 8.009/90 com a autorização de penhora de bem de família do fiador, é modalidade de concretização do direito fundamental social à moradia. Além disso, também se reconheceu que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade e do direito à livre contratação e que o direito fundamental social à moradia pode ser renunciado por livre e espontânea vontade.

De outro lado, a corrente minoritária do Tribunal, ancorada na primazia da proteção constitucional à moradia, defendeu, em princípio, uma incongruência no raciocínio prevalecente, assim sintetizado na pena de Eros Grau: “Se o benefício da impenhorabilidade

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688/SP. Plenário. Rel. Min. Cezar Peluso. STF, Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007.

viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário”. Em seguida, Carlos Britto enaltece que a moradia recebeu proteção especial da Constituição como um direito social, com destinação constitucional à satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e da sua família (arts. 6º e 7º, inciso IV, da CF), não estando, portanto, na esfera de disponibilidade do indivíduo. E, por fim, Celso de Mello adverte que o direito à moradia deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, que eleva o homem e a conseqüente concepção existencial das relações civis à posição de prevalência em relação a valores de caráter meramente patrimonial.

Essa discussão, que será novamente retomada ao final deste trabalho, em análise bem mais profunda, repousa na investigação se, dentre as várias hipóteses de concretização do direito fundamental à moradia, a doutrina da eficácia nos liames privados dos direitos fundamentais permitirá a penhorabilidade de imóvel residencial (bem de família) do fiador de contrato de locação.

Há, ainda, outros casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, porém no campo do direito trabalhista, que, de certo modo, demonstram a incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.

Uma destas foi julgada pela Suprema Corte, no ano de 1995, e dizia respeito à exigência, por força do contrato de trabalho, de que as operárias de uma indústria de vestuário teriam que se submeter à revista íntima na saída da fábrica, sob pena de demissão por justa causa. O Diretor-Presidente da empresa de vestuário foi processado criminalmente na Justiça

estadual, pela prática do crime de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal brasileiro), porém foi absolvido pelo então Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro. Em recurso extraordinário interposto por algumas ex-operárias da fábrica, o STF, embora reconhecesse flagrante ofensa à intimidade das empregadas na conduta da empregadora, acabou por declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva²⁷⁰.

Em outro decidido em 1996, o Supremo Tribunal Federal entendeu haver discriminação praticada por empresa francesa no Brasil que não aplicou o seu estatuto pessoal, restrito ao empregado de nacionalidade francesa, em favor de seu trabalhador brasileiro, justamente porque não era francês. Considerou o Excelso Pretório que toda discriminação, baseada em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, além de outras formas discriminatórias, viola a Constituição (art. 3º, IV, CF)²⁷¹.

No Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, uma única referência expressa feita à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorreu, curiosamente, na seara processual, onde exatamente reside a maior resistência da doutrina. Era um caso de uma ação declaratória movida por um pequeno agricultor contra uma instituição bancária, em que o Tribunal Superior decretou a inversão do ônus da prova - matéria inequivocamente processual, ainda que assentada em premissa de direito material (relação de consumo) -, para

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 160.222/RJ. 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. STF, Brasília, DF, 11 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. STF, Brasília, DF, 29 de outubro de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 18 de setembro de 2007.

que a demandada trouxesse a cópia do contrato de financiamento celebrado entre eles, não juntada pelo demandante com a petição inicial²⁷².

Entendeu a Corte que havia inescandível desigualdade fática na relação jurídica-processual existente entre um pequeno agricultor e uma instituição financeira, que tem muito mais facilidade de guardar e conservar documentos referentes a contratos de financiamento. O voto do relator Ruy Rosado de Aguiar explicitou essas razões amparadas na teoria da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao pontificar que: “essas novas exigências éticas feitas para a regulação do tráfico comercial e que se estendem para todos os ramos do Direito, inclusive para o campo processual, devem orientar o comportamento das partes. Não se trata de simples preceito moral, porque a sua exigibilidade decorre da eficácia mediata da Constituição da República, pela teoria da ‘Drittwirkung’, segundo a qual as regras asseguradoras dos direitos fundamentais do cidadão estabelecem enunciados que devem regular não apenas suas relações com o Estado, mas orientam todo o campo da autonomia privada, sobre o qual igualmente incidem”.

Mas esta matéria, na doutrina e na jurisprudência, não é tão simples como parece, sobretudo em decorrência da insistente penumbra da dimensão subjetiva que ainda recai sobre o estudo da dogmática dos direitos fundamentais, associada a inexistência, na maior parte dos casos, de previsão nas Constituições da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.4. Questão terminológica e disciplina constitucional no direito comparado

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRgAG. nº 49.124/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. STJ, Brasília, DF, 04 de outubro de 1994. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 19 de setembro de 2007.

A problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas também provoca no seio da doutrina discussões a respeito da terminologia mais adequada para tratar do fenômeno da irradiação dos efeitos. São várias as expressões, dentre elas, a “eficácia horizontal”, “eficácia entre terceiros”, “eficácia externa”, que tentam caracterizar a possibilidade de aplicar os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares. Sem falar que alguns criticam a expressão “eficácia”, propondo, em seu lugar, “vinculação”, “incidência” ou “aplicabilidade”.

A expressão “eficácia horizontal” enfrenta resistência em razão de não compreender, em seu contexto, a relação privada entre dois particulares que estejam em condições de desigualdade, em decorrência do poder privado. Nesta hipótese, não se teria uma eficácia horizontal, mas vertical, muito semelhante do que a que se verifica entre o indivíduo e o Estado²⁷³.

De igual sorte, também não se poderia admitir as expressões “eficácia entre terceiros” e “eficácia externa”, pois se estaria enaltecendo a ultrapassada teoria liberal dos direitos fundamentais que os compreende apenas nos liames indivíduo/Estado. A visão mais recente dos direitos fundamentais consagra a vinculação de seus ditames nas relações privadas, tornando-se impróprio dizer que, neste caso, seria externa ou entre terceiros a incidência²⁷⁴.

No entanto, como bem assinala Daniel Sarmiento, por mais que reconheça a procedência das críticas às várias expressões utilizadas pela doutrina, da mesma forma, este trabalho não dará maior importância aos preciosismos terminológicos, valendo-se indistintamente de todas elas²⁷⁵, inclusive as eventuais combinações formadas com as

²⁷³ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., pág. 57.

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 9.

²⁷⁵ *Ibid.*, pág. 10.

expressões “vinculação”, “incidência” e “aplicabilidade” e tantas outras que porventura surgirem ao longo do texto.

Desde a década de 50, a doutrina, sobretudo a estrangeira, com maior realce para a alemã - embora não se possa olvidar a profunda contribuição das literaturas espanhola, norte-americana e portuguesa -, tem, ao longo do tempo, aceitado, quase que unanimemente, de certa forma, a vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, porém se divide quanto aos contornos em que se deve ocorrer essa incidência em termos de medida, extensão e intensidade da eficácia. A grande maioria das Constituições desses países não estabelecem expressamente a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando muito a estipulam em relação aos liames do indivíduo frente ao Estado (Poder Público), com exceção da portuguesa, que, apesar disso, não está livre de divergências no campo doutrinário e jurisprudencial.

A Constituição alemã de 1949, chamada de Lei Fundamental de Bonn, no art. 1.3, não prevê expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ao proclamar que: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados”.

A Constituição espanhola de 1978 também seguiu a mesma linha de só vincular expressamente os poderes públicos aos direitos fundamentais, ao dispor, no art. 53.1, que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.”.

A Constituição Norte-Americana de 1787, até em virtude de seu acentuado sintetismo, não faz qualquer referência à eficácia dos direitos fundamentais nem mesmo nas

relações jurídicas constituídas entre indivíduo e Estado, porém vincula o Judiciário aos termos da Constituição, quando reza, no art. 6.2, que “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados”.

A Constituição Portuguesa de 1976, por sua vez, admite a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, quando, no art. 18.1, preceitua que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Já a Constituição brasileira de 1988 não faz qualquer referência expressa à possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, apenas prevendo, no § 2º, do art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²⁷⁶.

²⁷⁶ Jorge Reis Novais narra um fato curioso que constatou entre os alunos de pós-graduação brasileiros e portugueses, “Um recente curso de mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa subordinado a este tema e freqüentado em igual número por estudantes brasileiros e portugueses proporcionou-nos esta clara verificação inicial: enquanto os estudantes brasileiros se pronunciavam unanimemente pela aplicação directa dos direitos fundamentais aos particulares, já os estudantes portugueses eram muito mais reticentes a esta ideia. O curioso é eu esta divergência reproduz uma divisão no mesmo sentido que é possível perceber entre as doutrinas brasileira e portuguesa. Ou seja, enquanto que praticamente todos os autores brasileiros que ultimamente têm escrito sobre o tema aderem, com diferenciações de pormenor, à tese da eficácia ou aplicabilidade directa, já parte substancial da melhor doutrina portuguesa pronuncia-se em sentido diverso. Daí uma primeira complexidade e uma primeira sugestão. A perplexidade advém desse facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (‘os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’) e os portugueses manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição” (*Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 355).

À vista disso, impende ostentar as cinco principais teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a) teoria da não aplicação dos direitos fundamentais; b) teoria do *state action*; c) teoria da eficácia mediata ou indireta; d) teoria da eficácia imediata ou direta; e e) teoria dos deveres de proteção.

3.5. Teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas

3.5.1. Teoria da não aplicação dos direitos fundamentais

À vista da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, parcela da doutrina não concebe a incidência de princípios e valores constitucionais no direito privado. Estes doutrinadores descartam qualquer tipo de via de influência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado, por desnaturar a tradicional concepção liberal do constitucionalismo, que fora construído para proteger o indivíduo contra o Estado. Assim, somente haveria vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Na doutrina tedesca, de postura conservadora e considerado “paleoliberal” por seus críticos, Ernst Forsthoff foi um dos baluartes dessa corrente, ao sustentar que, para que os direitos fundamentais pudessem cumprir a função social a que se propunha não era preciso desfigurar o perfil clássico de servirem como limites ao poder estatal. Forsthoff não aceitava a interpretação dos direitos fundamentais como um sistema de valores e dizia que propostas

inovadores neste sentido provocavam insegurança e provável dissolução da Constituição²⁷⁷. O próprio direito privado é que se encontra mais apto a solucionar os conflitos instaurados em seu âmbito.

Mas essa teoria acabou não predominando na Alemanha, principalmente em virtude da decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso *Lüth*, que praticamente enterrou qualquer idéia que rechaçava a vinculação dos direitos fundamentais no terreno do direito privado, na medida em que a Constituição, para aquela Corte, apresentava uma ordem objetiva de valores tendente a alcançar toda a sociedade.

Um exemplo, porém, em que se adotou, na esfera judicial, a concepção que nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorreu no caso *Seeling*, julgado pelo Tribunal Constitucional suíço, em 1954. Neste caso, o proprietário de uma sala de cinema impediu o acesso de um conhecido comentarista de cinema que havia criticado a programação do referido estabelecimento. O Tribunal decidiu em favor do proprietário do cinema, invocando a primazia da liberdade contratual em detrimento da liberdade de expressão e informação, sob alegação de este último direito fundamental não se aplicava às relações jurídicas entre particulares²⁷⁸.

3.5.2. Teoria do *state action*

Uma das teorias também refratárias à idéia de vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi criada e desenvolvida nos Estados Unidos, chamada de *state action*. A teoria do *state action* busca alargar o conceito de “ação estatal”, para também incluir em seu âmbito as ações praticadas por particulares ofensivas aos direitos fundamentais.

²⁷⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., págs. 278/279.

²⁷⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., pág. 281.

A doutrina da *state action* consiste no fato de que, ao invés de reconhecer expressamente que direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, as relações entre particulares e que, nesse sentido, um ato privado pode violar direitos fundamentais, preferiram a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, mantendo-se fiéis à concepção liberal de direitos fundamentais, considerar que tais ações se inserem na seara estatal. Ao invés de negar a aplicabilidade às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir em que situações – equiparáveis à ação estatal - uma conduta privada está vinculada aos direitos fundamentais²⁷⁹.

Como ilumina J. J. Gomes Canotilho, a doutrina do *state action* conduz a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada a uma questão de imputação. Investiga-se, neste palmar, se o ato de um particular, direta ou indiretamente agressor de direitos ou princípios constitucionais, pode ser imputado ao Estado²⁸⁰.

Além da justificativa fundada na visão do liberalismo clássico, a teoria do *state action* tem apoio no pacto federativo. Nos Estados Unidos, legislar sobre direito privado cabe aos Estados, e não à União, a não ser em matérias relacionadas ao comércio interestadual ou internacional. Por isso mesmo, a tese visa a preservar o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que tribunais federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, venham a intervir na esfera das relações de direito privado²⁸¹.

Como diz Wilson Steinmetz, “amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular

²⁷⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Op. cit., pág. 99.

²⁸⁰ *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno*. In: GRAU, Eros, GUERRA FILHO, Willis (Orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 109.

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 228.

demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual”. E isso se operacionaliza, no campo judicial, na análise do juiz ou do tribunal se, em demanda instaurada unicamente entre particulares, e, portanto, sem a participação do ente estatal, as ações do demandado podem ser imputadas, por alguma razão, ao Estado e, assim, ser subsumidas ao conceito de *state action*²⁸².

A diferença essencial entre a doutrina do *state action* e a anterior que nega completamente qualquer incidência é quanto aos efeitos. Enquanto a primeira, mesmo não admitindo a eficácia direta, faz incidir os direitos fundamentais nas relações privadas, utilizando-se de um artifício (equiparação da ação privada à *state action*), a segunda simplesmente não permite, em hipótese alguma, a incidência de qualquer eficácia interprivada.

A teoria do *state action* pode ser identificada em vários casos julgados pela Suprema Corte norte-americana. Em um deles dizia respeito a uma cláusula da convenção de um condomínio em St. Louis, no Estado de Missouri, que proibia a aquisição de propriedade por “povos negros ou da raça mongol”, aplicada desde 1911. Uma família negra comprou uma casa no condomínio, em 1945, e foi impedida de tomar a posse da propriedade, sendo forçada a ingressar na Justiça americana. Ao enfrentar esse caso em última instância, a Suprema Corte reconheceu que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Judiciário americano constituíam ações estatais e, por esse motivo, qualquer pronunciamento judicial em favor da prevalência da cláusula restritiva seria inconstitucional, dada a inequívoca discriminação praticada²⁸³.

²⁸² Op. cit., pág. 179.

²⁸³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/casehand.html>. Acesso em: 14 de outubro de 2007.

Outro caso importante decidido pela Suprema Corte norte-americana em que fora imputada ao Estado a conduta realizada por particular foi o de um restaurante privado, que operava em um estacionamento de veículos e que se recusou a fornecer alimento e bebida a um negro. O Tribunal Supremo entendeu tratar-se de uma situação de *state action*, porquanto o estabelecimento privado, alugado de uma agência do Estado de Delaware, era localizado dentro de um edifício público, construído com fundos públicos para atender a finalidades públicas. Por isso, o Estado era um participante comum na operação do restaurante privado, e sua recusa em servir um negro viola a cláusula da igual proteção, capitulada na décima quarta emenda da Constituição americana de 1787²⁸⁴.

Em outro, tratava-se de um cidadão americano, residente na cidade de York, no Estado da Pensilvânia, que sofreu a suspensão no fornecimento de energia elétrica, sem aviso prévio e a possibilidade de contraditório e direito de defesa, efetuada pela companhia privada de energia elétrica, por falta de pagamento. Na hipótese, observou que a companhia de energia elétrica, mesmo de natureza privada, tinha obtido um certificado de conveniência pública emitida pela Comissão de Serviço Público da Pensilvânia e que o serviço prestado de fornecimento de energia elétrica era proveniente de permissão estatal, sendo sua ação, por via de consequência, equiparável ao do Estado. Assim, a Suprema Corte norte-americana declarou, neste caso, que a suspensão do serviço de energia elétrica, sem prévio aviso e oportunidade de defesa, violava o princípio do devido processo legal²⁸⁵.

No entanto, algumas teorias optaram por conceber a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, apenas divergindo de que forma ocorreria essa

²⁸⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Burton v. Wilmington Pkg. Auth.*, 365 U.S. 715 (1961). Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/casehand.html>. Acesso em: 14 de outubro de 2007.

²⁸⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974). Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/casehand.html>. Acesso em: 14 de outubro de 2007.

vinculação. Para alguns, a incidência desencadearia de maneira indireta ou mediata nas relações jurídicas realizadas entre particulares, enquanto outros preferiram, em nome da supremacia da Constituição, defender a aplicação imediata ou direta dos direitos fundamentais, havendo, ainda, quem atribuísse o dever ao Estado de assegurar a imperiosidade dos princípios e valores constitucionais sobre o direito privado.

3.5.3. Teoria da eficácia mediata ou indireta

A primeira delas consiste na teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Como o próprio nome já a denuncia, seria permitida a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, porém de forma indireta, mediante cláusulas gerais do direito civil, que atuariam como “pontos de entrada” daqueles direitos nas relações jurídicas entre particulares.

A projeção axiológica dos direitos fundamentais incorporam-se ao mundo das relações interprivadas, dando sentido e conteúdo às cláusulas e aos princípios abertos do direito privado, tais como, por exemplo, a ordem pública, a boa-fé, os bons costumes, a função social, interesse público, abuso de direito, dentre outras expressões de textura semântica fluida e indeterminada. Somente através da transformação em normas de direito civil é que poderiam os direitos fundamentais obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico-privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou as cláusulas gerais privatísticas poderiam os correspondentes conceitos tornar-se operativos²⁸⁶.

Um dos principais defensores na Alemanha da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais foi Günther Dürig, que, na sua obra escrita em 1956, chamada de “*Grundrechte*

²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., págs. 287/288.

und Privatrechtsprechung” (traduzido como “Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas”), assentou que os direitos fundamentais operariam no âmbito privado através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos preenchidos valorativamente²⁸⁷.

Dürig partiu da idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn, além de se destinar a estabelecer uma obrigação negativa ao Estado (liberdades públicas), também impõe um dever de proteção e de tutela frente aos valores que os direitos fundamentais sedimentam na base da ordem jurídica. Entretanto, Dürig percebeu que esse último fenômeno ocorria de forma diversa se fosse dirigida contra o Estado ou contra terceiros. Frente a terceiros, o direito privado conta com a limitação da autonomia privada. Por isso, o meio idôneo para a realização dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado é a incorporação de seu conteúdo nas cláusulas gerais do direito privado²⁸⁸.

Consoante o pensamento de Dürig, o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) deve continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a ter em conta na solução dos problemas no campo do direito privado. Para ele, submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos direitos fundamentais, que limitam a ação do Estado, significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido. Neste contexto, os princípios constitucionais apenas serviriam como vetores axiológicos de interpretação das cláusulas gerais suscetíveis de concretização, seja para clarificá-los, seja para acentuar ou desacentuar determinados elementos do seu conteúdo, ou, em casos extremos, suprir as lacunas existentes, mas sempre dentro do “espírito” do direito privado²⁸⁹.

Na decisão proferida em 1958 no caso *Lüth*, o Tribunal Constitucional Federal alemão sufragou a teoria da eficácia mediata, ao dizer que as cláusulas gerais deveriam

²⁸⁷ ESTRADA, Alexei Julio. Op. cit., pág. 109.

²⁸⁸ DÜRIG, Günther. Grundrechte und Privatrechtsprechung. München: Beck, 1956. **Apud** ESTRADA, Alexei Julio. Op. cit., págs. 110/111.

²⁸⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 251/252.

funcionar como “pontos de entrada” dos direitos fundamentais no direito civil²⁹⁰, e que a ordem de valores por eles gerada seria fortemente considerada na interpretação das relações privadas. Os direitos fundamentais não se destinariam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo o próprio sistema jurídico infraconstitucional cuidar de desvencilhá-los²⁹¹.

Wilson Steinmetz sintetizou as principais características da doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais nos seguintes termos: a) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações interprivadas, mediatamente, por intermédio de cláusulas e parâmetros dogmático hermenêutico-aplicativos próprios do direito privado; e b) compete ao legislador concretizar os direitos fundamentais, através da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance nas relações entre particulares. Steinmetz ainda arremata que, para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais seriam tão-somente princípios objetivos, correspondente a um sistema de valores ou ordem objetiva de valores²⁹².

Demais disso, Steinmetz relata a existência de variações teóricas acerca da teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo ele, haveria, pelo menos, quatro correntes diferentes que se afirmariam mediata dos direitos fundamentais²⁹³.

A primeira variação sinalizaria que a eficácia dos direitos fundamentais apenas se realizaria na hipótese de concretização legislativa. Na falta dela, os direitos fundamentais não vinculariam os particulares. A segunda estaria traduzida na idéia de que a eficácia dos direitos fundamentais deveria ser protagonizada, preferencialmente, pelo legislador, porém, na sua inércia, caberia ao juiz decidir o caso concreto com base na interpretação valorativa das cláusulas gerais do direito privado. Mas não se resolvendo adequadamente o caso, concluir-

²⁹⁰ SCHWABE, Jürgen. Op. cit., pág. 388.

²⁹¹ MENDES, Gilmar. Op. cit., pág. 125.

²⁹² Op. cit., págs. 137/138.

²⁹³ Ibid., págs. 149.

se-ia pela não incidência nas relações interprivadas. A terceira teria os mesmos elementos da segunda, mas, ao contrário dela, não sendo possível uma solução adequada, excepcionalmente, quando se estivesse diante de uma desigualdade fática relevante, o juiz deveria aplicar diretamente os direitos fundamentais. E, por fim, a última corrente considera que, na ausência de concreção legislativa e na impossibilidade de decidir baseado nas cláusulas gerais, incidiriam diretamente os direitos fundamentais, independentemente de se tratar de relação fática desigual²⁹⁴.

Todavia, como se vê claramente, as variações doutrinárias nada mais expressam do que as várias teorias acerca da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas e, não propriamente, em diferenciações da doutrina da eficácia indireta. Ao que parece, somente as duas primeiras é que se aproximariam da teoria da eficácia mediata, sendo que as duas últimas restantes, a bem da verdade, corresponderiam à teoria da eficácia imediata ou direta, como será visto mais adiante.

Konrad Hesse defende a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que cabe ao legislador do direito privado a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em direito imediatamente vinculante para os particulares. O legislador compete cristalizar as múltiplas modificações resultantes da influência dos direitos fundamentais no direito privado, não podendo, portanto, mutilar a autodeterminação e a responsabilidade individuais, sob pena de esvaziar a autonomia privada²⁹⁵.

Jorge Reis Novais também rejeita qualquer tentativa de conferir primazia ao juiz em detrimento do legislador democrático. A prioridade das tarefas de realização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares deve continuar a ser da alçada do legislador

²⁹⁴ Op. cit., págs. 149/150.

²⁹⁵ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, págs. 64/65.

democrático. E deve ser assim, sobretudo, quando se reconhece que os problemas decididos pelo Estado são, em regra, aqueles em que os interesses de liberdade não se situam apenas de um dos lados da relação jurídica, como acontece nos conflitos entre indivíduo e Estado, mas alcançam ambos os lados do conflito entre indivíduos, o que acaba por exigir a realização de juízos complexos, inclusive políticos, de avaliação, valoração e ponderação dos interesses em confronto²⁹⁶.

A doutrina da vinculação mediata, contudo, não se sustenta, como bem demonstra Claus-Wilhelm Canaris, por razões de lógica jurídica. Segundo ele, é impossível controlar, do ponto de vista intelectual, a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais sob a perspectiva de uma outra norma de direito privado (cláusula ou conceito do direito privado). Isso porque as duas normas estarão, em termos de lógica normativa, situadas no mesmo nível²⁹⁷.

Ao enriquecer em termos jurídico-constitucionais uma das normas de direito privado, mediante a interpretação de cláusula geral à luz dos direitos fundamentais, ou ela permanece uma norma de direito ordinário – e então lhe falta, ainda e sempre, a superioridade de nível de que necessita como padrão de controle; ou ela é elevada ao nível do direito constitucional – e então chegar-se-ia à consequência, contraditória, de o seu conteúdo, justamente na medida em que pertence realmente ao direito ordinário, adquirir agora, de repente, nível constitucional²⁹⁸.

Ademais, a atividade reguladora dos direitos fundamentais desempenhada pelo legislador não é exaustiva. As leis não contemplam todas as situações nem todos os conflitos possíveis, mormente em uma sociedade caracterizada pela complexidade das relações

²⁹⁶ *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 381.

²⁹⁷ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 29.

²⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibid.*, pág. 30.

jurídicas e pela pluralidade de interesses eventualmente colidentes²⁹⁹. E mais do que isso, um direito fundamental cujo reconhecimento depende, para ser efetivado, do legislador, não pode ser reputado como direito fundamental. Os direitos fundamentais caracterizam-se justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador, não sendo, portanto, compatível com essa idéia a afirmação de que só operariam nas relações entre particulares quando este assim o decidisse³⁰⁰.

Por estas e outras razões, vários doutrinadores posicionaram-se contrários à vertente indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, por condicionar a eficácia da Constituição à vontade do legislador. Surge, então, outra corrente que se apoiou na idéia da supremacia constitucional, para advogar a vinculação direta dos direitos fundamentais nos vínculos entre particulares.

3.5.4. Teoria da eficácia imediata ou direta

Na contramão da doutrina da eficácia mediata ou indireta, apareceu outra teoria que passou a defender a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para esta teoria, não haveria necessidade de se valer de “pontos de entrada” encontrados nas cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado para fazer incidir os direitos fundamentais nos vínculos privados. Os direitos fundamentais recairiam, diretamente e sem intermediações, sobre os conflitos instaurados nas relações travadas entre particulares. A eficácia direta pressupunha que o sujeito, que postula a proteção de uma

²⁹⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., pág. 295.

³⁰⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. Ibid., pág. 297.

garantia ou direito constitucionalmente previsto, pode invocar diretamente a norma constitucional, se não houver norma legal que a concretize³⁰¹.

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais foi formulada originariamente também pela doutrina alemã, sendo Hans Carl Nipperdey um de seus maiores entusiastas, assim expressado nas obras “*Die Würde des Menschen*” (1954) e “*Grundrechte und Privatrecht*” (1962)³⁰².

Na primeira obra escrita traduzida como “A dignidade do ser humano”, Nipperdey defende que algumas normas de direitos fundamentais não se aplicam unicamente às relações jurídicas entre indivíduo e Estado, mas também compreendem relações entre particulares e, notadamente, naqueles liames em que se verificam poderes sociais, nascendo daí posições jurídicas do particular frente a outros³⁰³.

Já, na segunda obra (Direitos Fundamentais e Direito Privado), Nipperdey rebate explicitamente a teoria de Dürig, asseverando que os direitos fundamentais modifica as normas de direito privado existentes, sem que se utilize de cláusulas gerais ou determinadas normas jurídicas, ou se criem outras pelo legislador, sejam proibições, mandados, direitos subjetivos, leis de proteção ou razões de justificação³⁰⁴.

A jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou, em alguns de seus julgados, essa concepção direta dos direitos fundamentais, sendo conhecido o famoso caso decidido em 1957, que reconheceu a invalidade de cláusula constante em contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, que previa a sua extinção, caso viessem a contrair matrimônio. Mesmo não havendo norma trabalhista específica, a Corte laboral assim entendeu

³⁰¹ RIVERA, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. Revista dos Tribunais. Ano 85. Volume 725. março de 1996, pág. 19.

³⁰² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., págs. 164/165.

³⁰³ NIPPERDEY, Hans Carl. *Die Würde des Menschen*, 1954. **Apud** STEINMETZ, Wilson. *Ibid.*, *Ibidem*.

³⁰⁴ NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*, 1962. **Apud** STEINMETZ, Wilson. *Ibid.*, *Ibidem*.

com alicerce em preceitos constitucionais. Em outra situação mais recente, o mesmo tribunal anulou a demissão de um químico de uma instituição privada, que se recusara a participar de pesquisa de medicamento a ser utilizado em guerra nuclear, sob a alegação de liberdade de consciência³⁰⁵.

Nipperdey chega a sustentar uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, fundado na idéia de que seriam normas de valor a valer para toda a ordem jurídica, incluindo o direito privado, e, em caso de poderes privados, como verdadeiros direitos subjetivos. Na situação de relações jurídicas entre cidadãos “comuns” ou iguais, também se aplicariam diretamente, agora como valores comunitários, sem precisar se valer de regras de interpretação ou de preenchimento de cláusulas gerais do direito privado³⁰⁶.

No entanto, essa concepção absoluta (“forte”) de eficácia dos direitos fundamentais, como assinalou Wilson Steinmetz, terminou não prevalecendo na doutrina, por desconsiderar, por completo, o problema oriundo da colisão de direitos fundamentais, que requer a ponderação entre os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e a autonomia privada que se constitui em pilar fundamental do direito privado e também um bem constitucionalmente protegido³⁰⁷.

Somente as variações chamadas “intermediária” e “fraca” é que conquistaram a simpatia da doutrina. A corrente intermediária repousa na idéia de que a vinculação dos direitos fundamentais, embora imediata, não é ilimitada, incondicionada ou indiferenciada, devendo, neste caso, ser resolvida com base na ponderação de bens. Ao passo que, na corrente

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 246.

³⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 252/253.

³⁰⁷ Op. cit., págs. 169/170.

considerada “fraca”, os direitos fundamentais só operariam eficácia imediata nas relações marcadas pela desigualdade produzida pelos poderes privados³⁰⁸.

A esta última variação é possível alinhar o pensamento de José Carlos Vieira de Andrade, que só aceita a transposição direta dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, no âmbito privado, quando se trate de relações de poder – e não relações entre iguais - de pessoas coletivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) sobre (outros) indivíduos que estão em posição de vulnerabilidade. Mas, para cada situação e circunstância em particular, deve-se precisar casuisticamente o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, até para evitar que se trate da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família entre filhos e pais, e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa³⁰⁹.

De fato, Jorge Miranda pondera que a incidência direta dos direitos fundamentais deve se reconduzir à dialética liberdade-poder. Se se tratar de poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos fundamentais deverão valer de modo direto e imediato, enquanto que, nos demais casos despidos daquela dialética, haverá graus de vinculatividade³¹⁰.

Jesús Alfaró Aguila-Real considera a teoria imediata simples demais para resolver problemas práticos tão variados e complexos como os que envolvem os direitos fundamentais³¹¹.

Jorge Reis Novais também se posiciona no mesmo sentido, ao comparar que, se os direitos fundamentais se desenvolveram e demonstraram a sua aptidão, enquanto garantias jurídico-constitucionais na relação dos indivíduos com o Estado, quando presente um cenário

³⁰⁸ Ibid., *Ibidem*.

³⁰⁹ Op. cit., págs. 263/264.

³¹⁰ Op. cit., págs. 287/288.

³¹¹ Op. cit., pág. 64.

de verticalidade e de assimetria nas relações jurídicas, da mesma forma, também estarão estruturalmente aptos a desempenhar as mesmas funções sempre que tais relações de poder, cada vez mais freqüentes nos dias de hoje, sejam reiteradas nas relações entre particulares³¹².

No Brasil, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais decorre, mesmo à míngua de norma expressa neste sentido, diretamente da Constituição. Inclusive na Alemanha, embora prevaleça a doutrina da eficácia mediata, já se reconheceu que a norma contida no art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental de Bonn, ao enunciar expressamente a vinculação dos poderes públicos, não tem o condão de afastar uma vinculação dos particulares. Da mesma forma, se até na Alemanha, onde apenas a vinculação dos órgãos estatais está expressamente consignada na Lei Fundamental, mesmo assim tal previsão não pode ser interpretada como uma decisão impeditiva da vinculação dos particulares, também no caso da Constituição brasileira de 1988, que apenas enuncia de forma expressa o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não se poderia simplesmente afastar a vinculação direta às relações jurídico-privadas³¹³.

Ainda que restringisse de forma simplista a vinculação dos particulares apenas às hipóteses de poderes privados, assume relevo a circunstância de que uma importação acrítica da posição majoritariamente adotada na Alemanha esbarra, também e desde logo, na evidência de que os pressupostos de uma certa igualdade fática e jurídica encontram-se gravemente comprometidos na realidade brasileira³¹⁴.

³¹² *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 368/369.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pág. 151.

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid.*, págs. 152/153.

Basta, para tanto, uma breve referência aos elevados índices de opressão socioeconômica e, portanto, a relevância maior dos assim denominados poderes sociais. Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem as feições de um Estado democrático de direito já se aceita a eficácia direta nas relações cunhadas pela desigualdade, como maior razão, tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica brasileira, onde, quando muito, fala-se na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela privilegiada da população³¹⁵.

Pietro Perlingieri rebate os argumentos que criticam a aplicação direta dos direitos fundamentais, pois, de qualquer forma, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. Não importa tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta, mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. Os direitos fundamentais, nesta trilha, não devem ser considerados sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas³¹⁶.

Assim, pela teoria da vinculação direta, os direitos fundamentais não precisariam de transformação alguma para o sistema de regras de direito privado, antes estabelecendo, sem qualquer intermediação, proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e direitos de defesa em face de outros particulares. Em cada direito fundamental existiria uma proibição constitucional que vedaria, em princípio, a sua restrição por negócio jurídico. Contudo, ao radicalizar esta assertiva, levar-se-ia a conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois toda

³¹⁵ *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, págs. 152/153.

³¹⁶ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 11/12.

cláusula contratual que restringisse direitos fundamentais seria considerada nula, o que se revelaria absurdo, já que o instrumento mais legítimo e idôneo de renúncia de direitos é justamente o contrato. Foi, pois, por esse temor que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor³¹⁷.

Jorge Reis Novais alega que a aplicação dos direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis aos outros particulares, “transformaria as nossas vidas num pesadelo de virtudes. Todo o excesso era inconstitucional, toda a desrazoabilidade era vedada pelos direitos fundamentais, toda a futilidade era proscrita por inapta ou dispensável. A participação num *reality show* seria inconstitucional, porque obviamente, a busca dos *cinco minutos* de fama não justificaria a perda de privacidade”³¹⁸.

Aí uma das críticas que se faz à teoria da eficácia direta que, em casos extremos, simplesmente neutralizaria a mínima autonomia e liberdade do homem, imprescindível à autodeterminação da sua própria vida privada. Em seu lugar, surgem outras concepções mais ligadas ao dever do Estado de proteger possíveis violações de direitos fundamentais cometidos entre sujeitos de direito privado.

3.5.5. Teoria dos deveres de proteção

Uma dessas concepções seria a teoria dos deveres de proteção, que se traduz na tese de que cabe ao Estado, por meio do legislador e dos juízes, o dever de tutelar, por imposição dos direitos fundamentais, o particular contra eventuais ofensas praticadas por outros particulares. A doutrina dos deveres de proteção impõe ao Estado a obrigação de salvaguardar

³¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, págs. 53/54.

³¹⁸ *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 379.

o indivíduo contra quaisquer ameaças, seja na atuação legiferante, seja no desempenho da atividade jurisdicional, pois também estaria vinculado aos direitos fundamentais.

O legislador, ao confeccionar as leis que disciplinam as relações jurídicas privadas, e o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares, exatamente por estarem vinculados aos direitos fundamentais, teriam sempre de levá-los em conta e de aplicá-los nos seus âmbitos de atuação. A teoria dos deveres de proteção, embora inspirada na idéia da aplicabilidade mediata, dispensa a tradicional técnica de utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, obrigando os poderes públicos, em especial o Legislativo e o Judiciário, a velarem os direitos fundamentais de particulares ameaçados por outros particulares³¹⁹.

A despeito de possuírem uma raiz comum, as teses da eficácia mediata e dos deveres de proteção divergem significativamente em termos de construção e, sobretudo, de resultados. Enquanto a doutrina da eficácia mediata só permite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, através da intervenção concretizadora das cláusulas gerais, a teoria dos deveres de proteção obriga todos os órgãos do Estado a protegerem os direitos fundamentais, sem que se exija qualquer intermediação legiferante³²⁰.

A teoria dos deveres de proteção preserva a responsabilidade primária do legislador no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, porém não descarta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, na ausência de lei ou de cláusula geral aplicável. Mesmo, em situações extremas, até mesmo contra lei, pode o juiz, calcado nos deveres de proteção a que se acha submetido, intervir no sentido de conferir proteção aos direitos fundamentais nas relações entre particulares³²¹.

³¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., págs. 256/257.

³²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 357/360.

³²¹ Op. cit., págs. 357/360.

Quando comparado com a teoria da eficácia imediata, a doutrina dos deveres de proteção confere prioridade, na definição dos critérios de composição do conflito subjacente, ao legislador democrático em detrimento da atuação direta do juiz. Só em casos extremos de absoluta e total ausência de regulação legislativa que resulte numa desproteção intolerável do direito fundamental em questão, poderá o juiz assumir autonomamente o dever de proteção na exata medida em que nessas circunstâncias se mostre necessário³²².

A grande vantagem da doutrina dos deveres de proteção descansa na tentativa de compatibilizar as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata, quando, ao mesmo tempo, valoriza o papel prioritário do legislador na concretização dos direitos fundamentais e não despreza a eventual intervenção do juiz, em situações de ofensa à Constituição. E mais, viabiliza um tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no direito privado, admitido o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados³²³.

De fato, mais recentemente, há uma tendência no sentido de desvalorizar-se a idéia de irradiação objetiva direta ou indireta dos direitos fundamentais, para enveredar-se pela existência de deveres de proteção por parte do Estado, designadamente perante terceiros. A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever de abstenção, ou ainda de prestação ou de garantia da participação, mas também implicaria o dever de promover a proteção dos direitos perante quaisquer ameaças³²⁴.

³²² NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 383/384.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pág. 140.

³²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. cit.*, pág. 147.

Poder-se-ia objetar esta teoria rebatendo que o Estado sempre desempenhou uma função protetora relativamente às liberdades e aos bens jurídicos pessoais, quer garantindo a segurança pública, quer perseguindo criminalmente quem atentasse contra os direitos das outras pessoas, tais como a vida, a integridade física, o patrimônio. Só que essas atividades eram consideradas intrinsecamente ligadas, por definição, à própria existência do Estado liberal, enquanto exercício de uma função comunitária, de interesse geral, e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais³²⁵.

Por outro lado, não se pode chegar a posições extremistas que, de um lado, eliminem a liberdade constitutiva do legislador, e, de outro, não estabeleça limites a ele. Uma das limitações substanciais à proteção estatal dos direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos outros particulares. Por causa disso, quando a proteção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, a proteção do Estado será medida por uma ponderação dos bens ou valores em colisão, observando-se o princípio da proporcionalidade³²⁶.

Gilmar Ferreira Mendes conta que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que o dever do Estado deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, portanto, da tarefa de proteger esses direitos contra a agressão produzida por atos de terceiros. Essa interpretação do Tribunal Constitucional Federal empresta sem dúvida nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário para uma função de guardião desses direitos, tomando todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos

³²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ibid.*, pág. 149.

³²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ibid.*, *Ibidem*.

fundamentais. Os direitos fundamentais não conteriam apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção³²⁷.

Seguindo os passos de José Carlos Vieira de Andrade, observa-se que, no caso de haver lei regulando determinada situação fática, prevaleceria, em princípio, a presunção de que o legislador estabeleceu um equilíbrio aceitável entre os valores em jogo. Porém, essa presunção poderá ser ilidida, se, por exemplo, atentar frontalmente contra os preceitos relativos aos direitos fundamentais, enquanto princípios objetivos ou normas. Ou mesmo, se a lei for restritiva, terá, para ser válida, que respeitar sempre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, podendo, contudo, os valores e os princípios próprios do direito privado funcionar como interesses e bens constitucionalmente protegidos, a justificarem a restrição³²⁸.

3.6. Correto equacionamento do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Como se viu, o correto equacionamento do problema da eficácia dos direitos fundamentais não reside na teoria de Nipperdey, nem mesmo teoria de Dürig, mas na teoria dos deveres de proteção, que as harmoniza, levando-se em conta a particularidade dos direitos fundamentais em colisão.

Para Cristiano Tutikian, a melhor solução seria a adoção de uma terceira proposição, construída a partir da idéia de circularidade hermenêutica espiraliforme do sistema jurídico aberto. Por esta premissa, a interpretação da legislação infraconstitucional sempre pressuporia o sentido da Constituição. Essa terceira proposição caracterizar-se-ia por possuir

³²⁷ Op. cit., págs. 119/120.

³²⁸ Op. cit., págs. 271/272.

simplesmente eficácia, mediante a hierarquização axiológica dos direitos fundamentais em colisão, obtida apenas no caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade³²⁹.

Sem embargo disso, José Carlos Vieira de Andrade constatou que todas as teorias, mesmo partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, curiosamente chegavam ao mesmo resultado prático. Se, de um lado, a teoria mediata admitia a influência das normas de valor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em última análise, permitia o alargamento do campo de aplicação direta das normas constitucionais na execução de tarefas administrativas públicas, mesmo que a atuação fosse feita por figuras de direito privado. Por outro lado, a teoria da aplicação imediata não se aplicaria a todos os direitos fundamentais, sendo necessário averiguar o comportamento dos particulares, não desprezando a tutela da liberdade negocial ou da autonomia privada³³⁰.

Ressalte-se que, pela unidade do sistema jurídico, quando se aplica uma lei, não se está apenas a aplicá-la, mas antes todo o Código e todo o sistema legislativo no seu conjunto, não se verificando entre a Constituição e o direito privado propriamente um hiato, mas um contínuo fluir. Este fluir contínuo intensifica-se à medida em que as Constituições se referem, ao lado dos direitos fundamentais, de forma explícita ou implícita, à autonomia privada. Acresça-se a isso o fato de que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados do direito privado são tão amplos que o seu conteúdo pode ser, facilmente, preenchido pelos valores constitucionais. Daí a questão da distinção entre a aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais não fazer, de fato, muito sentido³³¹.

Alexei Julio Estrada afirma que não haveria em relação às teorias direta e indireta um antagonismo, mas sim uma questão de grau ou intensidade e, mais especificamente, um “mero

³²⁹ *Sistema e Codificação: O Código Civil e as Cláusulas Gerais*. In: Estudos de Direito Civil-Constitucional. Org. Ricardo Aronne. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, págs. 58/59.

³³⁰ Op. cit., págs. 254/255.

³³¹ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Op. cit., págs. 46/47.

problema de formulação”. A eficácia dos direitos fundamentais, quando desencadeada pela atividade judicial, são equivalentes em seus resultados. Note-se que as duas se opõem por igual às soluções generalistas e preferem analisar as circunstâncias fáticas do caso, por meio da técnica de ponderação³³². Tanto que Juan María Bilbao Ubillos arrisca a dizer que a eficácia mediata dos direitos fundamentais através do juiz é ilusória³³³, pois o resultado é sempre idêntico à aplicação imediata.

Para Jorge Reis Novais, a divergência entre as teorias eficácia mediata, imediata e dos deveres de proteção reside exatamente no ponto que diz respeito ao alcance do papel do juiz, quando não há lei ordinária aplicável. Nessa situação, as duas teses da eficácia mediata e imediata são claramente opostas: a tese da eficácia mediata recusa qualquer efeito suplementar produzido pelos direitos fundamentais com apoio nas normas constitucionais; enquanto que a tese da eficácia direta ou imediata aplicará o direito fundamental constitucionalmente consagrado como direito subjetivo oponível a outros particulares. Já a tese dos deveres de proteção recusará a aplicação direta dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos contra outros particulares, mas, diferentemente da doutrina da eficácia mediata, permitirá a projeção de efeitos jurídicos sobre o direito privado, recorrendo-se diretamente à norma constitucional para resolver os conflitos entre particulares³³⁴.

Um ponto, porém, a doutrina parece convergir. É quando diz respeito à teoria aplicável às hipóteses de “poder privado”, na qual se verifica a existência de uma relação de desigualdade. Nesses casos, a intensidade da vinculação seria similar à do Estado, o que se aproximaria da teoria direta dos direitos fundamentais. E, nas relações entre particulares em

³³² Op. cit., págs. 126/127.

³³³ Op. cit., pág. 318.

³³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 357/360.

pé de igualdade, apenas se tornaria necessário garantir uma eficácia mínima dos direitos fundamentais, o que se avizinha da doutrina indireta dos direitos fundamentais³³⁵.

Também, em idêntico trilhar, em que pese sustentar a regra do caráter mediato/indireto do efeito horizontal dos direitos fundamentais, admitem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, excepcionalmente, a eficácia imediata/direta, devido à existência de outras forças sociais que apresentam potencial lesivo semelhante ao Estado, ou seja, quando for oponível a poderes privados³³⁶.

Todavia, reconhecer que somente haveria eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de existência de poderes privados também não convence, pois, mesmo em relações nas quais não impere a desigualdade fática, é possível ocorrer violações talvez até mais gravosas e ofensivas a bens, valores e princípios constitucionais, do que as que a possuam.

Wilson Steinmetz discorda da hierarquização das lesões de direitos fundamentais tendo como critério o causador da lesão, pois entende que pouco importa se o particular-violador tem mais ou menos poder do que o particular-violado. Um particular, sem poder econômico e/ou social, pode causar lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves do que um particular com poder social e/ou econômico. Lesão de direito fundamental é lesão de direito fundamental e, portanto, inconstitucional e, por conseqüência, razão suficiente para impedir, anular ou invalidar a autonomia privada³³⁷.

Nas relações jurídicas públicas, quando um indivíduo opõe um direito fundamental ao Estado está a invocar uma garantia forte que só poderá ser mitigado, se for imprescindível e necessária à satisfação de outros interesses justificativamente mais relevantes. Aí reside, precisamente, a força da garantia jusfundamental. O direito fundamental só cede se o Estado

³³⁵ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Op. cit., págs. 49/50.

³³⁶ Op. cit., pág. 113.

³³⁷ Op. cit., págs. 158/159.

for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível, não sendo suficiente, para justificar a restrição, a simples elaboração de lei.

Mas o mesmo não se verifica no caso das relações jurídicas privadas. Quando se pretende opor o mesmo direito a outro particular se encontra, invariavelmente, um outro direito fundamental. Como dois lados são titulares de direitos fundamentais, que estão em oposição, toda a argumentação a favor de uma posição jusfundamental pode ser replicada com os mesmo ou idênticos argumentos em favor da outra posição jusfundamental em confronto. Ainda que, no confronto entre um direito fundamental e o princípio da autonomia privada, presumisse que prevalece o reconhecimento do direito fundamental, estar-se-ia esquecendo que associado ao exercício da autonomia privada estão inevitavelmente direitos fundamentais, tais como a autonomia pessoal e a liberdade individual³³⁸.

Daí a justificativa de não ser aceita a concepção da eficácia direta de forma ampla e irrestrita, sob pena de uma simplificação equivocada. Em primeiro lugar, não é a existência de uma situação de “poder privado” ou de desigualdade na relação entre particulares que irá modificar o carácter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que se trata de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais. Também o particular ou entidade detentor de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais. Assim, nas relações deste tipo, não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular-poder público³³⁹.

³³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 371.

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição*

Nesta linha, vê-se que a problemática da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas corresponde, em última análise, a uma colisão de direitos fundamentais titularizados por particulares, na medida em que o exercício de um direito fundamental por um particular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro particular. A incidência pode ocorrer, por exemplo, numa relação contratual, quando houver conflito entre um direito fundamental de liberdade de expressão de um particular contratante e o princípio da autonomia privada, invocado pelo outro particular contratante como bem constitucionalmente protegido³⁴⁰.

Nas relações de direito privado, os princípios e os valores com os quais se entram em colisão são os que presidem, evidentemente, o tráfico jurídico-privado, dentre eles, quase sempre, o princípio da autonomia privada. À vista disso, para que a articulação seja correta, o juiz, no exame do caso concreto, deverá ponderar cuidadosamente a eficácia limitadora daqueles princípios em relação ao conteúdo do bem ou dos direitos constitucionalmente protegidos. E não deve esquecer que deve ser resolvido sempre procurando preservar o núcleo essencial dos direitos e interesses em jogo³⁴¹.

Para Ubillos, a eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, relativizada ou modulada pelo jogo da autonomia privada, será mais intensa à medida em que se estiver diante de uma relação desigual ou assimétrica. Assim, quanto menor for a liberdade da parte mais frágil da relação maior será o grau de proteção. Outro fator a influenciar a intensidade da vinculação, no pensamento de Ubillos, consiste no grau de aproximação do direito fundamental em discussão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, toda ordem

Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, págs. 129/131.

³⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., pág. 133.

³⁴¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., págs. 364/367.

jurídica encontra-se descansada no respeito à dignidade da pessoa humana, como núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado frente qualquer agressão³⁴².

Por tudo isso, infere-se que, numa relação contratual, prevalece, em primeiro lugar, com base na teoria dos deveres de proteção, que se mostra mais adequada às especificidades das relações privadas, a liberdade de conformação do legislador, através da produção legiferante do direito privado. Mas, em caso de ocorrência de conflito no âmbito das relações privadas, quando submetidas à análise judicial, deverá o juiz efetuar a ponderação entre os direitos ou bens constitucionalmente protegidos em colisão, valendo-se, na operação, do princípio da proporcionalidade.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas, sobretudo alicerçado na eficácia extraída do dever de proteção dos direitos fundamentais. Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante a relevância do bem ou do direito constitucionalmente protegido que estiver em jogo no caso concreto³⁴³.

E, mais do que isso, mostra-se imprescindível que a aplicação da Constituição encontre adequada metodologia que se preocupe com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões, mediante a adoção de técnicas interpretativas e argumentações constitucionais racionais e transparentes³⁴⁴, e a idealização de um modelo que represente a unidade e a sistematização de todo o direito privado em torno de

³⁴² Ibid., págs. 368/370.

³⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000, pág. 1289.

³⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, págs. 153/154.

valores, princípios, direitos e bens constitucionais que desfrutem de íntima conexão com a atividade econômica da iniciativa privada.

Mas, antes de enveredar pelas discussões mais pragmáticas da eficácia dos direitos fundamentais nas relações negociais privadas, cumpre tecer algumas considerações a respeito da evolução histórica do fenômeno contratual, desde a antiguidade romana, passando pela concepção liberal, até chegar à perspectiva socializante, que anima os atuais Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

4. CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS CONTRATOS DA ANTIGUIDADE AO ESTADO LIBERAL

4.1. O contrato no direito romano

O direito romano não se apresentou como um todo unitário, mas como a sucessão evolutiva de vários sistemas, que nasceu, atingiu o apogeu e decaiu, até se consolidar no *Corpus iuris civilis*³⁴⁵. O contrato em Roma, por sua vez, como consequência, passou por várias fases, não se podendo falar em um único modelo ou uma determinada espécie ao longo de sua história³⁴⁶.

³⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 112.

³⁴⁶ Caio Mário da Silva Pereira historia as várias transformações por que passou o direito romano, destacando que “A maior transformação por que passou o Direito Obrigacional ocorreu com a *Lex Poetelia Papiria*, do ano 428 antes de Cristo, substituindo a responsabilidade do devedor, que recaía sobre sua pessoa, para incidir sobre os seus bens *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. Uma sociedade de costumes mais simples encontrava nas trocas individuais o *nexum*. Ainda era o processo mais comum e mais natural de estabelecer relações obrigacionais. O desenvolvimento econômico e social vem criar o contrato e o seu poder vinculativo, como expressão do mais puro individualismo. O que as pessoas enunciavam oralmente tinha a possibilidade de criar direitos. Tal entendimento já o consagrava a *Lex XII Tabularum: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto* (Tabula VI, em *Textes*, de Frederic Girard, p. 15). O contrato nascido da palavra obriga os contratantes. Um vez celebrado, com observância dos requisitos, impõe-se aos contratantes. Sentiu-se, entretanto, na sociedade romana, cuja vida se tornou cada vez mais complexa com o surgimento de maior pluralidade de negócios, a necessidade de dar uma certa materialidade aos contratos. E surgiram, então, as quatro modalidades, mencionadas por Gaius. Primeiro, os contratos *re*, como uma espécie de contrato real, que se perfazia mediante a entrega de uma coisa; contratos *litteris*, que se completavam pela inscrição no *codex* do devedor; contratos *verbis*, que se realizavam mediante a troca de palavras sacramentais, dos quais o mais importante era a *stipulatio*. Somente mais tarde veio o contrato *consensu*, cujo nascimento foi lento e complexo, a que me referirei no segmento seguinte. Nem por isto perdeu sentido a afirmação de Gaius: as obrigações ora nascem do contrato ora do delito (*vel ex contractu nascitur, vel ex delicto – Institutiones, Commentarius*, vol. III, nº 88). *Baixo Império*: Foi o Baixo Império que consagrou uma importante mutação na evolução do contrato, através do simbolismo que caracterizou o Direito Germânico. Na sua última fase romana, o contrato obrigava mediante a simples proclamação verbal. E se aprofundou na Idade Média. O sentido de segurança como que inverteu as práticas quirritárias. Partindo da necessidade de que fossem observadas as formalidades exigidas pelo Direito Romano, era freqüente aos escribas, que reduziam a escrito as convenções das partes, consignar que todos os rituais haviam sido observados, embora em verdade não o tivessem sido. E de tal forma generalizou-se a praxe, que se passou a entender que a menção do fato valia pelo próprio fato. Passou-se a considerar que bastava a declaração de que as formalidades haviam sido cumpridas. Embora os juriconsultos jamais chegassem a dispensar o formalismo, a proclamação de sua observância produzia o efeito de seu cumprimento. E assim teve começo a quarta modalidade, a dos contratos *consensu*, que se formavam independentemente de todo elemento material”(Direito Civil, págs. 227/229).

A primeira fase do direito romano, denominada de antiga ou arcaica, compreende o período da criação de Roma até o início das guerras púnicas, no século III a.C. Nessa época, a sociedade romana, simples e rústica, tinha como base de sua economia a agricultura, o que tornava o direito formal e solene, adstrito apenas aos cidadãos romanos³⁴⁷.

Na fase antiga do direito romano, para criar uma obrigação (*obligatio*)³⁴⁸, era imprescindível a observância da prática de determinados atos solenes e rituais, previstos em lei. Se não houvesse o cumprimento rigoroso dessas formalidades, o contrato (*contractus*) não tinha validade e, por conseguinte, não produzia efeitos para as partes. A obrigação jurídica na Roma clássica tinha como fonte as solenidades, os rituais e as formas contemplados na lei romana. A lei estabelecia os efeitos e as obrigações que decorriam do contrato. Os contratantes estavam vinculados a formulários legais pré-estabelecidos.

Nessa época antiga do direito romano, as relações sociais encontravam-se determinadas, em sua grande parte, pelo *status* derivado do nascimento e da carreira que se exercia. As próprias características da sociedade, cujas famílias desfrutavam de certa autonomia, por terem propriedade própria e produzirem o que consumiam, minimizava o papel do contrato. O regime familiar adotado terminava por atribuir os direitos não ao indivíduo isoladamente considerado, mas à comunidade ou à própria família³⁴⁹.

A segunda fase, chamada de período clássico, acompanhou as conquistas dos exércitos romanos nas guerras púnicas e a conseqüente criação do império, provocando profunda mudança econômico-social na sociedade romana. De simples agricultores, os antigos romanos tornaram-se, em curto espaço de tempo, dominadores das mais florescentes

³⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Ibid.*, pág. 112.

³⁴⁸ Paul Jörs relata que os romanos chamavam *obligatio* o direito de obrigação que unia o devedor ao credor, representando o dever de realizar a prestação (*Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Barcelona: Editorial Labor, 1937, pág. 234).

³⁴⁹ COGLIOLO, Pietro. *Lições de Filosofia e de Direito Privado*. Belo Horizonte: Líder, 2004, págs. 196/197.

civilizações da humanidade na época. As práticas de fluxo mercantil entre Roma e as suas colônias passaram a exigir um direito civil mais flexível e célere e menos formalista³⁵⁰.

Nas palavras de Limongi França, o direito romano antigo só conheceu os contratos formais, chamados de *nexum* e a *stipulatio*. Porém, tais espécies formais começaram a se enfraquecer, após as guerras púnicas, não mais satisfazendo as exigências de um comércio cada vez mais desenvolvido, tanto que o *nexum* caiu em desuso e a *stipulatio* teve de minorar o seu rigorismo formal, o que fez proliferar, nesta época, os contratos verbais³⁵¹.

Antes predominava o formalismo e a tipologia contratual e, com as modificações ocorridas na sociedade romana após as guerras púnicas, o contrato romano caminhou para o consensualismo. Como assinala Adalício Coelho Nogueira, o formalismo foi-se esmaecendo, à medida em que o direito romano, gradualmente, conquistava a sua emancipação do rigor das formas, por longo tempo, o caracterizou. Iniciava um período em que os contratos passavam a valer, juridicamente, pela só manifestação da vontade das partes³⁵².

No entanto, foi na terceira e última fase, designada como pós-clássica, vivida a partir do século III (230 d.C.), que o direito romano expandiu-se por todas as províncias do império, perdendo o seu caráter nacional e transformando-se em um direito universal, até ser finalmente condensado, por ordem do imperador Justiniano, no ano 529, no *Corpus iuris civilis*³⁵³.

³⁵⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 112/113.

³⁵¹ *Contrato (Direito Romano)*. Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 19. São Paulo: Saraiva, 1978, págs. 146/147.

³⁵² *Introdução ao Direito Romano*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pág. 127.

³⁵³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 114.

Neste particular, observa Max Kaser que o imperador Justiniano, que não estava vinculado aos esquemas clássicos e rigorosos das ações e das fórmulas processuais, generalizou a idéia fundamental da equidade como base para o enriquecimento³⁵⁴.

Passou-se, nesta fase, a admitir que o mero consentimento ou o acordo de vontades pudesse criar obrigações. Luis Díez-Picazo ressalta que a evolução do pensamento jurídico, nessa fase pós-clássica, ocorre, mais particularmente, no Direito bizantino, momento através do qual se lançaram as primeiras sementes da corrente do voluntarismo jurídico, acenando que a origem das obrigações residia na expressão da vontade das partes³⁵⁵.

Segundo Limongi França, o direito romano não chegou a reconhecer o ideal da força obrigatória a todo e qualquer contrato em geral, mas, sem dúvida, por intermédio das convenções verbais, preparou o terreno para que aquele reconhecimento ocorresse na dogmática liberal do direito das obrigações³⁵⁶.

4.2. O contrato no direito canônico

Mas, sem qualquer sombra de dúvida, foi no berço do direito canônico que floresceu a idéia da vontade como fonte da obrigação. A manifestação da vontade das partes, por intermédio da palavra dada, ganhou importância decisiva na constituição e no reconhecimento da figura do contrato. A promessa empenhada de cumprir a obrigação assumida detinha tamanha força obrigatória, que eventual desrespeito significava o cometimento de um pecado.

A filosofia cristã eleva o homem ao centro das reflexões de ordem religiosa e social, influenciando a dogmática do direito canônico a considerar a declaração da vontade como

³⁵⁴ *Direito Privado Romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 275.

³⁵⁵ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Introducción Teoría del Contrato. 6ª Edición. Madrid: Civitas, 2007, pág. 135.

³⁵⁶ Op. cit., pág. 148.

fonte de obrigações jurídicas. O respeito à palavra dada, que exigia a consciência livre do contratante, pressupunha a necessidade de o consentimento das partes não estar viciado e a inexistência de enriquecimento injusto, possível de ocorrer nas situações de lesão e de usura³⁵⁷.

As idéias construídas pela doutrina do direito canônico ajudaram a formatar a teoria da autonomia da vontade e, nesta linha, assentar em solo firme os alicerces da concepção clássica do contrato, devido à consolidação do princípio da força obrigatória da promessa, o que provocou, definitivamente, uma ruptura ao modelo romano compromissado com o formalismo exagerado e as solenidades típicas. O direito canônico populariza a fórmula *ex nudo pacto nascitur*, consagrando o contrato como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica³⁵⁸.

Luis Díez-Picazo, ainda, assinala que a doutrina do direito canônico se constituiu em uma das diversas correntes de pensamento, que inspiraram a formação histórica do conceito moderno de contrato, na medida em que se reconhecia o consenso como valor fundamental e a vontade como fonte das obrigações. Além disso, os deveres de fidelidade à palavra dada e de veracidade instituíram a cultura do cumprimento obrigatório dos contratos, representado no princípio *mendacium est si quis non cumpleat quod promisit*. A falta a uma promessa é considerada um engano, uma mentira e um pecado³⁵⁹, almejando a doutrina canônica encontrar meios idôneos de reprimi-la³⁶⁰.

³⁵⁷ AMARAL, Francisco. *A Liberdade de Iniciativa Econômica: Fundamento, natureza e garantia constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Ano 23. Nº 92. Outubro/dezembro de 1996, pág. 352.

³⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 43/47.

³⁵⁹ Cristiano Heineck Schmitt complementa que “a força vinculante da palavra dada prendia-se, no direito canônico e na moral cristã da época medieval, à idéia do pecado do descumprimento de uma obrigação contraída, fator externo à vontade dos contratantes” (*Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, págs. 40/42).

³⁶⁰ Op. cit., pág. 136.

Em face disso, os elementos essenciais do contrato, sob a influência canonista, são: a) o objeto; b) uma causa; e c) a vontade manifestada na palavra dada. Todavia, por mais que o conceito moderno de contrato tivesse eleito como um de seus principais elementos a vontade manifestada pelas partes, substituindo o mero consentimento da doutrina do direito romano, ainda faltava um ingrediente essencial para que o contrato assumisse de vez o papel de principal veículo de circulação de riqueza do liberalismo, que viria com as idéias iluministas.

4.3. Reflexos do liberalismo na teoria contratual: fenômeno do codicismo

A corrente de pensamento do Iluminismo, fundada no direito natural racionalista, põe o indivíduo como o centro das preocupações sociais, políticas, filosóficas e econômicas, o que leva à valorização não apenas da idéia de vontade, mas sobretudo da vontade individual e humana baseada na razão. Somente a vontade individual e racional, como elemento essencial do contrato, é que tem a potencialidade de criar obrigações.

A liberdade³⁶¹ tão propagada no Iluminismo encontra campo aberto para a concepção liberal (liberalismo econômico) e, conseqüentemente, as idéias de interferência mínima do Estado nas atividades próprias da sociedade, dentre elas aquelas afetas às relações contratuais.

³⁶¹ Manuel García Amigo assim define a liberdade, nos seus mais variados matizes, inclusive jurídico: “es una facultad del individuo de obrar según su voluntad; la facultad, por tanto, de autodeterminarse. La idea puede desdoblarse en dos aspectos: *internamente*, con carácter positivo para el individuo, se cualifica por la nota de *soberanía*, es decir, el individuo es soberano para determinar normas de conducta propia en los campos donde su libertad existe *externamente*, con carácter negativo para las demás personas que con él se relacionan, se concreta en la idea de *independencia*, en el sentido de que el individuo no es condicionado, influenciado por otros al tomar sus decisiones. [...] la libertad se cualifica de jurídica cuando es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, atribuyendo a la decisión libre del individuo determinados efectos de derecho. La libertad, como las demás instituciones jurídicas, comprende *dos elementos*: uno que podemos llamar *sustantivo*, constituido por la facultad del individuo de autodeterminarse en el campo de las relaciones sociales, de los hechos humanos con transcendencia social; y otro *formal*, es decir, la toma en *consideración de ese hecho social por el ordenamiento jurídico*, sancionando y haciendo suyas las consecuencias sociales que del ejercicio de la libertad derivan. *Libertad jurídica*, por tanto, *es actuar libremente con transcendencia jurídica*” (*Derecho Civil de España*. I. Parte General. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1997, págs. 193/194).

Prevalece a lógica de que, com a primazia do indivíduo, a independência e a liberdade apenas podem ser limitadas pela própria vontade individual. Se o homem é livre, nada pode restringi-lo, a não ser a sua própria vontade.

Enquanto que, em Roma clássica e pós-clássica e no direito canônico, a lei, o consentimento e a vontade externada na palavra dada correspondem às fontes das obrigações jurídicas em suas respectivas épocas, no liberalismo, o contrato por si só é o legítimo instrumento criador de obrigações, limites e efeitos. Mas, para que os contratos cumprissem com mais eficiência essa tarefa, a ordem jurídica teria que assegurar a segurança e a liberdade dessas relações – ou mesmo os ideais que germinaram na Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tão caros aos maiores beneficiários dessa concepção: a burguesia.

A formação dos grandes Estados modernos, logo após a Revolução Francesa, conduziu a Europa continental à criação de corpos organizados de leis destinados a regular em abstrato situações análogas, equiparando soluções jurídicas com base no pressuposto de que, perante a lei, todos os cidadãos eram iguais. Com isso, inaugura-se um novo momento histórico para o direito privado que se cunhou como a era codicista, caracterizada por códigos que reuniam em um mesmo diploma normativo todas as situações jurídicas relativamente às relações entre os indivíduos. O fenômeno da codificação alarga a categoria do contrato, significando expressão política, antes do que jurídica, da liberdade individual³⁶².

A primeira grande onda do fenômeno do codicismo originou-se da ligação do jusracionalismo com o iluminismo, inicialmente, nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês. As codificações, ao alterarem as técnicas jurídicas de redação anteriores, não objetivavam fixar, ordenar, melhorar ou completar o direito já existente (como, por exemplo, as *Ordonnances* francesas e

³⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Civil. Ano 16. Nº 59. Janeiro/Março de 1992, págs. 21/22.

as *Reformationen* alemãs do séc. XVI), porém antes se dirigiam a uma planificação global da sociedade, através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. Havia a convicção, própria do Iluminismo, de que a atuação racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor³⁶³.

O movimento da codificação representou, na época, o coroamento dos ideais racionalizadores do Iluminismo, que pretendiam unificar o direito em bases seguras. A consolidação da igualdade, com o fim dos privilégios estamentais, reclamava um direito único para todas as pessoas, que deveria primar pela generalidade e abstração, e regular, de modo completo e exaustivo, as relações sociais³⁶⁴.

Para tanto, intentava-se sepultar uma plêiade de normas, emanadas de variadas fontes, que conviviam de maneira conflituosa e desordenada no *Ancièn Regime*, e substituí-las por um único corpo normativo, composto de regras simples, harmônicas e sistemáticas, capaz de garantir a segurança jurídica e preparar o direito para atender às necessidades de uma economia capitalista em processo de expansão³⁶⁵. O Código representava uma proposta de um sistema fechado de regras dotado de autosuficiência para resolver todos os problemas no âmbito das relações de direito privado.

O codicismo, ainda, produziu outro efeito típico de uma sociedade burguesa: a patrimonialização do direito civil. A patrimonialização decorreu da idéia prevalecente do valor e da importância econômica que os institutos do direito civil, tais como família, propriedade e contrato, tinham na sociedade³⁶⁶.

³⁶³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, págs. 365/366.

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 89.

³⁶⁵ *Ibid.*, *Ibidem*.

³⁶⁶ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Op. cit.*, pág. 54.

O *Code Civil*, segundo Franz Wieacker, seria, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e de um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana, apoiada na antropologia jusracionalista³⁶⁷.

A mais expressiva marca do fenômeno da codificação do direito foi, inegavelmente, o Código Civil de Napoleão de 1804. A noção de que o livre acordo de vontades entre indivíduos poderia produzir efeitos e criar obrigações atingiu o ápice e a sua verdadeira concretização no art. 1.134 do Código Napoleônico, que proclama: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para quem as tenha celebrado”³⁶⁸. Em outras palavras, o contrato faz lei entre as partes e, portanto, produz efeitos e cria obrigações³⁶⁹.

G. Marty conta que, nesta época liberal, as melhores leis eram as que nasciam da convenção entre os homens, porquanto se tratavam de normas que eles próprios tinham desejado modelar para o uso particular. E, como corolário disso, um dos direitos essenciais do homem consistia na liberdade de contratar e de celebrar convenções. Na seara econômica, confiar nas atividades negociais, sem a interferência estatal, era o melhor meio de realizar o

³⁶⁷ Franz Wieacker chega, inclusive, a afirmar que: “É precisamente a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável. Com isto, ele acaba por se sobrecarregar com o peso de uma casuística tuteladora e com o permanente controlo do futuro, e corta aquele desenvolvimento espontâneo no qual um código revela muitas vezes potencialidades insuspeitadas dos seus autores. À auto-suficiência do legislador corresponde um cepticismo em relação à jurisprudência científica, cepticismo que se fundava não apenas na opinião pessoal do velho rei e no seu atraso em relação aos melhores espíritos da época, mas também nos sentimentos pedagógicas do tempo, que não aceitavam como verdadeiro ‘esclarecimento’ (‘iluminação’) a especialização limitada dos eruditos” (Op. cit., págs. 378/379).

³⁶⁸ Tradução livre do autor ao art. 1.134 do Código Civil francês, que tem a seguinte redação no original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”

³⁶⁹ Contam Henri y Léon Mazeaud e Jean Mazeaud que os redatores do Código Civil napoleônico queriam destacar que uma obrigação nascida por intermédio do contrato deveria se impor com a mesma força que uma obrigação legal. E dois fundamentos justificavam essa concepção: fundamento moral e o fundamento econômico e social. Pelo fundamento moral, com a palavra dada, a promessa deve ser cumprida custe o que custar. Enquanto que, pelo fundamento econômico e social, se o credor não estivesse seguro de que o devedor está obrigado a cumprir a sua promessa, o crédito, sobre o qual se baseiam os negócios, desapareceria com a confiança que o embasa (Op. cit., pág. 7/8).

bem comum³⁷⁰. Para Francisco Amaral, era a máxima expressão do princípio do *laissez-faire*, *laissez-passer*, *laissez-contracter*³⁷¹.

O bem comum não se confunde com o bem da sociedade, pois só é atendido quando há satisfação individualizada dos indivíduos. A idéia de bem comum representa a relação aritmética do bem de cada indivíduo. Por isso, é que somente era alcançado o bem comum se o bem dos indivíduos também o fosse³⁷².

Judith Martins-Costa, ao tratar das fontes das obrigações jurídicas, revela a receita perfeita do que representou a codificação francesa, no plano do direito positivo, para o conceito e os elementos essenciais do contrato, afirmando que o Código de Napoleão teve o mérito de equiparar os efeitos da lei aos efeitos almejados pela vontade ou o consentimento³⁷³.

O Código Civil tradicional é o código do sujeito burguês, enquanto homem privado de qualquer incômodo do Estado e, nesse viver privado, o direito civil ostenta três pilares fundantes: a perspectiva contratual de circulação de bens; a dimensão patrimonial de apropriação dos bens, e o projeto parental de exteriorização da família³⁷⁴.

O indivíduo, na concepção clássica, é um ser abstrato, descolado da realidade, e detentor de individualidade e de autonomia, que goza de direitos subjetivos pessoais e inalienáveis. Nesse ambiente propício, a burguesia ganha força, sobretudo política, e ascende na esfera da sociedade, tornando-se mais uma integrante da faceta do poder econômico no meio social. A formalização do direito, conforme os ideais positivistas, é desencadeada por

³⁷⁰ MARTY, G. *Derecho Civil*. Teoria General de las Obligaciones. Volume I. Puebla/ME: José M. Cajica, 1952, págs. 27/29.

³⁷¹ *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 354.

³⁷² SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. Revista Forense. Ano 98. Volume 364. Novembro/dezembro/2002, págs. 91/92.

³⁷³ *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Civil. Ano 16. Nº 59. Janeiro/Março de 1992, pág. 20.

³⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: Um Diálogo Constitucional Contemporâneo*. Revista Forense. Ano 102. Volume 385. Maio/Junho de 2006, pág. 115.

obra do Código Civil Napoleônico, que passa a ser fonte unitária, exclusiva e completa da produção jurídica³⁷⁵.

Esses caracteres conduzem à insensibilidade para problemas de cunho social, dada à desconexão do direito à realidade fática que envolve a coletividade, devendo a legislação codicista cuidar de preservar os direitos individuais do homem, considerado em sua individualidade.

No Estado liberal, o Código Civil é considerado a “autobiografia” do indivíduo burguês, podendo, até mesmo, afirmar-se, nas palavras de Teresa de Negreiros, que não apenas o direito civil, mas todo o direito tem como ponto de partida o individualismo e o liberalismo³⁷⁶.

Contudo, Caio Mario da Silva Pereira pondera que “sendo inspirado no acordo das vontades, e sendo expressão do querer dos contratantes, não se poderia admitir que as vontades livres pudessem estipular uma avença que atentasse contra o princípio imanente de justiça. E, então, o jurista do século XIX afirmava, e o do começo do século XX repetia: ‘quem diz contratual diz justo’”³⁷⁷

De fato, não se pode desprezar, ainda na concepção liberal da Revolução Francesa, a incidência de alguns direitos fundamentais sobre o direito privado. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não se destinavam exclusivamente contra as arbitrariedades do Estado, mas também se dirigiam contra os privilégios corporativos, econômicos e sociais da nobreza e do clero, exigindo-se liberdade e, sobretudo, igualdade nas relações de direito privado³⁷⁸.

³⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Ibid.*, pág. 116.

³⁷⁶ *Op. cit.*, pág. 14.

³⁷⁷ *A nova tipologia contratual no Direito Civil brasileiro*. Revista Forense. Ano 79. Vol. 281. Jan/março de 1983, pág. 2.

³⁷⁸ ESTRADA, Alexei Julio. *Op. cit.*, pág. 31.

Essa declaração de direitos revelava-se como o programa de um novo ordenamento do direito privado e social igualitário, posteriormente complementado com o Código Civil francês de 1804, que veio a ser o principal instrumento de preservação da liberdade dos cidadãos em suas relações de coordenação e de garantia da autonomia da vontade. De um lado, existiam as liberdades públicas, assim reconhecidas como a relação existente entre o indivíduo e o Estado, regidas pelas declarações de direitos e pelas constituições, de outro lado, as liberdades privadas, que diziam respeito às relações entre os indivíduos, a cargo do Código Civil³⁷⁹.

O fenômeno do codicismo influenciou, naturalmente, os contornos jurídicos da teoria contratual, incorporando em sua base características e elementos próprios da filosofia liberal, inclusive princípios que nortearam a disciplina dos contratos no tráfico jurídico privado.

4.4. A concepção liberal do contrato

4.4.1. A noção do contrato

Como era de se esperar, o fenômeno da codificação, aliado à filosofia liberal e ao pensamento racionalista, repercutiram sobre o conteúdo e o alcance do conceito, dos elementos essenciais, das características e dos princípios do contrato liberal. Esses componentes relacionados à concepção clássica ainda hoje têm influência na própria delimitação do que se entende por contrato.

O homem, entendido como mero indivíduo, para viver em sociedade, necessitava trocar serviços e prestações pessoais ou patrimoniais e essa circulação de benefícios se

³⁷⁹ ESTRADA, Alexei Julio. Ibid., pág. 32.

perfazia através do contrato. A capacidade de o indivíduo de usar livremente os seus bens, para adquirir a propriedade, encerra a idéia do direito de dispor das coisas, inclusive em favor de terceiros. Nessa disposição em benefício de terceiros, depositam-se esperanças e propósitos, cuja revogação do que se promete representa uma ofensa ao direito contratual. Daí a essência do fundamento jurídico do contrato: a liberdade de dispor e a obrigação de não revogar a disposição feita³⁸⁰.

Além disso, a noção de contrato, sob os influxos do liberalismo e sob as linhas demarcatórias do Código de Napoleão, representa historicamente um importante passo na libertação do homem. Havia grande massa de trabalhadores, que se achavam vinculados à terra e ao modelo de produção econômica feudal. A necessidade de formação da produção capitalista ensejou a libertação dos homens desses vínculos, invocando a essencial liberdade humana e o seu caráter natural, eterno e, portanto, pré-jurídico. A doutrina jusnaturalista de proclamação de direitos ínsitos à condição humana liberta o homem da ideologia hierarquizadora e vinculadora feudal e, mais particularmente, da situação de submissão em que se encontrava³⁸¹.

A concepção moderna do contrato, fundada no Estado liberal, compreende todo acordo de vontades por meio do qual os interessados se obrigam. O contrato converte-se, assim, em figura central de todos os quadrantes do direito, não apenas do direito civil. Luis Díez-Picazo chega, inclusive, a ponto de asseverar que o direito é o reino do contrato e onde acaba o contrato começa o reino da arbitrariedade e da força. Qualquer limitação à liberdade de contratar era interpretada como um atentado à liberdade da pessoa³⁸².

³⁸⁰ COGLIOLO, Pietro. Op. cit., pág. 199.

³⁸¹ PRATA, Ana. Op. cit., págs. 79/80

³⁸² Op. cit., pág. 137.

Essa ótica contratual, ainda, estaria estruturada sobre pressupostos ideológicos e sociológicos. Um deles, lastreada no pensamento de Adam Smith, aponta Díez-Picazo consistiria em que as leis de mercado e o egoísmo individual seriam os melhores motores da felicidade e da prosperidade das nações. Outra idéia era a de que o contrato é o melhor meio de alcançar os interesses privados, pois resultava da vontade comum dos contratantes. E, por fim, ainda se deve levar em consideração a premissa de que o contrato é o instrumento mais idôneo para o progresso econômico do mercado de capitais e do trabalho³⁸³.

O contrato, pois, no meio social, é o mais interessante mecanismo de viabilização da circulação de riqueza e de bens e, por conseguinte, de realização dos interesses privados e econômicos, devido à excelência de servir como instrumento de satisfação individual do interesse buscado e de possibilitar a escolha privada da melhor maneira de operacionalizá-la, mesmo que para compatibilizar interesses individuais antagônicos. Aliás, o contrato representava o ponto de equilíbrio de interesses contraditórios, não podendo - nem devendo - o Estado intrometer-se para não correr o risco de falsear todo o sistema³⁸⁴.

Entretanto, não era apenas como ponto de equilíbrio de interesses contrapostos que se agigantava o papel do contrato no Estado liberal. Mesmo quando houvesse interesses convergentes entre as partes poder-se-ia cogitar da figura do contrato. Luiz da Cunha Gonçalves, após delinear as duas correntes doutrinárias que pretendiam definir o elemento distintivo do contrato (interesses antagônicos ou interesses convergentes), sustenta que a “palavra ‘contrato’ (do latim *contractum* do verbo *contradicor*) é suficientemente maleável e compreensiva para se adaptar a todas as situações e abranger toda a espécie de acordos e convenções tendentes a criar obrigações jurídicas, ainda que sejam mais ou menos forçadas,

³⁸³ Ibid., Ibidem.

³⁸⁴ PRATA, Ana. Op. cit., págs. 29/30.

como são todos os contratos de direito público, havendo muitos de direito privado em idênticas condições”³⁸⁵.

Esses qualificativos da visão liberal favorecem o surgimento de determinadas características e princípios da teoria contratual, ainda hoje de grande destaque na disciplina dos contratos.

4.4.2. Características do contrato no Estado liberal

No período do Estado liberal, o mercado e as forças que o ditam são basicamente vistos como únicos fatores econômicos que se admitem para realizar escolhas racionais e decisões voluntárias por parte de sujeitos autônomos. A racionalidade e a voluntariedade, ao interagir no processo de negociações e trocas, é que promoveriam o ajuste entre a procura e a oferta.

A teoria contratual liberal caracteriza-se pela proliferação dos contratos descontínuos ou pontuais, que assim são denominados porque diferenciam e isolam a transação contratada de todas as demais a ela anteriores, contemporâneas e subseqüentes. Cada ato negocial é concebido como um ato específico, independente, pontual e estanque, que se realiza instantaneamente com base no acordo de vontades contraído no exato momento da aceitação da oferta e que reúne em si todos seus elementos constitutivos essenciais de um contrato³⁸⁶.

Firmados com base nos princípios da livre autonomia da vontade das partes e do mútuo consentimento, os contratos, de natureza impessoal, cingiam-se a definir a negociação em termos de mera troca de mercadorias ou serviços, mediante a descrição apenas das especificidades do bem, do preço, da quantidade, da qualidade, do prazo e do local de entrega.

³⁸⁵ *Tratado de Direito Civil*. 1ª Edição. Volume IV. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958, págs. 274/275.

³⁸⁶ FARIA, José Eduardo. Op. cit., pág. 201.

Qualquer imprecisão ou indeterminação das cláusulas contratuais comprometia sensivelmente certeza e a previsibilidade que se exigia do contrato, o que rendia ensejo à sua própria nulidade³⁸⁷.

Também por motivos de segurança jurídica e calculabilidade, eventuais alterações no curso da execução do contrato era concebida como um novo contrato, reclamando-se, de igual forma, nova manifestação de acordo de vontades das partes. A individualidade, a calculabilidade e a livre autonomia da vontade praticamente retira desses contratos qualquer sentimento de “solidariedade” e “cooperação” ou, mesmo, de preocupação com a parte economicamente mais vulnerável, débil ou hipossuficiente³⁸⁸.

Essa concepção contratual, em virtude da qualidade abstrata do sujeito abstrato, não leva em consideração a qualidade das partes contratantes ou a condição referente à classe, ao status, ao grupo, à família ou à situação social das partes. Também não se dá nenhuma importância ou relevância substantiva à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual, devendo o contrato ser mantido a qualquer custo, inclusive social, à luz do princípio do *pacta sunt servanda*³⁸⁹.

³⁸⁷ FARIA, José Eduardo. Op. cit., pág. 201.

³⁸⁸ FARIA, José Eduardo. Ibid., pág. 203. Ronaldo Porto Macedo Junior, na mesma linha de idéia, também escreve que “No direito contratual do *Civil Law* o predomínio do positivismo jurídico e, no plano metodológico, a Escola da Exegese, conferiram à vontade contratada um estatuto soberano. No direito contratual clássico americano, os princípios jurídicos mais importantes ganharam uma enunciação formalista que garantia a segurança e previsibilidade nas relações contratuais. Em primeiro lugar, com relação aos *termos contratuais deixados em aberto*, ou apenas *termos abertos*, potencialmente geradores de incerteza e imprevisibilidade, entendeu-se que a falta de determinação de um termo ou cláusula contratual levaria à nulidade do contrato por indeterminação (*void for indefiniteness*). Tal princípio foi cristalizado no Restatement First secção 32. Assim, quase que por definição, não haveria contrato válido ambíguo ou incerto, visto que a indeterminação importaria na nulidade de todo o contrato. [...] Ao mesmo tempo em que se procurava banir a indeterminação e incerteza nas cláusulas contratuais, criava-se uma série limitação ao poder das partes de introduzirem modificações contratuais no curso da performance contratual. A modificação passa a ser vista como um novo contrato e requer contraprestação contratual, isto é, *consideration* ou nova *causa*. Desta forma, impõe-se através de um mecanismo jurídico formal a supramencionada característica da autonomia e descontinuidade. O contrato não é visto como um processo, mas antes como uma mônada não vinculada às modificações e acertos anteriores ou subseqüentes” (*Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, págs. 92/93).

³⁸⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ibid., págs. 89/90.

Em outras palavras, a circunstância de o bem objeto do contrato ser essencial ou relevante à existência humana não tinha qualquer repercussão no tratamento contratual dispensado. Aliás, como o Código Civil centralizava em um único corpo legislativo todo o sistema normativo e, sobretudo, aplicativo, do direito privado, o fato de determinados bens ou direitos estarem assentados na Constituição, ou mesmo sendo considerados fundamentais à condição humana, ainda mais porque eram oponíveis apenas contra o Estado, não acarretavam qualquer reflexo no tratamento contratual, a não ser em casos excepcionais de ameaça de perda definitiva.

Nesse cenário, poder-se-ia inferir que o principal elemento essencial do contrato, na concepção liberal, consistia na manifestação de vontade individual de cada uma das partes.

Para Cláudia Lima Marques, os elementos básicos que simbolizam a concepção tradicional do contrato, com reflexos até os nossos dias são: (a) a vontade (b) do indivíduo (c) livre, capaz de definir e criar direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Esses requisitos implicam a construção da doutrina da autonomia da vontade e do dogma da liberdade contratual. Para esta visão individualista, a vontade dos contratantes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a *gênesis*, como também a *legitimação* do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório³⁹⁰.

De fato, como denuncia Lourenço Trigo de Loureiro, mesmo na época clássica, além da imprescindibilidade do livre e expresso consentimento de ambas as partes, era considerado nulo o contrato ou o pacto que pudesse resultar na perda da vida, saúde, honra ou liberdade³⁹¹. E este aspecto se mostra relevante, pois se observa que, desde a concepção tradicional e liberal do contrato, alguns bens essenciais à condição e ao sentimento existencial do homem

³⁹⁰ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 41/42.

³⁹¹ *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Vol. II. História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado, 2004, pág. 218.

não poderiam ser vulnerados pelo acordo de vontades, sob pena de perder, em definitivo, a sua própria razão de ser, que é a proteção do indivíduo.

Vê-se, então, que somente, em casos excepcionais de perda de bens essenciais à existência humana, é que a teoria contratual liberal se empenhava em decretar a nulidade do contrato. Fora isso, dever-se-ia preservar a vontade estabelecida no momento da celebração da avença.

A vontade, na concepção liberal, passa a ser a essência do contrato, e este, a essência do direito objetivo como um todo e do próprio Estado. O século XVIII, caracterizado pelo século das luzes, do indivíduo e do contrato, resulta na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia da vontade, até hoje orientam várias correntes, inclusive no Brasil, significativas do pensamento civilístico³⁹².

4.4.3. Princípios da concepção liberal dos contratos

4.4.3.1. Princípio da autonomia da vontade

Sendo a vontade individual um dos elementos essenciais à configuração do contrato no Estado liberal, sobretudo numa sociedade baseada na propriedade, a consequência mais imediata seria reconhecer que a criação de obrigações e a produção de efeitos só poderiam estar assentadas no dogma da autonomia da vontade³⁹³. O contrato, nesta esteira, confundiu-se

³⁹² NEGREIROS, Teresa. Op. cit., pág. 25.

³⁹³ Francisco Amaral advoga que “o dogma da vontade nasce também do direito de propriedade. Na Idade Média, a fonte principal da riqueza e produção era a terra, e o direito principal, a propriedade. A evolução política e econômica tornou, porém, distintas, a propriedade da terra da dos demais bens de produção, base do comércio e a indústria, e de que eram titulares os construtores da economia capitalista, os burgueses, interessados no desenvolvimento do intercâmbio comercial. Esse processo levou à juridicização das relações de troca, isto é, a um sistema jurídico que permitisse a livre circulação dos bens e dos sujeitos, na dinâmica do próprio sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e

com a própria liberdade, sendo o instrumento por excelência da autonomia da vontade, que não desenvolviam sem o direito de propriedade privada. Daí a conclusão de que liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãos siamesas³⁹⁴.

Nessa fase histórica, não se pode falar propriamente em autonomia privada, mas tão-somente em autonomia da vontade, já que ainda não se tinha sedimentado a concepção de que a autonomia representava o poder de autodeterminação de efeitos negociais.

O princípio da autonomia da vontade parte da idéia básica de que a autodeterminação na definição dos rumos da própria vida econômica decorre da vontade. Assim, a autonomia seria derivada da vontade das partes contratantes, o que a qualificaria como autonomia da vontade. A manifestação volitiva desfrutava uma dimensão subjetiva e psicológica em que era avaliada, no íntimo, a verdadeira intenção do contraente e, se não houvesse correspondência entre essa intenção e a declaração da vontade, prevaleceria aquela em detrimento desta, podendo até mesmo se reconhecer a nulidade do ato negocial.

Para Immanuel Kant, a autonomia da vontade é “a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”³⁹⁵.

A legislação codicista, normalmente, já previa que a vontade das partes era componente necessário para a perfectibilização do referido suporte. A vontade servia como

que é, precisamente, o poder da vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de atuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos de liberdade de iniciativa econômica. A autonomia da vontade traduz no poder de disposição diretamente ligado ao direito e propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio da troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico” (*A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectiva estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 46. Outubro/dezembro de 1988, pág. 16).

³⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Ano 84. Volume 722. Dezembro de 1995, pág. 40.

³⁹⁵ Op. cit., págs. 70/71.

elemento essencial e constitutivo do contrato, sem a qual nem sequer se cogitava de avença³⁹⁶. Um exemplo claro disso era o art. 85 do Código Civil brasileiro de 1916, ao preconizar que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Cláudia Lima Marques é mais enfática ao afirmar que a autonomia da vontade reconhece que o contrato tem como única fonte a vontade das partes. A vontade humana seria, então, o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual, e não a lei. O papel da lei estaria reservado unicamente em pôr à disposição das partes instrumentos que garantam o cumprimento das promessas veiculadas pela declaração da vontade³⁹⁷.

Com isso, fica evidente a superioridade da vontade sobre a lei. A doutrina da autonomia da vontade acha-se intimamente ligada à idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas, devendo o direito assegurar que essa vontade criadora do contrato seja isenta de máculas ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios de consentimento. A autonomia da vontade seria limitada apenas pelas regras imperativas que a lei formula, mas que são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade³⁹⁸.

4.4.3.2. Princípio da relatividade dos efeitos

³⁹⁶ ZINN, Rafael Wainstein. Op. cit., pág. 114. Mas, ainda hoje, como destaca o autor, há reflexos da concepção clássica do contrato na legislação civil codicista, quando constata que “O reflexo da visão clássica da autonomia da vontade na interpretação e na execução dos contratos encontrava guarida expressa no Código Civil de 1916, no art. 85, o qual dispunha que ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem’. O novo Código Civil manteve esta percepção sobre a autonomia da vontade, precisamente no artigo 112” (Ibid., pág. 117).

³⁹⁷ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 48/50.

³⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Ibid., Ibidem.

Pelo princípio da relatividade dos efeitos, o contrato apenas tinha eficácia e instituía obrigações exclusivamente para as partes contratantes, não projetando qualquer efeito a terceiros que não integrassem a relação negocial. Parece lógico que, ante à concepção de liberdade do homem, somente a sua própria vontade individual poderia vinculá-lo a determinadas conseqüências advindas do contrato, ainda mais em uma época que equiparava essa convenção à lei. Ao lado disso, também se pode afirmar que a autonomia da vontade e, em outras palavras, a possibilidade de se autodeterminar por meio da vontade só poderia atingir quem a expressou. Seria inimaginável pensar que, em uma relação jurídica fundada essencialmente na vontade, o contrato celebrado pelos contratantes pudesse vincular terceiros que nem sequer a manifestaram.

Apenas excepcionalmente, como bem afirma Roberto Senise Lisboa, o contrato geraria efeitos sobre os interesses de terceiro, mas tão-somente em seu benefício (negócio jurídico em favor de terceiro). O princípio da relatividade veda a oponibilidade externa em face do contrato celebrado, por parte de terceiro, exceção feita à hipótese da existência de prejuízo a outrem. As partes, por integrarem a relação contratual, podem exercer, por seu turno, a oponibilidade interna em face dos atos de terceiro, para preservação do contrato e conseqüente defesa de seus respectivos interesses³⁹⁹.

4.4.3.3. Princípio da boa-fé

Na fase liberal, o princípio da boa-fé, a rigor, refletia exatamente o estado de consciência interno e íntimo da manifestação da vontade, daí se levando em consideração o sentimento subjetivo, a intenção e o estado psicológico. No entanto, no ambiente contratual,

³⁹⁹ *Princípios Gerais dos Contratos*. Revista dos Tribunais. Ano 86. Volume 745. Novembro de 1997, pág. 34.

não prevalecia a dimensão subjetiva da boa-fé, mas sim a ótica objetiva, que impunha verdadeira regra de comportamento às partes contratantes, lastreada na lealdade, honestidade e cooperação.

A boa-fé subjetiva pressupunha que o contratante não sabia ou desconhecia sinceramente que estava causando uma lesão ao outro contratante. Na face oposta à boa-fé encontrava-se a má-fé, entendida como a intenção de ferir direito de outrem.

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé subjetiva, neste olhar da concepção liberal, apresentava a idéia naturalista da boa-fé, compreendida como estado psicológico, estado de consciência que se caracteriza pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, com forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório e nas formas de aquisição da propriedade, como, por exemplo, o usucapião⁴⁰⁰. A boa-fé subjetiva, consoante Teresa Negreiros, apresenta-se como uma situação ou fato psicológico, cuja “caracterização dá-se através das intenções da pessoa cujo comportamento queira qualificar”⁴⁰¹.

Com efeito, basta atentar, no tocante ao direito possessório, para o disposto no art. 490⁴⁰² do Código Civil de 1916, que reconhecia que somente haveria boa-fé na posse, se o possuidor ignorasse o vício ou o obstáculo presente na coisa ou no direito. Ainda no campo da posse, a boa-fé ostenta significativa relevância quanto aos efeitos possessórios, como se pode depreende dos arts. 510 a 517 do CC/1916. Sem falar, no caso da tutela dominial, nos arts. 546 a 551, que tratam das construções e plantações e dos usucapiões extraordinário e ordinário. Neste ponto em particular, se ignorasse a existência de qualquer óbice, o possuidor

⁴⁰⁰ *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 612.

⁴⁰¹ Op. cit., pág. 120.

⁴⁰² Art. 490 do CC/1916: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”.

poderia adquirir a titularidade dominial de imóvel no prazo de 10 (dez) anos entre presentes, ou de 15 (quinze), entre ausentes.

Antônio Junqueira de Azevedo conta que, no Código Civil de 1916, não havia regra genérica que se referisse expressamente à boa-fé na formação ou execução dos contratos e que esta omissão se devia à mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança do tráfico jurídico-privado do que com a justiça material. É por este motivo que, mesmo sob o pálio do Código Civil de 1916, a boa-fé atinente aos contratos de seguro e sociedade tinham natureza objetiva⁴⁰³.

Realmente, como proclama António Menezes de Cordeiro, no art. 1.134.3⁴⁰⁴ do Código Civil francês de 1804, a referência à boa-fé objetiva nele existente tinha a única finalidade de reforçar o conteúdo vinculativo ou obrigatório dos contratos⁴⁰⁵. A boa-fé objetiva, no ambiente contratual, a bem da verdade, almejava consolidar o princípio da força obrigatória dos contratos.

Edílson Pereira Nobre Júnior vai mais além. Diz que a boa-fé prevista no Código Civil francês deparou-se com cenário hostil frente ao pensamento liberal que predominava no século XIX, ainda mais porque preponderava o positivismo exegético, que hostilizava um modelo de conduta baseado em cláusulas gerais. Entretanto, esclarece Edílson Nobre que esse desprestígio perdurou até o terceiro quartel do século XX, quando, por empenho da doutrina e

⁴⁰³ *A Boa-Fé na Formação dos Contratos*. Revista da Faculdade de Direito da USP. Vol. 87. São Paulo: USP, 1992, pág. 81.

⁴⁰⁴ O art. 1.134, alínea 3, do Código Civil francês, tem a seguinte redação, no original francês: “*Elles doivent être exécutées de bonne foi*”. Em português, expressa que “Eles [os contratos] devem ser executados de boa-fé” (tradução livre do autor).

⁴⁰⁵ *Novas Tendências da Boa-Fé*. Revista Paraná Judiciário. Anais do Seminário Luso-brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. Vol. 52. Set/dez. 1998, pág. 24.

da jurisprudência, foi-lhe dado uma interpretação mais elástica, para compreendê-lo como vetor de interpretação e diretriz tendente à apreciação do comportamento das partes⁴⁰⁶.

4.4.3.4. Princípio da força obrigatória dos contratos

Dentre as principais notas características da visão liberal do contrato, certamente uma de suas mais destacadas repousa na idéia de que os contratos devem ser obrigatoriamente cumpridos, em respeito à promessa da palavra dada ou da manifestação da vontade, que foi levada a efeito na formação do pacto. A declaração de vontade emitida no momento inicial da celebração do contrato não poderia ser simplesmente desconsiderada e levar a outra parte, que confiou na produção dos efeitos dele decorrentes, à frustração.

A obrigatoriedade, sintetizada no brocardo *pacta sunt servanda*, impõe a observância de todos os termos do contrato, conforme originariamente formado, que se tornou delimitado para os contraentes a partir do momento em que, dotados de vontade autônoma, vieram a, consensualmente, firmá-lo. A obrigatoriedade assegura estabilidade à relação contratual, tendo os contraentes, a partir da formação do vínculo, a segurança de que os termos da avença serão respeitados reciprocamente, sob pena de resolução do negócio jurídico⁴⁰⁷. A força vinculante impede que o acordo de vontades seja desfeito, a não ser na hipótese de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem)⁴⁰⁸.

A motivação ética da obrigatoriedade dos contratos, consoante o pensar de Luis Díez-Picazo, decorre da boa-fé, que exige não fraudar a confiança que se deposita no outro

⁴⁰⁶ *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, pág. 83/84.

⁴⁰⁷ LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., pág. 33.

⁴⁰⁸ LISBOA, Roberto Senise. Ibid., págs. 48/50.

criada pela própria promessa ou oriunda da conduta praticada, e consiste em uma espécie de norma ética de veracidade em nossas comunicações com o próximo e que se exterioriza como o dever de atender a palavra dada⁴⁰⁹. E, à vista da autonomia da vontade, a obrigatoriedade do contrato encontra o fundamento na idéia mesma de pessoa. Isso porque, se a pessoa é um ser dotado de dignidade, derivada da natureza racional, o ordenamento jurídico não pode deixar de reconhecer que dispõe de autonomia para regular as suas próprias situações jurídicas e, através delas, dar causa aos fins, interesses e aspirações que almeja⁴¹⁰.

Luis da Cunha Gonçalves, por sua vez, entende que a força obrigatória dos contratos corresponde à absoluta necessidade da confiança recíproca e da boa-fé entre os homens, sem os quais haveria anarquia e desordem social, campearia a má-fé, a vileza e a traição, inviabilizando a celebração de negócios e o fluxo do comércio nacional e internacional⁴¹¹.

Já Roberto de Ruggiero considera muito genérico dizer que o fundamento da obrigatoriedade do contrato corresponde a uma exigência da vida social, uma vez que isso também justificaria todas as normas de direito, não explicando, portanto, a especificidade da obrigação contratual. Por isso, reconhece como verdadeiro e supremo fundamento da obrigatoriedade do contrato a unidade da vontade contratual. No momento da celebração do contrato, as vontades de cada um dos contratantes se unem formando uma nova vontade unitária (a vontade contratual), não podendo as partes fugir dela, na medida em que o seu conteúdo se subtrai à livre disponibilidade individual⁴¹².

Não resta dúvida, pois, de que a intangibilidade do contrato advém do realce conferido pelo Estado liberal à vontade e, por via de consequência, ao princípio da autonomia

⁴⁰⁹ Op. cit., pág. 141.

⁴¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. Ibid., pág. 142.

⁴¹¹ Op. cit., pág. 280.

⁴¹² *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Tradução da 6ª edição italiana Ari dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973, págs. 190/192.

da vontade, que se desdobram na liberdade de contratar e na liberdade contratual, segundo os quais o sujeitos da relação privada são livres para contratar como quer, quando quer e com quem quiser, contanto que se observe a norma imperativa e não falseie a ordem pública ou os bons costumes⁴¹³.

4.5. O Código Civil de 1916 e as relações contratuais

No Brasil, as idéias liberais e a concepção moderna do contrato alcançaram a verdadeira consolidação com a edição do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Bevilacqua. O Código Civil de 1916, gestado durante longos 17 (dezesete) anos, foi a grande síntese do movimento de manutenção do poder pela elite brasileira⁴¹⁴.

⁴¹³ TABOADA, Lizardo. *La Teoria General del Contrato frente a la del Negocio Jurídico*. Revista de Direito Civil. Ano 18. Nº 70. Outubro-dezembro de 1994, pág. 42.

⁴¹⁴ Orlando Gomes sintetiza os bastidores históricos da época da elaboração e da entrada em vigor do Código Civil de 1916 nos seguintes termos: “Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia; a população em geral era pobre, na sua maioria, mas eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não eram operários rurais ou fabris. (...) A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais. A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreava em consequência da urbanização prematura de alguns pontos do país. Para a organização social do país, a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no Direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava” (*Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, págs. 24/25).

O Código Civil brasileiro de 1916⁴¹⁵, quando em vigor, apresentava essas características ínsitas ao modelo liberal ou clássico da doutrina contratual, já que, para que o contrato fosse válido e produzisse efeitos na relação, bastava a presença, como se extrai do disposto no art. 145, da manifestação da vontade das partes, do objeto lícito ou possível, do agente capaz, da observância da forma e da solenidade essencial prescrita em lei - praticamente reproduzido pelo Código Civil de 2002, no art. 166.

O Estatuto de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o primeiro Código brasileiro. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo, cuidando o direito privado de regular a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, que almejavam poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916⁴¹⁶.

Esse papel do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o Estatuto de 1916, fruto de uma época em que um dos valores mais importantes da sociedade era a segurança, que se traduzia, mais propriamente, na estabilidade das regras jurídicas dos negócios. Eventuais riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Hoje não mais em vigor, em face do advento do Novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002).

⁴¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 2.

⁴¹⁷ *Ibid.*, pág. 3.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior sintetiza que, dentre as principais características, o Código elaborado por Clóvis Beviláqua ostentava nítida feição individualista, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo e submetê-lo às intenções das partes. Além disso, no Código, quase não existem cláusulas gerais, o que dificulta a judicialização dos contratos. E, por fim, ainda destaca que o Código de 1916 foi confeccionado em uma época de estabilidade econômica, com relações civis centradas na propriedade imobiliária⁴¹⁸.

Porém, esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil brasileiro de 1916, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20 do século XX. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiriam profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia⁴¹⁹.

O Código Civil de 1916 foi elaborado pela classe média com a preocupação de dar ao Brasil um sistema de normas de Direito privado que refletisse às aspirações de uma sociedade sintonizada com os interesses do regime capitalista de produção. Entretanto, essa doutrina inspiradora da burguesia mercantil encontrou obstáculos na estrutura agrária do país e na falta estímulos de uma organização industrial que desse impulso ao liberalismo, tal como ocorreu na Europa continental. A classe burguesa liberal e progressista, que tentava se fortalecer, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora se mostrassem

⁴¹⁸ *As Obrigações e os Contratos*. Revista do CEJ/Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. N. 1. Brasília: CJF, 1997, pág. 32.

⁴¹⁹ Op. cit., pág. 4.

imediatamente coincidentes, não tolerava certas ousadias. E, como não poderia deixar de ser, esse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante influenciou a construção de vários institutos na fase de elaboração do Código Civil⁴²⁰.

O art. 85 do Estatuto Civil de 1916⁴²¹ nada mais fez do que desenhar em linhas escritas a concepção liberal do contrato, ao dispor que, nas manifestações de vontade, a interpretação deve dá preponderância mais à intenção (elemento subjetivo) do que o sentido literal da linguagem utilizada das cláusulas negociais.

Consoante Paulo Luiz Neto Lôbo, o art. 85 do Código de 1916 reflete o ambiente político-social de uma época de ascensão do liberalismo jurídico, da visão do Estado mínimo e da liberdade contratual quase absoluta, o que o tornava refratário a qualquer intervenção legislativa ou jurisdicional⁴²².

No entanto, por vários motivos que serão explorados no próximo capítulo, a concepção estritamente liberal dos contratos de teor excessivamente individualista entra em crise, provocando nítido descompasso entre os ditames estabelecidos no Código Civil de 1916 e as novas necessidades de uma sociedade, que, além de se encontrar mergulhada num

⁴²⁰ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pág. 30/31. Aliás, Orlando Gomes alerta, porém, que dois fatos, em relação ao momento histórico vivido na época da confecção e da entrada em vigor do Código Civil de 1916, “devem ser destacados para melhor compreensão de certos fenômenos superestruturais, notadamente o jurídico. O primeiro é a contradição ideológica entre os setores predominantes da camada superior. Enquanto a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal, a burguesia agrária temia as conseqüências da aplicação, ao pé da letra, dos princípios dessa filosofia política, consciente, como classe, de que a democratização de fundo liberal se faria ao preço do seu sacrifício. Essa contradição não provocou o antagonismo entre os dois setores, não só porque seus interesses econômicos imediatos coincidam, mas também porque a superestrutura política era, em verdade, de fachada. O regime representativo, por sua desfiguração através do coronelismo, permitia ao proprietário da terra resguardar-se de investidas contra seus interesses fundamentais. Por outro lado, o sistema de franquias liberais aproveitava, tão-somente, a reduzido número, sendo estranho à grande maioria da população miserável e inculta. E, desse modo, sem grandes abalos, arrastava-se o país pelos corredores da História” (Ibid., pág. 29).

⁴²¹ A redação desse dispositivo legal foi reproduzida no atual Código Civil de 2002 (art. 112), o que demonstra que, mesmo na concepção contemporânea do contrato, ainda se mantém alguns resquícios da teoria tradicional.

⁴²² *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 127.

modelo econômico de consumo de massa, cada vez mais se apresenta desigual do ponto de vista social e econômico.

5. CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

5.1. A crise na teoria liberal dos contratos e o dirigismo contratual

Inegavelmente, o Estado liberal propiciou inúmeros benefícios à sociedade, devido ao grande impulso dado ao progresso econômico nunca antes vivenciado, o que semeou o terreno para a revolução industrial. Nessa concepção econômica, o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana, além de ter surgido a idéia da supremacia da lei. Nada obstante essas vantagens, o mesmo Estado liberal, de outro vértice, criou as condições para sua própria superação⁴²³.

⁴²³ José Carlos Vieira de Andrade adverte que “A superação do liberalismo não foi, contudo, apenas uma obra política. Foi a própria sociedade liberal que ruiu, substituída por uma nova ordem a que se convencionou chamar ‘sociedade técnica de massas’. A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras, amontoaram-se nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam—lhes os horizontes de um bem-estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermédias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as idéias e os produtos prontos a consumir – os homens dissolvem-se na sociedade e nela encontram o seu destino. O indivíduo torna-se um ser dependente, uma espécie-tipo do gênero humano. A sociedade, por seu lado, fragmenta-se em grupos. Revelam-se as diferenças mal escondidas e, com a divisão do trabalho, das actividades e das profissões, os interesses multiplicam-se ainda mais entre si, uns contra os outros, procurando a melhor posição num mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo. A construção da harmonia liberal é destruída pela erupção de uma luta entre preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes. O Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças. Não foi apenas uma intervenção de necessidade, que durasse apenas enquanto as guerras mundiais desarticularam a sociedade privada e mobilizaram os recursos para uma administração marcial. Terminadas as guerras, verifica-se que a sociedade mudou: a paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração na caminhada para um Bem-Estar susceptível de medida (‘a matter of social engineering’), com base nos critérios de determinação do futuro que os conhecimentos técnicos vão pondo à disposição das vontades colectivas. Exigem-se do Estado medidas de planeamento económico e social, uma intervenção directa e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social. A liberdade individual e a concorrência económica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar a própria segurança burguesa. A desagregação das estruturas sociais tradicionais, um certo laicismo anticlerical e a deslocação das pessoas dos meios rurais para as cidades tornaram insuficientes os sistemas antigos (familiares, religiosos, mutualistas, ainda que submetidos a uma fiscalização pública) de resolução dos problemas da doença, da velhice e da pobreza” (Op. cit., págs. 57/58).

A exacerbação da valorização do indivíduo e a conseqüente perda do sentimento coletivo do homem renderam margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Aliado a isso, a doutrina da mínima intervenção do Estado nas relações privadas não o autorizava a proteger os menos afortunados, acarretando uma crescente injustiça social. Ao conceder a todos o direito de ser livre, não se assegurou a ninguém o poder de ser livre⁴²⁴.

A liberdade individual tão festejada nos movimentos revolucionários, tal como se verificou especialmente na Revolução Gloriosa Inglesa de 1688 e na Revolução Francesa de 1789, não garantiu a perseguida felicidade do homem, sobretudo no meio contratual, mas antes acirrou a desigualdade fática entre os contratantes, colocando o mais fraco (cidadão comum) numa situação de subserviência e submissão ao mais forte (detentor do capital).

No âmbito dos contratos, como informa João Baptista Villela, o livre acordo de vontades era mais aparente do que real, na medida em que vigorava a desigualdade econômica, e especialmente em áreas onde havia necessidade, dificilmente se poderia falar de liberdade contratual. Daí se mostrou imprescindível a criação de um sistema de vedações e exigências legais, com a finalidade de impedir a espoliação do fraco pelo forte e, em última análise, assegurar a prevalência dos interesses do bem comum sobre os interesses meramente individuais⁴²⁵.

Na esteira do pensamento de Paulo Luiz Neto Lôbo, o Estado social percorreu o caminho inverso daquele que fora trilhado pelo Estado liberal, inclinando o pêndulo do interesse individual para o interesse social e o da vontade individual para o da vontade presumível do grupo ou da coletividade. No Estado social, a importância do componente

⁴²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 235.

⁴²⁵ *Por uma nova Teoria dos Contratos*. Revista Forense. Ano 74. Volume 261. Janeiro/março de 1978, pág. 29.

social exterioriza-se justamente através do intervencionismo estatal, pressionado por força da evolução histórica e pelas sociedades de massas⁴²⁶.

Diante desse quadro de desequilíbrio real, o Estado passou a ser instado a intervir nas relações privadas, no intuito de neutralizar as diferenças e restaurar o equilíbrio, mas somente por meio da lei. Curiosamente, a mesma lei que tinha, na época liberal, sido o principal instrumento de libertação do homem do Estado absolutista, criticado por ser abusivo e arbitrário, passou a restringir a liberdade individual em nome do interesse coletivo. No liberalismo, era comum se evocar a idéia de que “a lei liberta”. Mas, com as injustiças sociais decorrentes do ultra-individualismo, admitiu-se que a “lei restringe”. Essa forma de intervencionismo estatal, mediante a lei, na seara dos contratos foi denominada de dirigismo contratual.

Para Caio Mário da Silva Pereira, sob as luzes do dirigismo contratual, houve um deslocamento de foco na vida contratual. Com base nos princípios da ordem pública, o Estado, por meio da lei, passou a ter a missão de restabelecer o equilíbrio econômico das partes contratantes, rompido pelo crescimento do poder empresarial, mesmo que o fosse em detrimento da liberdade e da autonomia da vontade⁴²⁷.

O princípio da ordem pública, por sua vez, pode apresentar vários matizes e desdobramentos doutrinários, a depender da teoria sufragada. Diego Espín Cánovas ensina que, para a concepção positivista, a ordem pública correspondia às leis imperativas que estruturavam o Estado e a sociedade. E, para a teoria extrapositivista, ordem pública consistia

⁴²⁶ *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 85.

⁴²⁷ *A Nova Tipologia Contratual no Direito Civil Brasileiro*, pág. 3.

em princípio limitador da autonomia da vontade, operacionalizado pelo juiz no exame do caso concreto⁴²⁸.

O mesmo ocorre no tocante aos bons costumes. Diego Espin Cánovas expõe, pelo menos, três teorias que procuram conceituar a cláusula dos bons costumes. A primeira delas, de cunho positivista, também se baseia na lei e que, no caso dos contratos, representava os princípios da boa-fé e da liberdade. A segunda doutrina, chamada de sociológica, preconiza que o conceito de bons costumes, como limites à autonomia privada, deve ser extraído da própria observação dos fatos sociais e da consciência coletiva. E a última escola, considerada normativista, aproxima os bons costumes à moral social⁴²⁹.

Assim, enquanto a ordem pública diz respeito aos interesses gerais do Estado e da sociedade, os bons costumes podem ser traduzidos na moral difundida no tecido social⁴³⁰.

Karl Larenz, inclusive, chega a sustentar a existência de uma “moral predominante” nos mais amplos setores da sociedade a respeito do que se entende por decoroso, leal, lícito ou ilícito, não apenas na vida sexual e nas relações familiares, mas também na vida dos negócios entre comerciantes e seus clientes, inquilinos e locatários, patrões e empregados e, em geral, entre contratantes honestos⁴³¹.

E complementa, ainda, Larenz que a “moral predominante” desfruta de íntima conexão com os princípios ético-jurídicos imanentes da Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949), tais como os postulados da dignidade da pessoa humana (art. 1º, ap. 1), do livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º), da proibição de discriminações

⁴²⁸ *Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Limites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa*. Anuario de Derecho Civil. Nº 3. Vol. 16. Madrid: Ministerio da Justicia, 1963, págs. 786 e 790.

⁴²⁹ *Ibid.*, págs. 791/793 e 797.

⁴³⁰ CÁNOVAS, Diego Espin. *Ibid.*, pág. 800.

⁴³¹ *Derecho Civil*. Parte General. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pág. 596.

(art. 3º, ap. 3), da liberdade de crença e de consciência (art. 4º), da liberdade de opinião (art. 5º), da proteção do matrimônio e da família (art. 6º) e da liberdade de associação (art. 9º)⁴³².

Já se começa a perceber que a ordem pública e os bons costumes desfrutam de íntima conexão com os princípios basilares que estruturam a ordem constitucional.

A lei, no início do Estado social, ditava, em determinadas áreas essenciais da vida societária, os contornos e as exigências que o contrato tinha que atender, para gozar de validade e eficácia. Não necessariamente a lei apontava os efeitos a serem produzidos ou mesmo criava a obrigação contratual, pois esses elementos ainda permaneciam sob império do acordo de vontades. Contudo, a liberdade antes irrestrita à formação da vontade contratual começou a sofrer, em novo momento histórico da humanidade⁴³³, limitações a bem do interesse público. A vontade continuava ainda a ser fonte da obrigação jurídica, porém com a possibilidade de ser restringida pelos interesses da coletividade.

As idéias solidaristas e socialistas do século XIX tiveram um papel marcante na formação da ideologia socializante das relações privadas e, sobretudo, dos contratos. Sob o pálio do dirigismo contratual, agigantou-se, durante o final do século XIX e por quase todo o século XX, o número de normas de ordem pública destinadas a proteger os indivíduos

⁴³² Op. cit., págs. 598/599.

⁴³³ Lino de Moraes Leme esclarece que a intervenção estatal não era algo novo na história da política econômica das sociedades, uma vez que “Em todos os tempos, houve intervenções governamentais em matéria contratual. No direito romano houve a interdição, durante o Império, de exportar trigo, vinho; as intervenções destinadas a impor às corporações comerciais, industriais e operárias, sob a forma de obrigações imperativas, o regime sistemático de subordinação, que se acabou generalizando; a tentativa de taxação das mercadorias pelo edito do máximo, e a fixação do salário, sob DIOCLECIANO; a luta contra o *precarium*, que levou ao contrato feudal. Na Grécia, as legislações de LICURGO e de SÓLON já teriam dado o exemplo da intervenção governamental, destinada a pôr fim às crises da época. Que foram as leis de MOISÉS para os israelitas? Que são os plenos poderes concedidos aos chefes, em períodos considerados de salvação nacional, ou por estes assumidos, como se observa em vários países, atualmente? Num dos países considerado a terra do liberalismo, os Estados Unidos da América, em 1890, o *Sherman Act* declarava ilícitas as coalizões formadas por *trusts e cartéis*, com o objetivo de aumentar os preços; e outras leis se fizeram com o mesmo caráter, especialmente o *New Deal*, fixando preços das mercadorias, estabelecendo limites à exportação, aos salários, controlando o câmbio, etc. Na Inglaterra, são limitadas as taxas de juros e se permite aos tribunais anular o contrato de empréstimo que lhe pareça duro e abusivo (*harsh and unconscionable*) (*As Transformações dos Contratos*. Revista Forense. Ano 54. Vol. 171. Maio-junho de 1957, pág. 60).

economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor⁴³⁴.

Com isso, a autonomia da vontade ficou à mercê de restrições em face de uma série de normas legislativas, que fixava princípios mínimos que os contratos não podiam afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros). O dirigismo contratual passou, em certos casos, a influenciar até mesmo o conteúdo do contrato, para caracterizá-lo como de ordem pública, com grande possibilidade de alcançar até pessoas que nele não foram partes⁴³⁵.

As primeiras manifestações da evolução do Estado liberal para o social, no plano da legislação, ocorreram em meio à economia de guerra da Primeira Grande Guerra, que trouxe pela primeira vez graves restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade. Em primeiro lugar, houve a publicização da comercialização de quase todos os bens e várias medidas legislativas foram tomadas para minimizar a carência de habitação. E, mesmo depois da guerra, mantiveram-se durante muito tempo as restrições no mercado da habitação e no comércio fundiário⁴³⁶.

Para Marta Maria Vinagre, foi no período posterior à Primeira Grande Guerra Mundial que o contrato tomou outros rumos, assumindo novas feições e funções, deixando de ser apenas uma forma de transferir a propriedade de bens, e passou a reger múltiplas e variadas situações. A revolução industrial e tecnológica e o crescimento empresarial levaram o contrato a exercer outro papel no regime capitalismo vigente. Com o aumento de novas

⁴³⁴ WALD, Arnoldo. *A Função Social e Ética do Contrato como instrumento jurídico de parcerias e o Novo Código Civil de 2002*. Revista Forense. Ano 98. Nº 364. Novembro/dezembro de 2002, pág. 26.

⁴³⁵ WALD, Arnoldo. *A Função Social e Ética do Contrato como instrumento jurídico de parcerias e o Novo Código Civil de 2002*. Revista Forense. Ano 98. Nº 364. Novembro/dezembro de 2002, pág. 27.

⁴³⁶ WIEACKER, Franz. Op. cit., págs. 631/632.

técnicas e complexidades, o contrato deixou de ser mero veículo do poder de autodeterminação de interesses privados e individuais, para também se tornar um instrumento de realização do interesse coletivo, cumprindo uma função social⁴³⁷.

No início do século XX, inúmeras normas especiais passam a disciplinar novos institutos do direito privado, surgidos com a evolução econômica, ou subtraindo outros do âmbito do Código Civil, para submetê-los à nova disciplina, mais consentânea com as necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que se afigurava cada vez mais social⁴³⁸. Esse processo intensifica-se na Europa depois da Segunda Guerra Mundial, em decorrência da evolução do cenário econômico e social, que exige crescente intervenção estatal⁴³⁹.

Todavia, para Paulo Luiz Neto Lôbo, o declínio da concepção clássica do contrato começou quando a equidade, expulsa pelo individualismo liberal, retornou ao debate contratual, na legislação e na doutrina pela via dos princípios e das cláusulas gerais⁴⁴⁰.

A intervenção legislativa concentrou-se em vários setores da atividade negocial, com realce para: a) a limitação da liberdade de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc.), ou monopolizados; b) a limitação da liberdade de escolha do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei de *software*, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário; e c) a limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial

⁴³⁷ *A Outra Face do Contrato*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 44. Abril/Junho de 1988, págs. 111/112.

⁴³⁸ Flórez-Valdés adverte que a descodificação não constitui, em si mesma, um atentado à unidade do direito civil, mas não deixa de concordar que representa um sintoma eloqüente de sua ruptura com o Código Civil, ainda mais diante da consolidação nas leis especiais de princípios distintos e díspares, que até mesmo comprometem uma certa unidade (Op. cit., pág. 61).

⁴³⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 95.

⁴⁴⁰ *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Ano 84. Nº 722. Dezembro de 1995, pág. 43.

ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo do inquilinato, dos contratos imobiliários, do contrato de turismo, do contrato de seguro⁴⁴¹.

Mais recentemente, o expansionismo industrial ocorrido após a segunda metade do século XIX fez nascer o fenômeno da contratação em massa. A massificação na produção e na distribuição de bens deu origem a um novo direito: o direito do consumidor, ramo da ciência jurídica voltado para a correção das desigualdades entre a classe dos consumidores, que é a grande parte da população, e a dos fornecedores, composta pelos industriais e comerciantes⁴⁴².

O instrumento eleito para reger as relações massificadas que se formam entre consumidores e fornecedores foi o contrato de adesão⁴⁴³ (ou seus similares, como as condições gerais dos negócios, os contratos-tipo, os contratos *standards*, condições predispostas etc.). Operando num palco de liberdade contratual plena, a figura do contrato de adesão deflagrava o exercício absoluto de autonomia da vontade da classe fornecedora em detrimento da classe consumidora, uma vez que esta somente possuía a prerrogativa de aderir, mas não de discutir o contrato, revelando também a sua vontade. Essa situação mostrava a vulnerabilidade do consumidor no plano das relações jurídicas⁴⁴⁴.

Em que pese tudo isso, não se deve perder de vista que a intervenção estatal e o dirigismo contratual não poderia chegar ao extremo de aniquilar a vontade e destruir a autonomia, que é a base e o fundamento da doutrina contratual. Mesmo com a multiplicação das intervenções legislativas, incabível reconhecer a existência de vínculo contratual sem

⁴⁴¹ Ibid., Ibidem.

⁴⁴² SCHMITT, Cristiano Heineck. Op. cit., págs. 51.

⁴⁴³ Paulo Nalin relata que “Em 1901, enquanto Josserand batizava, como sendo de adesão, o contrato tido como fruto da industrialização de massa, no Brasil, a economia se desenrolava à sombra do extrativismo natural das matas de cacau e seringueira, à espera da industrialização, que somente em meados dos anos quarenta, com a siderurgia, se instalaria no Brasil” (Op. cit., págs. 162/163).

⁴⁴⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. Ibid., págs. 53.

autonomia da vontade, e sem que as partes, embora num espaço mais exíguo e reduzido, possam, por livre acordo de vontades, regular os seus interesses⁴⁴⁵.

5.2. Funcionalização dos institutos do direito privado e o abandono da teoria estrutural

No processo de intervenção estatal na esfera privada, os princípios da ordem pública e dos bons costumes não se constituem em fins de si mesmos, mas, antes de tudo, cumprem várias funções em prol do ordenamento jurídico.

Diego Espin Cánova sistematiza três correntes doutrinárias que cuidaram de definir a função que a ordem pública e os bons costumes exercem no direito privado. Em princípio, diz Cánova que a teoria do sistema jurídico-geral prega que a função dos princípios da ordem pública e dos bons costumes confunde-se com a própria função do direito. Por outro lado, a teoria social-material assinala que a função consiste em servir de salvaguarda a paz social. E, para encerrar, a teoria jurídico-fundamental entende que a função da ordem pública e dos bons costumes é preservar as instituições fundamentais do Estado, não se deixando sucumbir ao arbítrio da autonomia da vontade⁴⁴⁶.

Neste ambiente de intervencionismo, institutos tradicionais do direito privado, como a propriedade e o contrato, sofreram modificação substancial em suas estruturas conceituais. No Estado liberal, o contrato consistia em simples mecanismo fundamental de circulação de riqueza na sociedade e, por via de consequência, de transferência de propriedade entre os indivíduos, sem que se despertasse para qualquer propósito econômico-social. A única finalidade do contrato era proporcionar a livre circulação dos bens dos indivíduos, pouco

⁴⁴⁵ VINAGRE, Marta Maria. Op. cit., pág. 114.

⁴⁴⁶ Op. cit., págs. 807/808.

importando se promovia o desenvolvimento, a satisfação, a felicidade e o bem-comum da coletividade ou mesmo de todos os contratantes de dada relação negocial.

Aliás, a propriedade sempre esteve bastante próxima da figura do contrato, intensificando-se, ainda mais, essa aproximação no modelo de produção capitalista, porquanto a circulação dos bens de produção só poderia ser efetuada por meio de instrumento contratual. A inserção da propriedade no processo produtivo, portanto, foi operada pelo contrato, o que os tornaram indissociáveis na ótica econômico-jurídica e expressões essenciais e incidíveis da liberdade humana⁴⁴⁷.

O acirramento dos conflitos entre propriedade e trabalho, as necessidades sociais de aumentar a produção e a utilização crescente dos bens econômicos constituíram-se no estopim do nascimento da fase social dos direitos, que levavam em consideração as finalidades para as quais os havia criado. Emerge uma nova perspectiva que dá relevância à função exercida pelo direito e que modela o seu exercício a uma finalidade solidária. Como consequência disso, nasce a teoria do direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, de sorte que somente se possui direito quando se tem um interesse determinado⁴⁴⁸.

Com a influência paulatina do Estado social, os institutos jurídicos deixaram de se constituir em meros mecanismos de circulação da propriedade e, dessa forma, vocacionados unicamente para a proteção de interesses individuais, e passaram a ser vistos como instrumentos através dos quais se obtêm alguma utilidade ou benefício também para a sociedade.

Desenvolveu-se uma perspectiva funcional dos institutos jurídicos sempre se tendo em mente que deveriam servir a algo de cunho coletivo. Essa funcionalização significava que

⁴⁴⁷ PRATA, Ana. Op. cit., pág. 147.

⁴⁴⁸ LOPES Y LOPES, Angel M. *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*. Madrid: Tecnos, 1988, págs. 61/62.

se deveria buscar a satisfação de interesses que transcendiam os meramente individuais e inserir, neste contexto, a inteireza da cena social com todos os atores, figurinos e a platéia que os assistem.

Na concepção liberal, prevalecia a idéia de que os institutos jurídicos achavam-se vinculados à teoria estruturalista e conceitual, segundo a qual a aplicação ficava condicionada ao preenchimento das elementares do tipo normativo de teor exclusivamente jurídico, por meio do processo silogístico, ao passo que a visão social, lastreado na teoria funcional, deslocou o foco da discussão para a finalidade a que se prestavam⁴⁴⁹.

A teoria estrutural preocupava-se estritamente com a constituição dos elementos formais que faziam nascer o instituto jurídico. Porém, mais importante do que conceituá-los, para extrair o máximo de performance de cada figura jurídica, impunham-se que se concentrassem todos os esforços na definição das funções que se almejassem na sua adoção.

Ana Prata pondera, porém, que, mesmo que se considere o contrato como resultante do poder da vontade (Estado liberal), isso não significa dizer que esteja completamente excluída de tal noção a perspectiva funcionalizadora. Mas apenas quer revelar que a concepção funcional parte do pressuposto de que “o negócio, como produto da autonomia

⁴⁴⁹ Francisco Amaral tece considerações a respeito da diferenciação entre a teoria estrutural e a teoria funcional do direito, alinhando que “Para a concepção estrutural, científica, do direito, a ciência jurídica não deve ocupar-se com as funções que ele possa desempenhar, mas somente com os seus elementos estruturais, deixando-se a análise funcional para a sociologia e a filosofia. Ocorre, porém, que o recurso às ciências sociais permite melhor compreensão do fenômeno jurídico, revelando, outrossim, a íntima relação que existe entre a teoria estrutural do direito e a abordagem técnico-jurídica, de um lado, e a teoria funcional e o estudo sociológico, de outro. Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final. Aparece assim o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e o seu instrumento de realização, o negócio jurídico, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista, considerado não mais a ‘figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas’, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade” (*Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 363).

privada, realiza, por si só, e automaticamente, a função que lhe é reservada”. A liberdade já bastaria para garantir o funcionamento da vida econômica e social⁴⁵⁰.

Afastado do “mito jusnaturalista” que imperou na codificação oitocentista, o direito subjetivo, na concepção social, passou a ser condicionado pela respectiva função, e, como não poderia deixar de ser, o direito de contratar, também de índole subjetiva, e a forma de seu exercício, foram, igualmente, afetados pela funcionalização. A teoria funcional apenas concedia poderes ou deveres a um dado titular se tivesse em vista certa finalidade ou estivesse tendente à satisfação de interesses alheios e coletivos⁴⁵¹.

É forçoso reconhecer que, no campo contratual, a visão unicamente estrutural apresentou deficiências, pois, além de impedir a avaliação se o contrato merecia ser tutelado pelo ordenamento jurídico, obstava a prestação da tutela jurídica adequada à específica disciplina dos interesses em jogo. Somente a análise funcional permitiria a individualização da tutela de cada contrato, questionando sobretudo as razões (finalidades) que as partes perseguiram por meio da execução do contrato, na medida em que se permitia que se projetassem na tutela contratual os valores mais relevantes do ordenamento jurídico⁴⁵².

Pietro Perlingieri considera que a perspectiva funcional é particularmente importante para a individuação da relevância e para a qualificação da situação subjetiva, a fim de determinar a sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. Por isso, na ordem jurídica, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade⁴⁵³. Enfim, a teoria funcional aspiraria à satisfação do interesse individual, mas

⁴⁵⁰ PRATA, Ana. Op. cit., págs. 12/13.

⁴⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Ano 35. Nº 139. Julho/setembro de 1998, pág. 13.

⁴⁵² RENTERÍA, Pablo. Op. cit., pág. 297/298.

⁴⁵³ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 106/107.

em especial o social pertencente à coletividade. Em um Estado social, nada mais natural do que conceber a teoria funcional na perspectiva social dos institutos jurídicos, o que os tornam figuras que passam a ostentar função social.

Em similar raciocínio, Francisco Amaral entende que função social significa que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, o que autoriza a intervenção estatal pela necessidade de acabar com as injustiças sociais. Neste sentido, o objetivo da função social seria o bem comum, o bem-estar econômico coletivo⁴⁵⁴.

Já, para Paulo Nalin, funcionalizar, em conformidade com a Carta Política de 1988, representa oxigenar as bases estruturais do direito com elementos externos à sua própria ciência, tais como a sociologia, a filosofia, a economia, a antropologia, a biologia, a psicanálise, a história e especialmente a ética, de forma a possibilitar a análise do direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa⁴⁵⁵.

A funcionalização das figuras do direito privado preparou terreno para o nascimento da visão social do contrato. Isto porque, se o contrato deve atingir uma determinada finalidade, em uma sociedade marcada pela desigualdade social, o objetivo perseguido só pode ter afinidade com os interesses da sociedade e os da coletividade.

5.3. A concepção socializante dos contratos

5.3.1. A noção de contrato

⁴⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 364/365.

⁴⁵⁵ Op. cit., págs. 216/217.

A funcionalização dos institutos jurídicos em favor do interesse social inspirou a construção da concepção socializante do contrato, na qual não se tutela o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas antes procura proteger um terceiro interesse, recíproco e que transcende à vontade meramente individualizada, formado objetivamente da avença.

Esse terceiro interesse, já de cunho coletivo e alheio aos interesses individuais originários de cada um dos contraentes, é externo à relação contratual e lança os olhos sobre os efeitos que ela projeta na sociedade. A visão social coloca a sociedade na ordem de prioridade, devendo os valores coletivos terem preferência, a qualquer custo, sobre os valores individuais⁴⁵⁶. É a fase em que reina, em todas as esferas da vida privada, o interesse coletivo sobre o interesse individual⁴⁵⁷.

A função social, nestes termos, é um verdadeiro *standard* jurídico, mais ou menos flexível, que orienta o exercício dos bens e institutos jurídicos na direção mais harmoniosa com o bem comum e a justiça social. O direito, notadamente por seu arsenal principiológico, é convocado constantemente para exercer a função de equilibrar os interesses de vários setores da sociedade, limitando o poder jurídico dos sujeitos, em maior ou menor intensidade, em

⁴⁵⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. Op. cit., pág. 92.

⁴⁵⁷ Hannah Arendt, ao abordar essa transformação no campo da propriedade, dizia que “a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pela esfera privada. A dissolução desta esfera e sua transformação em esfera social pode ser perfeitamente observada na crescente transformação da propriedade imóvel em propriedade móvel, ao ponto em que a distinção entre propriedade e riqueza, entre os *fungibiles* e os *consumptibiles* da lei romana, perde toda a sua importância, de vez que toda coisa tangível, ‘fungível’ passa a ser objeto de ‘consumo’; perde seu valor de uso privado, antes determinado por sua localização, e adquire valor exclusivamente social, determinado por sua permutabilidade constantemente mutável, cuja própria flutuação só temporariamente pode ser fixada através de uma conexão com o denominador comum do dinheiro. Intimamente ligada a esta evaporação social do tangível estava a mais revolucionária contribuição moderna ao conceito de propriedade, segundo a qual a propriedade não constituía parte fixa e firmemente localizada no mundo, adquirida por detentor de uma maneira ou de outra, mas, ao contrário, tinha no próprio homem a sua origem, na sua posse de um corpo e na indiscutível propriedade da força desse corpo, que Marx chamou de ‘força de trabalho’” (*A Condição Humana*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, págs. 79/80).

sociedades neoliberais, que se caracterizam precisamente pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica⁴⁵⁸.

O mais interessante disso tudo é que, na função social formatada pela sociedade ao longo da evolução histórica, o direito introduz uma obrigação (um dever) na estrutura do direito subjetivo. Talvez, essa característica essencial tenha sido a primeira, mais célebre e mais fiel tradução jurídica da obrigatoriedade imposta ao exercício de um direito subjetivo. Ficou famosa idéia de que ‘a propriedade obriga’ da Constituição de Weimar⁴⁵⁹.

A concepção social do contrato dá importância não apenas ao momento da manifestação da vontade (consenso), mas também e principalmente aos efeitos do contrato na sociedade, ganhando relevo a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas. Para resgatar o equilíbrio contratual entre as partes, a lei, como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, destinada a tutelar determinados interesses sociais, atuará como limite e fonte legitimadora da autonomia privada, de sorte que o contrato passa a valorizar a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé dos contraentes⁴⁶⁰.

É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade individual, como elemento nuclear, é substituída pelo interesse social. Cresce um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, à vista das novas preocupações de ordem social, com a imposição de novos paradigmas principiológicos⁴⁶¹.

O intervencionismo estatal à liberdade dos contratos, em prol do interesse social, deriva das necessidades sociais de refrear o uso absoluto que o indivíduo possa fazer da sua

⁴⁵⁸ AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica, pág. 22.

⁴⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social do Contrato: Primeiras Anotações*. Revista dos Tribunais. Ano 93. Vol. 823. Maio de 2004, pág. 70.

⁴⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 175.

⁴⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 176.

pessoa e dos seus bens. Os limites não encontram justificativa no direito, porém em razões de outro gênero, como a regra econômica e social de que se não pode obrigar perpetuamente a própria pessoa⁴⁶².

Apenas teoricamente - ou a teor das idéias jusnaturalistas, típicas do liberalismo - se sustenta que a vontade humana, por si só, é idônea à criação de efeitos jurídicos, porém, no Estado social, o negócio jurídico só se transforma em um ato de vontade juridicamente relevante na medida em que preenche a previsão de uma dada norma legal, que estabeleçam os efeitos decorrentes daquele. Daí se entender que o ato de vontade não produz diretamente efeitos, pois só quem os cria é a lei⁴⁶³.

A evolução teórica impulsionada pelo Estado social conduziu à constatação de que negócio jurídico não se traduz na manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, nem que haja coincidência entre a vontade e os efeitos, mas apenas que a vontade integra – ou, ao menos, deve integrar - a previsão da lei, sendo os efeitos produzidos de acordo com o estatuído legalmente⁴⁶⁴. A vontade, embora tenha o condão de desencadear a produção dos efeitos contratuais, não os determina ou regula. Esta determinação de quais efeitos serão produzidos fica a cargo da lei, que buscará atender ao interesse social.

Para José Eduardo Faria, tanto o sentimento de solidariedade e de cooperação, como o favorecimento ao hipossuficiente, serão, justamente, uma das características básicas dos contratos regidos pelos programas normativos “finalísticos”, constituídos no período histórico posterior à crise econômica oriunda da quebra da bolsa de valores de Nova York de 1929. Por força dessa crise, o poder de regulação estatal é forçado a se ampliar, tornando menos nítidas e precisas as fronteiras entre o público e o privado, devido à incorporação na doutrina

⁴⁶² COGLIOLO, Pietro. Op. cit., pág. 201.

⁴⁶³ PRATA, Ana. Op. cit., pág. 19.

⁴⁶⁴ PRATA, Ana. Ibid., págs. 21/22.

contratual dos ideais de democracia, justiça social, pleno emprego e preços justos. A intervenção no funcionamento do mercado abre caminho para uma fragmentação da figura jurídica do contrato em distintos campos de especialização autônoma (mercantil, administrativo, previdenciário, de crédito, de trabalho, de prestação de serviços, de consumo etc.)⁴⁶⁵.

No plano das relações de consumo, o advento da produção em massa leva à padronização dos contratos, relativizando o peso do consentimento expresso e inequívoco dado a cada cláusula após um intrincado processo de negociação e permite a popularização dos contratos de adesão. Diferentemente do capitalismo mercantil, típico do Estado liberal, o mercado passa a ser regulado e “organizado” pelo Estado intervencionista, exigindo que os contratos de adesão e os contratos com cláusulas abertas, para serem eficazes, levem a efeito, além dos requisitos formais, o *status* sócio-econômico das partes contratantes. Surgem crescentes limitações ao poder de contratar, motivadas por exigências de equidade, boa-fé e vulnerabilidade da parte mais fraca da relação negocial⁴⁶⁶.

5.3.2. Características da concepção social dos contratos

A sociedade de massa atual tem sido marcada pela proliferação de uma espécie contratual, sobretudo nas relações de consumo, que se caracteriza pelo selo da homogeneidade em seu conteúdo. Esses contratos, chamados de contratos de adesão, embora celebrados com contratantes distintos, apresentam idênticas cláusulas e mesma estrutura padrão.

⁴⁶⁵ Op. cit., pág. 203.

⁴⁶⁶ FARIA, José Eduardo. Op. cit., págs. 205/206.

A institucionalização desse modelo uniforme e pré-existente, em uma sociedade com hábitos e desejos massificados, mostrou-se necessária por razões de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança da produção empresarial em série. Para firmar o contrato de adesão, basta o consumidor manifestar simples adesão ao esquema contratual, sem que se instaure previamente qualquer discussão quanto às cláusulas e condições. Esse mesmo ritual é reiterado para tantos mais consumidores que a ele pretendam aderir.

As cláusulas gerais, praticamente inexistentes na época da codificação do Estado liberal, atingem o ápice na ordem jurídica do Estado social.

O fenômeno da predisposição de cláusulas gerais, estabelecido em contratos de adesão, tornou-se inerente à sociedade industrializada moderna do século XIX, como se observou na sistemática adotada nos contratos de seguro e de transporte. Mas, hoje, os contratos de adesão, praticamente, dominam quase todos os setores da vida privada, sendo a maneira normal de convolar contratos mediante os quais se verifica superioridade econômica ou técnica entre os contratantes⁴⁶⁷.

Cláudia Lima Marques define o contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”⁴⁶⁸

No contrato de adesão, não há espaço para prévia discussão ou negociação individual dos termos e das condições contratuais, já os recebendo prontos e regulamentados. O consumidor cinge-se a aceitar em bloco as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-

⁴⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 53/54.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, pág. 54.

elaboradas pela fornecedora do produto ou serviço, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada no instrumento contratual massificado⁴⁶⁹.

No contrato de adesão, Juan Ossorio Morales identifica papéis distintos desempenhados pelas partes contratantes, o que limita as suas respectivas vontades a atuar dentro do esquema rígido que a realidade social impõe. A oferta do produto ou do serviço tem um caráter geral e permanente, dirigido ao público, sendo indiferente a circunstância de ser aceito ou não. Já a aceitação possui teor individual e concreto, cujos efeitos são meramente transitórios⁴⁷⁰.

Assim, para sintetizar, é possível afirmar que o contrato de adesão possui as seguintes características: a) pré-elaboração unilateral; b) oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; e c) modo de aceitação, em que o consentimento ocorre por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte⁴⁷¹.

António Menezes de Cordeiro caracteriza as cláusulas insertas nos contratos em massa com os elementos da generalidade e da rigidez. Na generalidade, as cláusulas contratuais gerais, já pré-elaboradas, destinam-se a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados. Ao passo que, na rigidez, as cláusulas contratuais são convencionadas sem prévia negociação individual, devendo o aderente aceitá-las em bloco e sem chance de modificar o conteúdo na fase da celebração⁴⁷².

Esses elementos, por mais que se mostrassem absolutamente imprescindíveis na atual conjuntura da atividade econômica, passaram a acarretar, com frequência, como

⁴⁶⁹ Ibid., pág. 58.

⁴⁷⁰ *Crisis en la Dogmática del Contrato*. Anuario de Derecho Civil. Tomo V. Fascículo III. Madrid: Ministerio da Justicia, 1952, pág. 1182.

⁴⁷¹ Ibid., págs. 59/60.

⁴⁷² *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000, págs. 416/417.

conseqüência, a desigualdade entre as partes contratantes. A desigualdade devia-se ao fato de que a parte contratante que estabelecia as cláusulas contratuais desfrutava de larga superioridade econômica e científica em relação a outra parte aderente⁴⁷³.

Como ao consumidor, no contrato de adesão, restava aderir ou não ao esquema contratual já predefinido, se não concordasse com uma ou várias cláusulas do contrato, o fornecedor simplesmente se negava a celebrá-lo.

Daí se começou a perceber que, nos mais das vezes, o modelo massificado do contrato de adesão fomentava a existência de constantes desequilíbrios entre as partes contratantes, pois, em situações em que o bem contratual era essencial ou imprescindível à vida contemporânea do homem, o consumidor tinha que se submeter aos seus ditames, mesmo a seu desgosto. Isso favoreceu o surgimento de cláusulas abusivas e, sobretudo, constantes ofensas a direitos ou bens considerados fundamentais ou constitucionalmente protegidos.

Com efeito, a massificação da produção e da distribuição solidificou o nascimento dos contratos de adesão, ou dos contratos-tipo, que se transformaram em uma fonte de graves abusos por parte daqueles que previamente os elaboravam, porquanto não era raro se vislumbrar inexperiência do consumidor, necessidade de aquisição de certos bens garantidores da subsistência do indivíduo atual e de sua família e ser o comerciante a parte mais forte no contrato de consumo⁴⁷⁴.

A parte mais forte da relação, que redige o instrumento contratual, fica tentado a fazê-lo de maneira que mais lhe convém, surgindo situações iníquas para aqueles que aderem ao contrato, que rendem margem à presença de cláusulas abusivas. Conseqüência disso é a

⁴⁷³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000, págs. 417/418.

⁴⁷⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Op. cit.*, pág. 65.

ocorrência de desequilíbrio contratual, o que impõe a limitação da fixação do conteúdo do negócio pelo comerciante-fornecedor e a correlata proteção do consumidor⁴⁷⁵.

Por esta e outras razões, a doutrina idealizou novos princípios contratuais que, sem suplantarem definitivamente os princípios construídos pela concepção liberal dos contratos, significaram profundo avanço na disciplina contratual, uma vez que procuraram conformar os interesses individuais dos contratantes às finalidades sociais almejadas pela coletividade.

Isso se deve especialmente, como adverte K. J. Albiez Dohrmann, porque, nos contratos de adesão, o princípio da boa-fé – a exemplo de todos os demais princípios próprios da concepção social – é um elemento essencial para evitar cláusulas prejudiciais, abusivas e desproporcionais ao aderente⁴⁷⁶.

5.3.3. Os princípios da concepção social dos contratos

5.3.3.1. Princípio da autonomia privada

Não mais fundada na vontade, como na época liberal, a autonomia contratual, na concepção social do contrato, encontra seu verdadeiro conteúdo, passando a ser vista e considerada como um poder, o que a faz se transformar de autonomia da vontade para autonomia privada. A autonomia privada corresponde ao poder de autodeterminação dos próprios interesses.

Para Francisco Amaral, enquanto a autonomia da vontade significa a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos, a autonomia

⁴⁷⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Ibid.*, pág. 69.

⁴⁷⁶ *Exposición sucinta de la Jurisprudencia alemana sobre la buena fé en las condiciones generales del contrato*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 42. Nº 3. Madrid: Ministerio da Justicia, 1989, págs. 869/870.

privada representa o poder de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento⁴⁷⁷.

Assim, a autonomia privada, na linha do pensamento de Francisco Amaral, seria o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real⁴⁷⁸.

De acordo com Fábio Antônio Correia Filgueira, a autonomia privada, ao contrário da autonomia da vontade, que fora arquitetada pelo individualismo liberal, é um poder heterônomo, já que a vontade contratual tem como causa de validade a lei. Quando o Código Civil de 2002, no art. 421, alude ao exercício da liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato, busca flexibilizar e redimensionar os antigos princípios orientadores da teoria do contrato. Nesta esteira, a autonomia da vontade dá a vez à autonomia privada, a significar que a mera declaração de vontade ou consenso é insuficiente à produção de efeitos jurídicos, havendo necessidade de que a iniciativa do sujeito exprima na sua origem conteúdo axiológico merecedor da tutela jurídica ou correspondência com o programa constitucional e legal do Estado Social⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 345.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, *Ibidem*.

⁴⁷⁹ *Op. cit.*, pág. 112.

A autonomia privada constitui-se, pois, em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo num reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficiência normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade⁴⁸⁰.

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e se exerce nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais, em virtude da passagem do Estado do direito para o Estado intervencionista e assistencial⁴⁸¹.

Ana Prata esclarece que autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial⁴⁸². A autonomia privada consiste em categoria lógica e princípio fundamental do direito civil e do direito constitucional, por meio da liberdade de iniciativa econômica, e também em categoria histórica e dogmática, consagrada que foi como expressão da liberdade individual, especialmente em matéria de contratos⁴⁸³.

O atual conceito jurídico de autonomia privada tem o seu surgimento e configuração estreitamente vinculados às condições históricas, nomeadamente da passagem do feudalismo

⁴⁸⁰ AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 46. Outubro/dezembro de 1988, pág. 10.

⁴⁸¹ AMARAL, Francisco. *Ibid.*, págs. 11/12.

⁴⁸² *Op. cit.*, pág. 13.

⁴⁸³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 348.

ao capitalismo. A autonomia constitui, a um só tempo, um instrumento e uma conseqüência da transformação econômica e social que se operou. A autonomia privada ou liberdade negocial traduz no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, de juridicizar a sua atividade econômica, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos⁴⁸⁴.

Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, a autonomia privada consiste em princípio geral do direito, sendo uma das idéias fundamentais que inspira toda a organização do direito privado. Eventual supressão da autonomia privada implicaria total anulação da pessoa e sua conversão em puro instrumento da comunidade. A autonomia privada não é, todavia, um princípio de caráter absoluto, pois, do contrário, seria reconhecer o império sem limite do arbítrio individual, daí a ilação de que o problema da autonomia privada seria um problema de limites, e, portanto, em estabelecer um equacionamento dos limites⁴⁸⁵.

Por este motivo, o exercício da autonomia privada deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar social. O que se pretende, enfim, é a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana⁴⁸⁶.

À autonomia privada, não se pode desconsiderar que direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos possam ser lançados para limitá-la em seu conteúdo e extensão, em particular quando estes, na ponderação entre os princípios constitucionais, ostentem maior relevo na solução do conflito contratual analisado.

⁴⁸⁴ PRATA, Ana. Op. cit., págs. 10/11.

⁴⁸⁵ *Instituciones de Derecho Civil*. 2ª Edición. Volume I/1. Madrid: Tecnos, 1998, págs. 234/236.

⁴⁸⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 365/366.

5.3.3.2. Princípio da função social do contrato

Decorrente diretamente da funcionalização dos institutos do direito privado, a função social do contrato almeja introduzir na essência contratual os componentes da finalidade e da utilidade em favor de terceiros. A preocupação quanto aos efeitos contratuais não se adstringe unicamente às partes contratantes, mas também se estendem a terceiros e à própria sociedade. A idéia que predominou no pensamento tradicional dos contratos traduzido no princípio da relatividade dos efeitos é sucedida, na concepção socializante, pela idéia da função social do contrato. A aplicação do princípio da função social do contrato caracteriza-se sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele⁴⁸⁷.

Conta Eduardo Tomasevicius Filho que a idéia de função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar. Essa idéia, no entanto, ganhou força apenas no século XIX, devido às profundas alterações econômicas e sociais que ocorreram naquele período. Em consequência, surgiram alterações na ordem social, formando-se novas classes sociais: a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores⁴⁸⁸.

Para Pablo Rentería, é a partir da nova compreensão da perspectiva funcional, em substituição à estrutural, que surge a função social do contrato. De acordo com o perfil estrutural, característico da concepção tradicional do contrato, pretende-se apenas identificar as partes contratantes e aquilo que querem. Na perspectiva funcional, os institutos jurídicos

⁴⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., pág. 84.

⁴⁸⁸ *A Função Social do Contrato: Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Ano 42. Vol. 168. Outubro/dezembro de 2005, págs. 197/198.

são sempre analisados como instrumentos para a consecução de finalidades consideradas úteis e justas⁴⁸⁹.

Os princípios da função social e da autonomia privada estão intrincados como duas faces de uma mesma moeda, na medida em que a finalidade social é o próprio título justificativo do ato de autonomia. A vinculação do ato à sua finalidade social permite que se recrimine certos atos que, embora situados dentro dos limites externos fixados pela ordem pública, se mostram contrários a essa finalidade. Todo ato de autonomia, portanto, deve se ater aos limites internos traçados pela sua própria finalidade⁴⁹⁰.

Para Arnoldo Wald, a delimitação da liberdade e de seus limites éticos-jurídicos tem bases na sintonia entre a constituição e o código civil. A função social do contrato decorre do princípio da função social da propriedade, inscrito no art. 5º, XXIII, e art. 170, III, todos da Constituição de 1988⁴⁹¹.

Para Lafayette Josué Petter, a função social do contrato descrita no art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002 seria uma decorrência lógica do princípio da função social da propriedade, porquanto a função mais característica do contrato é sua finalidade econômica, propiciando a desejada circulação das riquezas. Como a circulação da riqueza pressupõe a sua apropriação privada e está se dá mediante o instituto da propriedade, há substanciais razões para inferir-se que este princípio do direito obrigacional tem fundamento constitucional justamente no princípio da função social da propriedade⁴⁹².

⁴⁸⁹ *Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 293.

⁴⁹⁰ RENTERÍA, Pablo. *Ibid.*, pág. 297.

⁴⁹¹ *O interesse social no direito privado*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Nº 77, Maio/junho 2006. São Paulo: Thompson & IOB, 2006, pág. 132.

⁴⁹² *Op. cit.*, págs. 218/219.

A função social do contrato consiste em uma transposição do instituto da função social da propriedade para o âmbito contratual. Sem similar nos códigos civis europeus nem nos códigos civis latino-americanos, a única codificação que tem uma regra cuja estrutura lembra o art. 421 do Código Civil de 2002⁴⁹³ é o Código Civil italiano de 1942, cujo art. 1.322 tem a seguinte redação: “As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei (e das normas corporativistas)”⁴⁹⁴.

Na ótica de Everaldo Augusto Cambler, o art. 421 do Código Civil de 2002 expressa o exercício da liberdade de contratar, como desdobramento dos princípios constitucionais que tutelam a individualidade e a liberdade de expressão⁴⁹⁵.

Pela função social, não basta que o contrato produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem, mas sobretudo que alcance determinados resultados ou vantagens concretas para a sociedade. Assim, na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato. No direito brasileiro, o art. 421 tem uma redação contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida nos limites (concepção negativa) e em razão (concepção positiva) da função social do contrato⁴⁹⁶.

À luz da função social, a característica diferenciadora do conceito de negócio jurídico deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos.

⁴⁹³ Art. 421 do Código Civil de 2002 possui a seguinte dicção: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴⁹⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., pág. 202.

⁴⁹⁵ *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Vol. III. Coords. Arruda Alvim e Tereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 8.

⁴⁹⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Ibid.*, pág. 204.

Na concepção clássica do contrato, o elemento funcional no conceito de negócio jurídico era de natureza estritamente individual, destinado a realizar os interesses meramente subjetivos das partes. As limitações à autonomia privada colocavam-se, neste contexto, como um elemento externo, alheio ao conceito de autonomia e de negócio. Ao passo que, na concepção social, à vista do não preenchimento automático da satisfação do interesse geral através do puro exercício da autonomia privada, prepondera a idéia de que a funcionalização do negócio tem de ser encarada não uma perspectiva global e estranha à configuração do conceito, mas integrada na própria estrutura conceitual⁴⁹⁷.

A função social, quando vista na dimensão do vínculo estabelecido entre os próprios integrantes da relação contratual, é denominada como intrínseca, mas, quando serve de *standard*, sendo o contrato avaliado segundo as implicações positivas ou negativas sentidas junto à coletividade, passa a ser considerada extrínseca⁴⁹⁸.

Na mesma linha, Paulo Nalin também reconhece que a função social do contrato pode ser intrínseca e extrínseca. A função social intrínseca, ocorrida no próprio âmbito da relação contratual, corresponde, para ele, à observância dos princípios da igualdade material, da equidade e da boa-fé objetiva pelos titulares contratantes, que derivam da cláusula constitucional de solidariedade. Já a extrínseca rompe com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no campo da sociedade em geral, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a outros particulares que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica negocial⁴⁹⁹.

Sem embargo disso, Arnoldo Wald recomenda a superação da equivocada idéia da função social como princípio protetivo da parte economicamente mais fraca da relação

⁴⁹⁷ PRATA, Ana. Op. cit., pág. 23.

⁴⁹⁸ CAMBLER, Everaldo Augusto. Op. cit., págs. 11 e 15.

⁴⁹⁹ Op. cit., págs. 223/224.

contratual, devendo-se afastar, ainda, o entendimento no sentido de que esse postulado faria tábua rasa do respeito a atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos⁵⁰⁰. Por isso, sugere que a função social do contrato persiga um equilíbrio entre os interesses das partes e da sociedade⁵⁰¹.

Essa visão, no entanto, só consegue prevalecer nas concepções do direito privado que germinam no Estado pós-social, sobretudo, no caso brasileiro, com a interpretação sistematizadora e unificadora que a Constituição empreende em relação aos demais diplomas infraconstitucionais (Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor).

5.3.3.3. Princípio da boa-fé objetiva

Sem qualquer conotação psicológica, tal como caracteriza a boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva não se ampara no estado de consciência, na intenção ou na íntima convicção das partes, mas sim em modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, com honestidade, lealdade, probidade.

Por esse modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de

⁵⁰⁰ *O interesse social no direito privado*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nº 77. Maio/junho 2006. São Paulo: Thompson & IOB, 2006, pág. 133.

⁵⁰¹ *Ibid.*, págs. 134/138.

não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica⁵⁰². A boa-fé objetiva desloca o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança⁵⁰³.

A boa-fé objetiva, para Paulo Luiz Neto Lôbo, é a boa-fé de comportamento, assim considerada a decorrente da conduta honesta, leal e correta que as pessoas normalmente depositam e se espera no mundo social. O exame da boa-fé objetiva exige um juízo valorativo que o tempo e o espaço determinam⁵⁰⁴.

Evidentemente que a boa-fé objetiva deve orientar o contrato não apenas na sua formação, mas também na sua execução. Na formação do contrato, a boa-fé significa que as partes devem se conduzir com lealdade e correção, não vedado a astúcia para obter o máximo de vantagens, iludindo a confiança do outro contratante ou se aproveitando de sua inexperiência ou ligeireza. De outro pórtico, na execução, a boa-fé expressa a proibição, no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos, de prejudicar consciente e voluntariamente a quem quer que seja⁵⁰⁵.

Podem ser atribuídas à boa-fé três funções principais: a) função interpretativa dos contratos; b) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e c) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial⁵⁰⁶.

A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes. Tal perspectiva

⁵⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Ano 35. Nº 139. Julho/setembro de 1998, pág. 14.

⁵⁰³ *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Civil. Ano 16. Nº 59. Janeiro/Março de 1992, pág. 28.

⁵⁰⁴ *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 145.

⁵⁰⁵ GOMES, Orlando. *O Princípio da Boa-fé no Código Civil Português*. Revista Jurídica. Vol. 17. Nº 116. Jan./mar. 1972, págs. 173/175.

⁵⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a Exegese da Cláusula to the best knowledge of the sellers*. Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 250.

encontra-se positivada no art. 113 do Código Civil de 2002: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”⁵⁰⁷.

Já a segunda função tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Consiste, assim, em critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos. Tal função revela-se no art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁵⁰⁸.

Por fim, a boa-fé exerce a função de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Trata-se de deveres de informação, lealdade e transparência, que se agregam implicitamente ao regulamento de interesses. Esta terceira função atribuída à boa-fé necessita, certamente, de definição interpretativa também associada aos objetivos do negócio, pois seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada⁵⁰⁹.

Com efeito, a boa-fé, no trato do cumprimento das obrigações, desdobra-se em vários deveres considerados acessórios à conduta (deveres de informação, de notificação, de preservação ou de cuidado, guarda, conservação ou vigilância das coisas), variando o conteúdo de acordo com a natureza das obrigações fundamentais e com particularidades de cada caso concreto.⁵¹⁰

Para Cláudia Lima Marques, o princípio da boa-fé objetiva corresponde a uma atuação pensando no outro, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis,

⁵⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Ibid.*, pág. 251.

⁵⁰⁸ *Ob. cit.*, pág. 252.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, pág. 253.

⁵¹⁰ VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 9.

seus direitos, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações. A boa-fé objetiva, consoante a sua ensinança, tem as seguintes funções a desempenhar: a) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; b) como causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos⁵¹¹.

A primeira é uma função criadora de deveres de conduta que se espera em uma relação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação. A segunda função é limitadora da liberdade de atuação dos parceiros contratuais na definição de algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. E a terceira restante – talvez uma das mais importantes - é a função interpretativa, que obriga o intérprete, na construção hermenêutica, a percorrer caminho trilhado pelo princípio da boa-fé⁵¹².

A função da boa-fé como recurso de interpretação é, de fato, a mais difundida. Na interpretação da extensão do conteúdo da relação contratual, a boa-fé será instrumento destinado a suprir lacunas e flexibilizar a vontade declarada (limite à autonomia da vontade), servindo de “regra objetiva que concorre para determinar o comportamento devido”⁵¹³.

A busca do sentido do conjunto contratual não autoriza o juiz a criar obrigações. Ao contrário, apenas e tão-somente, haverá o intérprete de especificar o exato alcance das obrigações que surgem do contrato, em face dos princípios da autovinculação, da obrigatoriedade do contrato, do sinalagma, da sua função social e da boa-fé. A boa-fé impõe ao juiz o dever de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança que

⁵¹¹ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 180.

⁵¹² *Ibid.*, págs. 181/182.

⁵¹³ THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Op. cit.*, pág. 22.

incumbem às partes contratantes, no desiderato de não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado, e que, à vista de seu escopo socioeconômico, seria razoável e licitamente esperada pelos contratantes⁵¹⁴.

O atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de um das partes envolvidas na relação. Neste sentido, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar. De outro vértice, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte⁵¹⁵.

5.3.3.4. Princípio do equilíbrio econômico

A ampla liberdade conferida aos contratantes na concepção liberal dos contratos, embora tenha impulsionado o crescimento econômico e proporcionado inúmeros benefícios à sociedade, instigou o nascimento de várias situações de desequilíbrio entre as partes contratantes, que, na verdade, escondiam desigualdades fáticas relativas a aspectos sociais, econômicos e culturais. A liberdade negocial, que antes tinha sido decisiva na própria existência do contrato no Estado liberal, chegou a tal ponto que a liberdade do indivíduo ficou

⁵¹⁴ THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Ibid.*, *Ibidem*.

⁵¹⁵ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, págs. 139 e 141.

ameaçada. A liberdade, sem qualquer limite, favoreceu o surgimento da desigualdade e, conseqüentemente, de desequilíbrios no ambiente contratual.

Inspirado na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da doutrina contratual contemporânea com o contratante hipossuficiente. Diante da desigualdade fática existente, a disciplina contratual pode instituir mecanismos de proteção da parte mais vulnerável da relação, reequilibrando as recíprocas prestações. Esse patamar mínimo de equilíbrio exigido não se adstringe ao momento de formação e constituição do contrato, mas também ao conteúdo e aos efeitos dele decorrentes⁵¹⁶.

Com a nova realidade dos contratos massificados, a lei passou a autorizar o juiz a controlar o conteúdo do negócio jurídico, possibilitando a revisão judicial por motivos de desequilíbrio negocial, não se adstringindo somente a corrigir aspectos formais do instrumento. Diante da situação de desigualdade fática, a tarefa judicial consistia em restringir a vontade do “forte” para que a vontade do “fraco” pudesse ser manifestada de forma paritária⁵¹⁷.

Registra Luiz da Cunha Gonçalves que a revisibilidade judicial, embora contraste com o anterior respeito absoluto inspirado remotamente pelo direito canônico e pelo liberalismo do Código Civil francês, longe de ser novidade imposta pela moderna teoria da ingerência do Estado, nada mais é do que o regresso ao velho direito dos pretores romanos que, durante séculos, minaram e amaciaram o rigor e o formalismo sagrado dos contratos pelas exceções que davam às partes oprimidas pelas duras conseqüências da sua própria vontade⁵¹⁸.

⁵¹⁶ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., pág. 159.

⁵¹⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. Op. cit., págs. 55/56.

⁵¹⁸ Op. cit., pág. 279.

Para Georges Ripert, a obrigação contratual apóia-se na idéia de consciência e de liberdade dos que consentem. Mas se há entre os contratantes uma desigualdade de forças, cuja contratação ocorre mediante uma coação moral ou econômica, o consentimento não se afigura livre e, portanto, não se pode ver nessa manifestação de vontade um ato criador da obrigação. Daí se defender, nesses casos, a igualdade, para se proteger os mais frágeis. Por isso, considera que, quando o legislador impede a adesão, proíbe a lesão e combate o abuso de direito, em última instância, está a defender a idéia da força contratual⁵¹⁹.

Teresa Negreiros, no entanto, adverte que o princípio do equilíbrio econômico desafia a teoria dos contratos, obrigando à formulação de novos critérios de caráter objetivo, sem, porém, forçar generalizações demasiadamente indiscriminadas, como a que assinala ser todo e qualquer consumidor um contratante frágil e, portanto, vulnerável⁵²⁰.

De fato, nem sempre o simples fato de ser consumidor o torna vulnerável numa relação contratual, pois é bem possível que não haja desigualdade entre as partes, ou mesmo, seja uma situação em que inexistente, no exame concreto, risco de violação da essência dos direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente protegidos.

5.4. Contratos à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002

Uma das mais incisivas limitações ao conteúdo do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, operada nos últimos tempos pelo Estado, deu-se por via do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que, em nome de tutela à parte fraca da relação de consumo, influenciou decisivamente a essência de todos os postulados básicos da teoria contratual

⁵¹⁹ *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*. Puebla/México: Editorial José M. Cajica Jr, 1959, págs. 220/221.

⁵²⁰ Op. cit., pág. 202.

liberal, tais como, os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória, da relatividade dos efeitos e da boa-fé. O Estatuto de Defesa do Consumidor estabeleceu várias normas de ordem pública, que não podem ser alteradas ou restringidas por convenção das partes (acordo de vontades), porém ainda preservou certa liberdade no tocante à escolha da pessoa com quem contratar e à possibilidade de autodeterminação do conteúdo do negócio jurídico⁵²¹.

Em seguida, na trajetória da história legislativa brasileira, veio a lume o Novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), que estendeu a todos os quadrantes do direito civil os valores e os princípios cardeais que já haviam sido consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor, mitigando o caráter egoísta e excessivamente individualista do ideário liberal que imperou durante boa parte do século XX a partir do Código Civil de 1916.

Miguel Reale noticia que o Código Civil de 1916 foi gestado, em fins do século XIX, quando ainda prevaleciam princípios de marcante individualismo e se prestava fidelidade aos preceitos da escola francesa da exegese ou da germânica dos pandectistas, cujas questões sociais eram tão-somente resolvidas à luz de categorias jurídicas fechadas. Além do mais, no Brasil, predominava uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo⁵²².

Em tempos de hoje, esse quadro se alterou significativamente. A ciência do direito busca compreender os fenômenos jurídicos a partir de valores e princípios éticos e sociais, em especial em uma sociedade majoritariamente urbana e, portanto, aberta aos imperativos da socialização do progresso. Por isso, Miguel Reale erigiu a eticidade, socialidade e

⁵²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos – Princípios Gerais – Tendências do Direito Contratual Contemporâneo – Abrandamento dos Princípios Tradicionais – Intervenção Estatal Crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. Ano 88. Nº 765. Julho de 1999, pág. 31.

⁵²² *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 36.

operabilidade como princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil, daí se espalhando todos os demais postulados previstos em forma de cláusula geral⁵²³.

Na mesma esteira, Ruy Rosado de Aguiar Júnior sistematiza três distinções entre o Código Civil de 1916, de feição eminentemente liberal, com o Novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002). A primeira consiste em que o Código elaborado por Clóvis Beviláqua expressa a concepção político-filosófica vigente depois da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes⁵²⁴. O Código de 2002, por seu turno, tem nítida feição socializante, preocupando-se essencialmente com o interesse social e da coletividade.

Basta uma desprezível consulta - apenas para citar alguns - aos arts. 421, 1.228, §§ 1º, 3º e 4º, 1.238, parágrafo único, e 1.414, para perceber o quão social se tem afigurado o espírito do Código Civil de 2002. Na mesma balada, é possível extrair dos arts. 1º e 4º, *caput* e III, todos do Código de Defesa do Consumidor, idêntica filosofia socializante.

A segunda diferença reside em que, enquanto o Código de 2002 massificou a utilização da técnica das cláusulas gerais, o Código de 1916, praticamente, quase não a adotou, o que significou o afastamento da possibilidade de aplicação judicializada dos contratos atento a preocupações de realizar a justiça material. Além disso, essa tendência levou, durante muito tempo, ao desprezo dos usos e costumes locais, privilegiando a regra

⁵²³ Op. cit., pág. 37.

⁵²⁴ *Projeto do Código Civil – As Obrigações e os Contratos*. Revista dos Tribunais, Ano 89, Volume 775, maio de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, págs. 18.

racionalmente estabelecida na lei, pois se tratava de um sistema fechado e, portanto, insuscetível de influências externas de princípios e valores⁵²⁵.

No Código Civil de 2002, apresentam em seu texto as técnicas legislativas das cláusulas gerais, dentre inúmeros outros, os arts. 258, 317, 422 e 765. E, no CDC, vale mencionar os arts. 6º, V, 7º, e 51, IV.

E, por fim, uma terceira distinção ocorre na seara econômica. O Código de 1916 foi elaborado ao tempo de uma economia estável, moeda com valor definido, relações civis centradas na propriedade imobiliária, recém-saído de um regime de escravidão, cuja economia, em vez de dirigir-se para a indústria, investiu na terra para seu fortalecimento e segurança. Já o Código de 2002 vive, atualmente, quadro econômico completamente diverso, desde à oscilação do mercado de capitais à circulação de riquezas de bens mobiliários e, sobretudo, imateriais ou mesmo existenciais à vida do homem. Em vez de considerar a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, tal como se concebia na filosofia do Código de 1916, o contrato, à luz dos valores cultuados pelo Código de 2002, é visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade⁵²⁶.

Através das cláusulas gerais e dos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, os ideais liberais e meramente individualistas sofrem restrições, para atender os interesses da sociedade, mas, mesmo assim, não tem se mostrados suficientes para tutelar adequadamente os contratos civis e consumeristas que lidam com direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

⁵²⁵ Ibid., págs. 18/19.

⁵²⁶ Ibid., pág. 19.

6. CONCEPÇÃO PÓS-SOCIAL DOS CONTRATOS: PROPOSTA PARA UMA TEORIA CONTRATUAL DIFERENCIADA BASEADA NA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS OU BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

6.1. Insuficiência da concepção social do contrato

Como se viu, a teoria socializante dos contratos civis e consumeristas ampara-se, basicamente, nas cláusulas gerais e nos princípios encartados no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, para atender ao interesse social e da coletividade. A perspectiva social do contrato caracteriza o Estado social, também chamado de Estado do bem-estar social (*Welfare State*), mas não se mostra adequada à resolução de conflitos contratuais que vêm surgindo no recente Estado pós-social, justificando a criação de uma nova concepção contratual diferenciada, fundada em novos valores e princípios que o norteiam.

Gustavo Tepedino critica posições doutrinárias que desejaram aproveitar a chegada do Código Civil de 2002, para resgatar a doutrina do voluntarismo contratual próprio do Estado liberal, considerando desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição. Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria a condição de estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. Porém, Tepedino sustenta, em contraposição a esta tese, que a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das regras e

princípios aplicáveis às relações privadas, mas se converte em permanente e contínuo processo desencadeado na tábua axiológica constitucional das categorias do direito privado⁵²⁷.

O Novo Código Civil de 2002, não obstante os incontáveis avanços em relação ao Código de 1916, fica bem aquém, como explicita Daniel Sarmiento, do espírito solidarístico da Constituição. Por isso, infere que, até por razões hierárquicas, é antes à Constituição que ao Código Civil que deve o jurista recorrer para iluminar a interpretação dos preceitos de direito privado⁵²⁸.

Wilson Steinmetz, por sua vez, reconhece que, sob o prisma político-ideológico, a Constituição de 1988 representa um projeto liberal de sociedade, porém consagra um liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado. É um liberalismo temperado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça social. Os princípios constitucionais da liberdade (art. 5º, *caput*) e da livre iniciativa (art. 1º, IV) estão no mesmo patamar dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da democracia (art. 1º, *caput* e parágrafo único), da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 3º, III e IV) e dos direitos, garantias e objetivos fundamentais previstos no texto⁵²⁹.

Floresce, no âmbito do direito privado, um novo período caracterizado pela limitação da autonomia privada a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Abandona-se a ética do individualismo e a substitui

⁵²⁷ *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 319/320.

⁵²⁸ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 99.

⁵²⁹ *Op. cit.*, pág. 99/100.

pela ética da solidariedade. Relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana⁵³⁰.

Contudo, por mais bem intencionado que esteja e bem dotado de cláusulas gerais e princípios de teor social, a concepção meramente socializante do contrato, apoiada em fartos comandos legais contidos no Código Civil de 2002 e, notadamente, no Código de Defesa do Consumidor, não se mostra razoavelmente apta a resolver embates judiciais travados em relações contratuais, que envolvam direitos ou bens constitucionalmente tutelados.

Só para se ter uma idéia, note-se para o insculpido no art. 424 do Código Civil de 2002. Dispõe o art. 424 do CC/2002 que “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”⁵³¹. Ora, se a renúncia, ainda que não resulte da natureza do negócio, comprometer a essência de alguns direitos fundamentais ou mesmo o conteúdo ou núcleo essencial (dignidade da pessoa humana), mesmo assim se pode dizer que é válida? Seria por demais estranho responder afirmativamente.

Como se não bastasse, o art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor⁵³², permite a edição de cláusulas, no contrato de adesão, que limitem direitos do consumidor, apenas se exigindo destaque na redação capaz de ensejar a sua imediata e fácil compreensão. Mas, se a cláusula restritiva de direito do consumidor, ainda que esteja em destaque no contrato, malferir a dignidade da pessoa humana ou mesmo desconsiderar a relevância de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, a saúde, a educação, a moradia, segurança, previdência, seguro, proteção à maternidade, à

⁵³⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit., pág. 23.

⁵³¹ O Código de Defesa do Consumidor presume exagerada a vontade, para fins de nulidade contratual, a que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC).

⁵³² Art. 54, § 4º, do CDC: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

infância e aos idosos e deficientes? Deve-se considerá-la válida, justamente por ter sido inserida em destaque? Ao que parece, não.

Da jurisprudência é possível colher algumas situações em que a teoria socializante do contrato aplicada às hipóteses concretas decididas pelo Poder Judiciário, ou mesmo a invocação de direitos fundamentais, despida de análise à luz da doutrina da eficácia nas relações privadas, mostraram-se insuficientes – e em muitos casos, indiferentes - à solução de controvérsias contratuais que têm como objeto direitos ou bens constitucionalmente tutelados.

Num primeiro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em situação envolvendo um contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu que, genericamente e, portanto, sem fazer distinção quanto ao bem jurídico objeto do contrato, o Decreto-lei nº 911/69 não ofendia a função social do contrato, a probidade e a boa-fé objetiva, capitulados nos arts. 421 e 422 do Novo Código Civil⁵³³. A Corte Estadual reconheceu a compatibilidade das regras procedimentais constantes no Decreto-lei nº 911/69, que autorizam a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, com a Constituição de 1988.

Entretanto, não é difícil vir à mente hipóteses em que o bem alienado pode ter significativa relevância na prestação de serviços essenciais, como, por exemplo, veículos que servem de ambulância a hospitais privados, ou, ainda, para quem os utilizam para o desempenho de alguma atividade laborativa ou negócio particular, como motoristas de táxi, de caminhão, de ônibus, ou monta um pequeno empreendimento para a sua subsistência e de sua família. Em tais circunstâncias, parece evidente que o tratamento jurídico dispensado a estes contratos não pode deixar de considerar a relevância dos direitos fundamentais à saúde e ao trabalho.

⁵³³ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.06.091512-1/001. Rel. Des. Irmair Ferreira Campos. TJMG, Belo Horizonte, MG, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça examinou, em habeas corpus, o cabimento de prisão civil decorrente de inadimplência em contrato de alienação fiduciária em garantia, celebrado para aquisição de automóvel-táxi, cuja dívida, em menos de 24 (vinte e quatro) meses, de R\$ 18.700,00 (dezoito mil e setecentos reais) já havia alcançado o incrível montante de R\$ 86.858,24 (oitenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e vinte e quatro centavos). A 4ª Turma do Tribunal, à unanimidade, concedeu a ordem de liberdade à devedora, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com os direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual⁵³⁴.

A simples circunstância de se tratar de contrato destinado à aquisição de automóvel, para o exercício da profissão de taxista, foi levado em consideração pelo Superior Tribunal de Justiça para dar-lhe tratamento jurídico contratual distinto.

Noutra hipótese, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deparou-se, em sede de apelação cível, com contrato de plano de saúde celebrado em 1986 (contrato cativo de longa

⁵³⁴ No voto do relator, são esgrimidos elementos fáticos associados a direitos fundamentais, como se depreende dos seguintes trechos: “O descumprimento do contrato, com a falta da entrega do veículo ou de pagamento do valor exigido, sujeitou a devedora à prisão civil por quatro meses, já decretada pelas instâncias ordinárias. Isso significa que a devedora, pessoa com sessenta anos de idade, com a provável renda líquida mensal de R\$ 500,00, obtida com a exploração de táxi, consumirá o total de sua renda pelo resto da vida (prevista de acordo com as tabelas de expectativa de vida vigentes no país), para pagar os juros bancários do contrato de alienação fiduciária de um automóvel de aluguel. [...] A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão devedora pro dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida reunindo toda a sua remuneração para o pagamento dos juros de um débito relativamente de pouca monta, destruindo qualquer outro projeto de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão. Na relação contratual, celebrada por contrato de adesão, houve ofensa ao princípio da igualdade, com a imposição de sanção grave (prisão) prevista para apenas uma das partes, e também excesso com a cláusula de juros acima de qualquer limite legal. [...] É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambas de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 12.547/DF. 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. STJ, Brasília, DF, 01 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 19 de setembro de 2007).

duração), no qual a fornecedora do serviço negou cobertura à implantação de aparelho chamado “stents” em cirurgia cardíaca (angioplastia), mesmo se tratando de doença grave e com risco de vida para o paciente. E, ainda, como se não bastasse, condicionou a autorização da cobertura do procedimento cirúrgico emergencial à emissão de cheque pós-datado pelo paciente como garantia de futuro pagamento⁵³⁵. A decisão, embora favorável ao paciente, baseou-se essencialmente no Código de Defesa do Consumidor, quando nada impedia, antes recomendava, que se respaldasse também nos direitos fundamentais, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de afastar a exigência de prévia emissão de cheque pós-datado. É inegável que esse ato privado constrangedor imposto ao paciente ou à sua família, que se encontram em situação de vulnerabilidade, ofende a dignidade da pessoa humana, ainda mais quando se tenta dar prevalência a aspectos essencialmente patrimoniais em detrimento de valores existenciais.

Mas ainda há outros casos em que a jurisprudência construída pelos tribunais pátrios não aplica, como deveriam, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, caindo na armadilha por demais tentadora do subjetivismo, do voluntarismo e do decisionismo judiciais, quando se adstringem a mencionar a incidência daqueles direitos, sem efetuar qualquer operação de ponderação entre os princípios e bens constitucionais colidentes.

Nunca é demais lembrar que, nas relações jurídicas formadas entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, o que requer sempre um sopesamento dos bens constitucionalmente tutelados que se acham em colisão.

Uma dessas tentações pode ser encontrada na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando estava diante de uma apelação cível referente a contrato de

⁵³⁵ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.14163. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. TJRJ, Rio de Janeiro, RJ, 03 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

financiamento. A Corte declarou haver violação à honra e à imagem do consumidor, considerados no julgamento como direitos fundamentais e indisponíveis, a inclusão do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito, estando em discussão a existência ou o montante da dívida⁵³⁶. O Tribunal de Justiça mineiro não se dignou a investigar eventuais direitos fundamentais pertencentes ao credor da dívida, não fazendo qualquer ponderação entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos que estivesse em colisão.

Outro caso que pode ser trazido à baila consiste no julgamento de apelação cível pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que se discutia a possibilidade de revisão de contrato de abertura de crédito fixo. Ao se basear na Constituição e no CDC, o Tribunal refutou a concepção patrimonialista/civilista das obrigações, determinando a vedação de juros remuneratórios acima de 12% (doze por cento) ao ano, sob o fundamento de que a extrapolação desse patamar gerava prejuízos às classes produtoras e enriquecimento ilícito aos tomadores de empréstimos⁵³⁷. Nada se abordou a respeito do direito à livre iniciativa ou à autonomia privada, para se averiguar se a redução do percentual de juros remuneratórios se justificava no caso concreto.

E, por derradeiro, ainda existem acórdãos, como o que fora prolatado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em apelação cível que tratava de contrato de seguro de vida, segundo o qual, embora se tenha supostamente enaltecido a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a questão foi resolvida apenas com base na função social do contrato e, assim, na concepção socializante do contrato. A discussão girava em torno da possibilidade de ex-empregado de hospital privado poder ajuizar contra a seguradora, cujo contrato alcançava

⁵³⁶ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.474030-3/000(1). Rel. Des. Mauro Soares de Freitas. TJMG, Belo Horizonte, MG, 07 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵³⁷ ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2001.021268-4, Rel. Des. Fernando Carioni. TJSC, Florianópolis, SC, 12 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

apenas os atuais empregados, ação de reparação de danos, em decorrência da perda total da visão de um dos olhos proveniente dos agentes patológicos existentes no ambiente da cozinha hospitalar. A Corte estadual, fundada na função social do contrato, reconheceu que a cobertura securitária abrangia também os ex-empregados, pois aquele princípio derivado do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição, tinha a finalidade de distribuir riquezas de forma justa e de servir de fonte de equilíbrio social⁵³⁸.

6.2. Em busca de uma teoria contratual diferenciada

6.2.1. Premissas constitucionais a considerar

Como se percebe, tem se revelado imprescindível, no atual momento da teoria contratual, buscar soluções diferenciadas para tratar de contratos que tenham como objeto direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Porém, a dificuldade reside em saber qual o mais adequado critério, pois, em princípio, prepondera a liberdade de conformação do legislador e somente, em casos de conflitos contratuais submetidos ao Judiciário, surge a possibilidade de realização de ponderação, notadamente porque não há, no sistema normativo civil-constitucional, homogeneidade axiológica que unifique a teoria contratual em torno de um único e absoluto valor: liberdade individual ou solidariedade social⁵³⁹.

A perspectiva civil-constitucional caracteriza-se pela alternância entre tendências individualistas e socializantes, ora predominando a liberdade clássica, constatada pela

⁵³⁸ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Cível nº 024.99.001198-3. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos. TJES, Vitória, ES, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵³⁹ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., pág. 285.

eficiência econômica do livre mercado (concepção liberal do contrato), ora prevalecendo a concepção que tem em vista a construção de uma sociedade mais justa e solidária (concepção social do contrato)⁵⁴⁰.

Atualmente, um dos maiores desafios da teoria contratual é a de redefinir, à luz do catálogo de direitos fundamentais consagrado na Constituição, os fatores a considerar na determinação dos princípios aplicáveis às diferentes espécies de contrato⁵⁴¹.

Questiona Teresa Negreiros se as circunstâncias de ser o contratante velho ou jovem, saudável ou doente, rico ou pobre, estar ou não empregado, não teriam qualquer reflexo na disciplina contratual. Certamente, à vista do Código Civil de 1916, tais fatores não teriam relevância alguma. Aliás, a concepção liberal do direito civil pregava a igualdade formal e, por esse motivo, jamais iria admitir a possibilidade de diferenciar contratos com base em aspectos eminentemente pessoais. Já, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e do recente Código Civil de 2002, entende que a conclusão seria um pouco diferente, pois levaria a efeito a situação de vulnerabilidade do consumidor, considerando fatores como idade, saúde, renda, estabilidade financeira, além de outros⁵⁴².

Entretanto, ainda assim o art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, e certamente o Código Civil de 2002, permitem restrições a direitos fundamentais do consumidor, desde que a cláusula seja posta em destaque, a fim de possibilitar a imediata e fácil compreensão.

⁵⁴⁰ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 286.

⁵⁴¹ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, págs. 303/304.

⁵⁴² *Ibid.*, págs. 312/314.

A bem da verdade, há uma tendência do direito contratual contemporâneo de considerar cada vez mais relevantes certos dados pessoais do contratante, tais como a inexperiência, a leviandade, a pobreza, a doença e a velhice⁵⁴³.

Colhe-se da jurisprudência alguns exemplos de como alguns tribunais têm dado tratamento diferenciado às relações contratuais que dizem respeito a bens, valores e princípios constitucionais relevantes à pessoa, embora não apliquem a teoria horizontal dos direitos fundamentais, que exige a ponderação dos interesses em colisão.

Em um caso atinente a plano de saúde, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou a realização em paciente portador de obesidade mórbida de cirurgia expressamente excluída com destaque em cláusula contratual, por considerá-la abusiva e, portanto, nula, em virtude de estabelecer restrição a direitos fundamentais inerentes à natureza da avença⁵⁴⁴.

Com base neste mesmo raciocínio, idênticas decisões foram exaradas pelo mesmo Tribunal mineiro nas hipóteses de paciente que postulava do plano de saúde cobertura para tratamento de doença congênita⁵⁴⁵ e de cancelamento unilateral e desmotivado do contrato de plano de saúde⁵⁴⁶. Dessa maneira, não poderia haver restrição contratual, ainda que expressamente prevista com destaque no instrumento contratual, nos precisos moldes do art. 54, § 4º, do CDC, à prestação de serviço referente à saúde, por se tratar de um direito fundamental e, portanto, um bem constitucionalmente protegido.

⁵⁴³ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 328.

⁵⁴⁴ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.498247-0/000. Rel. Des. Domingos Coelho. TJMG, Belo Horizonte, MG, 21 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵⁴⁵ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.467337-6/000. Rel. Des. Domingos Coelho. TJMG, Belo Horizonte, MG, 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵⁴⁶ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.414681-2/000. Rel. Des. Elias Camilo. TJMG, Belo Horizonte, MG, 18 de março de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em outro caso concernente também a plano de saúde, reconheceu o direito de pai de criança em processo de adoção e da qual já possuía a guarda provisória a inscrevê-la como sua dependente em plano de saúde, fundado na força protetiva do direito fundamental consagrado à família e à criança, amparado pelos preceitos constitucionais capitulados nos arts. 226, 227 e 229, da Carta Política de 1988⁵⁴⁷.

Em outro campo dos direitos fundamentais sociais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou que as regras impostas por parte do Sistema Financeiro de Habitação em contratos de mútuo habitacional devem ser interpretadas considerando o objetivo de atender ao direito fundamental de moradia e a tantos outros que se relacionem com a sobrevivência da família. Cuidava de ação revisional de contrato de mútuo, na qual se pretendia discutir as cláusulas que previam a utilização da tabela PRICE, a capitalização de juros, a cobrança de comissão de permanência e violação do limite máximo de comprometimento da renda (30%)⁵⁴⁸.

Como se vê, além da deterioração do conceito tradicional do contrato provocado pela complexidade das relações de consumo, outra particularidade de especial relevo para o estudo da adequada estrutura normativa aplicável a cada caso concreto tem sido a mudança dos próprios bens oferecidos ao mercado consumidor, não mais somente produtos industriais, mas sobretudo serviços de valor social fundamental ao ser humano, como a moradia, a saúde e a educação⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.01057. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. TJRJ, Rio de Janeiro, RJ, 23 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵⁴⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018453100, Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira. TJRS, Porto Alegre, RS, 23 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁵⁴⁹ KUHNS, Adriana Menezes de Simão. *O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 473.

Nem o Código Civil de 2002, nem sequer o Código de Defesa do Consumidor, fazem distinção entre contratos de adesão, tomando como base a natureza do bem jurídico objeto de circulação. A proteção contratual tende a recair em favor do consumidor com a mesma intensidade e nível de tutela simplesmente pelo fato de se tratar de contrato de adesão, independentemente se o bem ou o direito em questão é constitucionalmente relevante à vida humana.

É inegável que não se pode equiparar, em termos de intensidade protetiva, o contrato de empréstimo destinado à aquisição de bens supérfluos com aquele celebrado no intuito de adquirir a casa própria onde residirá a sua família, ainda que ambos sejam contratos de adesão. Igualmente, não se pode pretender igualar, para fins de proteção, o contrato de prestação de serviços estéticos em clínica de embelezamento com aquele contrato de prestação de serviços médico-hospitalares ou, ainda, com contrato de prestação de serviços educacionais. A depender da natureza do objeto contratual, salta aos olhos de quem a identifica uma certa necessidade de diferenciação de tratamento protetivo.

Parece evidente que aqueles contratos, mesmo que de adesão, sujeitos, portanto, ao regime do CC e do CDC, que lidam com bens de destacada relevância em relação a outros, merecem distinta disciplina, apenas restando saber qual o melhor critério para se estabelecer essa diferenciação.

De início, propõe-se que o critério mais sintonizado com a perspectiva civil-constitucional e com a vinculação dos direitos fundamentais seja a da previsão constitucional de certos bens considerados direitos fundamentais da criatura humana. Porém, cumpre antes analisar outras teorias que se propuseram a estabelecer distinções na disciplina contratual, a depender de determinados critérios diferenciadores.

6.2.2. Teoria da causa como função econômico-social

A partir do Código Civil francês de 1804, a idéia de causa passa a se constituir em elemento normativo do contrato, como requisito legal de validade contratual, sendo um fim subjetivo perseguido pelos contratantes na relação negocial, que se alcançava com a satisfação dos interesses meramente individuais. A causa, na concepção liberal do contrato, tinha feição subjetiva, uma vez que dizia respeito aos fins almejados, individual e intimamente, por cada um dos contratantes na avença.

No entanto, o civilista italiano Emilio Betti, inspirado na teoria funcional dos contratos, insurgiu-se contra a teoria subjetiva da causa e sugeriu uma abordagem objetiva. Nesta visão, a causa seria a função econômico-social que o direito reconhece como relevante para seus fins e que justifica a tutela jurídica da autonomia privada. A causa, entendida como a razão ou a justificação objetiva, do negócio residia na sua função, e não nos fins individuais das partes contratantes. O fim é substituído pela função, para qualificar a causa do contrato.

Para Emilio Betti, além da forma e do conteúdo do contrato, tornou-se imprescindível examinar também a função do negócio. A função que se pretende no contrato seria a causa, ou seja, a razão do negócio, que se entrelaça com o próprio conteúdo, embora com ele não se confunda. Betti percebeu que quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não busca apenas se obrigar contratualmente, despojar-se de um bem, transmiti-lo ou adquiri-lo, como um fim em si mesmo, mas atingir um outro determinado fim⁵⁵⁰.

É certo que a causa do negócio é a razão determinante normal da vontade que formata a celebração do negócio. Porém, a ordem jurídica aprova e protege a autonomia privada não enquanto um capricho momentâneo, senão enquanto procura um típico interesse

⁵⁵⁰ *Teoría General do Negocio Juridico*. Granada: Editorial Comares, 2000, pág. 153.

na mudança de estado de fato e se dirige eminentemente em direção às funções sociais dignas de tutela⁵⁵¹.

A causa (razão do negócio), para Betti, identifica-se com a função econômico-social do negócio inteiro, reconhecido como a síntese dos elementos essenciais do contrato. A função econômico-social do tipo de negócio, como exercício da autonomia privada, é um fenômeno social antes de se transformar em um fato jurídico. A causa do negócio é, pois, a função econômico-social que caracteriza o tipo de negócio como ato de autonomia privada. No caso do contrato de compra e venda, os elementos essenciais que o caracterizam são as duas partes, o objeto, o preço e a relação comutativa que se estabelece entre os contraentes, porém estes fatores nada mais são do que os elementos concretos da função prestacional recíproca típica desta espécie contratual, que corresponde à causa do negócio⁵⁵².

Assim, para Betti, os elementos essenciais do tipo de negócio são, ao mesmo tempo, elementos de sua causa, constantes e invariáveis em cada negócio concreto, compreendidos em seu tipo e, por conseqüência, indispensáveis para sua identificação. Mas, em cada tipo de negócio, a causa é diferente, servindo para diferenciar um de outro. Por mais que sempre esteja presente em todas as espécies contratuais, é distinta a causa e, portanto, a função econômico-social da venda, do arrendamento de coisas e do mútuo⁵⁵³.

A dimensão objetivista de Betti, como de resto toda teoria, não está isenta de críticas, sobretudo porque não consegue explicar como um negócio típico, com uma função econômico-social típica, pode, em algumas ocasiões, ser afetado por intenções específicas perseguidas pelas partes (por exemplo, doação com um fim de união sexual). Se tem defendido, por isso mesmo, ao contrário do que pensa Emilio Betti, que a função econômico-

⁵⁵¹ BETTI, Emilio. *Ibid.*, pág. 160.

⁵⁵² *Ibid.*, pág. 162.

⁵⁵³ *Ibid.*, pág. 165.

social não se confundiria com a causa do negócio jurídico. A causa do negócio seria o intento ou a vontade das partes de obter a função econômico-social. Isto explica a razão pela qual a intenção prática das partes tenha, em muitas situações, relevância jurídica e que esta relevância jurídica não pode ser canalizada através da idéia de causa, entendida em conformidade com a concepção objetiva⁵⁵⁴.

Como se não bastasse, a ligação da causa do contrato à sua função econômico-social poderia revelar como inconveniente à indevida intromissão de elementos extrajurídicos (econômicos, sociais e éticos) na teoria jurídica do negócio jurídico. Na tentativa de consagrar uma fórmula mais técnico-jurídica, os críticos procuraram conceituar a causa como a síntese dos efeitos essenciais de cada contrato, afastando-se da concepção econômico-social⁵⁵⁵.

Seria a partir do concreto regulamento de interesses no contrato, que se deve verificar quais são os efeitos contratuais aptos a produzir. Enfim, a causa seria identificada pelos efeitos que o contrato produz. Dentre esses efeitos, alguns podem ser qualificados como essenciais, pois é a sua efetiva identificação que permite que se qualifique esse contrato como de certo tipo. Em sua falta, o contrato já não seria desse tipo, mas de outro⁵⁵⁶.

No entanto, no mais das vezes, a função do contrato visa a atender a dignidade individual do contratante e, portanto, a um interesse meramente individual constitucionalmente protegido, sem que se possa enquadrá-la como econômico-social. Daí a insuficiência da teoria da causa de Emilio Betti.

6.2.3. Teoria da essencialidade do bem na visão de Teresa Negreiros

⁵⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., pág. 267.

⁵⁵⁵ RENTERÍA, Pablo. Op. cit., págs. 302/307.

⁵⁵⁶ RENTERÍA, Pablo. Ibid., Ibidem.

Na busca por uma teoria contratual adequada ao Estado pós-social, Teresa Negreiros sinaliza a existência de uma metodologia civil-constitucional que a chama de “paradigma da essencialidade”, baseada em uma releitura da Constituição e das categorias dogmáticas consagradas, como a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos⁵⁵⁷.

Teresa Negreiros constata que a renovação da teoria contratual, exigida pelas constantes mudanças sociais, econômicas e até comportamentais da sociedade, tem conduzido a uma crescente fragmentação do contrato, tornando-se, portanto, imperiosa a especificação de diferentes espécies contratuais. Além disso, esse novo modelo deve refletir os princípios constitucionais, servindo como instrumento para alcançar as metas sociais impostas pela Constituição⁵⁵⁸.

Por isso, surge como fundamental a fixação de diretriz que seja capaz de distinguir os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que se destinem a satisfazer essas necessidades existenciais estaria sujeita a um regime tutelar dos princípios constitucionais, ao passo que os contratos que tivessem por objeto bens supérfluos, tendentes a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, ficariam submetidos à sistemática da teoria contratual clássica, de inspiração liberal⁵⁵⁹.

Um exemplo claro dessa diferenciação seletiva seria que não se pode conferir idêntico tratamento contratual entre um contrato de compra e venda de um remédio, destinado à cura do contratante, e um outro contrato, também de compra e venda, mas de um perfume ou de uma jóia. A classificação dos bens contratuais, segundo a essencialidade, incorporar-se-ia ao regime contratual, fornecendo parâmetros para a hierarquização, no caso concreto, dos

⁵⁵⁷ Op. cit., pág. 29.

⁵⁵⁸ Ibid., pág. 31.

⁵⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. Ibid., pág. 32.

valores individualistas e solidaristas que coexistem na ordem social e econômica da Constituição de 1988⁵⁶⁰.

O critério da utilidade do bem, aferida em relação à pessoa, constituiria o caminho na busca por soluções concretas no âmbito do direito contratual, que compatibilizasse a tensão dialética presente na Constituição de 1988, sobretudo nos arts. 1º, 2º e 170, entre a liberdade individual e os valores coletivos, como a justiça social e a solidariedade⁵⁶¹. Esse critério é constitucionalmente consistente para diferenciar os contratos e para determinar, por via de consequência, o modo como se deve aplicar a nova principiologia⁵⁶².

O paradigma da essencialidade propõe que a necessidade da pessoa seja um fator de diferenciação dos bens e, por conseguinte, que se constitua em parâmetro de definição do regime contratual adequado à realidade contratual, baseando-se nas diretrizes constitucionais da solidariedade, da supremacia dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais e da proteção àqueles em situação de inferioridade⁵⁶³.

A relevância do paradigma da essencialidade, contudo, fica restrita àquelas hipóteses em que a vulnerabilidade do contratante não esteja, de antemão, subjetivamente determinada. É por essa circunstância que o paradigma da essencialidade terá uma função decisiva em relação àquelas transações que, por uma razão ou outra, estiverem à margem do sistema de tutela do consumidor⁵⁶⁴.

Contudo, o critério utilizado por Teresa Negreiros, baseado na essencialidade dos bens, não se afigura o mais sintonizado com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois, além de se sustentar em referenciais de natureza infraconstitucional,

⁵⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 39.

⁵⁶¹ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 37.

⁵⁶² NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 204.

⁵⁶³ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, págs. 346/347.

⁵⁶⁴ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.*, pág. 489.

considera que, sempre quando forem essenciais os bens, aos consumidores será conferido um tratamento contratual benéfico. Isso porque, nos contratos que tratam de bens essenciais, dever-se-á de observar os princípios e valores constitucionais da solidariedade, da prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais e de proteção do consumidor em situação de inferioridade.

Ora, basta imaginar uma situação relativamente à prestação de plano de saúde, para perceber que esta teoria apresenta algumas inconsistências. Com base na teoria do paradigma da essencialidade, um consumidor poderia exigir a cobertura de determinado tratamento mais dispendioso para o plano de saúde, mesmo se houvesse outro menos oneroso e igualmente exitoso e eficaz que proporcionasse a cura do paciente. A saúde é um bem inegavelmente essencial à existência humana, mas isso não significa que deva sempre preponderar, em qualquer situação, sobre os interesses patrimoniais do plano de saúde privado.

Há casos em que a negativa de cobertura a determinado tratamento ou procedimento médico-hospitalar em nada compromete a vida do paciente ou mesmo a incolumidade da saúde. Nestas situações, constatada, mediante a ponderação entre os bens ou direitos constitucionalmente protegidos, risco algum à saúde, deve prevalecer os interesses da livre iniciativa e da autonomia privada, cuja titularidade pertence ao plano de saúde.

6.2.4. Teoria dos deveres de proteção incidente sobre os direitos e os bens constitucionalmente protegidos nos contratos

Para resolver de maneira mais adequada essa problemática, sugere-se, como teoria contratual diferenciada, a adoção do critério da simples existência, na relação contratual, de um direito ou bem constitucionalmente protegido, ao lado da autonomia privada e da livre

iniciativa. Naqueles contratos que tenham bens constitucionalmente protegidos, em especial os constantes no art. 6º da Constituição de 1988, em confronto com a autonomia privada e a livre iniciativa, a teoria contratual deve ser diferenciada para permitir a eficácia dos direitos fundamentais, por meio da doutrina dos deveres de proteção.

Sem dúvida alguma, uma das questões que mais atormenta o estudo da vinculação dos direitos fundamentais nas relações contratuais reside em saber se os conflitos ocorridos em contratos desvantajosos ou perigosos poderiam ser resolvidos sem se recorrer à Constituição, valendo-se apenas pelos mecanismos do direito privado. Claus-Wilhelm Canaris aduz que não resta dúvida de que é perfeitamente possível, mas isto em nada altera a circunstância de a problemática também apresentar uma dimensão jurídico-constitucional⁵⁶⁵.

Com efeito, segundo Canaris, à medida em que a uma das partes é recusado, pelo direito privado ou pela sua aplicação pelos tribunais, aquele mínimo de proteção conferido pela Constituição, também se verifica uma violação da proibição de insuficiência. E, ainda que uma das partes concorde com o teor contratual, isso não torna totalmente dispensável a tutela dos direitos fundamentais⁵⁶⁶.

A função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela se aplica, em princípio, em relação à autovinculação por contrato. E isso se verifica, na expressão de Canaris, quando o bem protegido por direitos fundamentais, cujo exercício é contratualmente limitado, não estiver de todo à disposição do seu titular, ou se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica, e, por outro lado, se as possibilidades fáticas de livre decisão de uma das partes contraentes estiverem significativamente afetadas. O fato de problemas desta natureza ser, em regra, resolvidos com alicerce unicamente no direito privado infraconstitucional não impede a sua dimensão

⁵⁶⁵ *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 73.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, pág. 74.

jurídico-constitucional, em caso de descida abaixo do mínimo de proteção imposto pelos direitos fundamentais⁵⁶⁷.

A determinação do conteúdo do contrato, na concepção do Estado pós-social, encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, de forma a concebê-lo como instrumento a serviço da dignidade e do desenvolvimento da pessoa. O contrato, assim, incorpora em seu horizonte ideais e noções de justiça social, de solidariedade, de erradicação da pobreza e de proteção ao consumidor⁵⁶⁸.

Fica sepultada a controvérsia doutrinária que apenas reconhecia o contrato como instrumento de conformação de interesses antagônicos. Para Arnoldo Wald, nos últimos anos, deixou-se de conceber o contrato como representativo, necessariamente, de interesses antagônicos, chegando a doutrina e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente apenas nos contratos de longo prazo, mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* (*a affectio contractus*), à semelhança de outras formas de colaboração, como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça. Deve-se, entretanto, ponderar que a função social do contrato não deve afastar a sua função econômica, respeitando-se os direitos individuais, e cabendo conciliar os interesses das partes e os da sociedade⁵⁶⁹.

Tanto que a criação de normas de direito privado assumiu o papel de dar concreção aos princípios estruturais da ordem constitucional, tais como, o postulado da democracia, a forma republicana de governo, a igualdade, o livre desenvolvimento da personalidade e solidariedade. Na interpretação do direito privado, por seu turno, leva-se em conta a

⁵⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibid.*, págs. 134/135.

⁵⁶⁸ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, pág. 107.

⁵⁶⁹ *A Função Social e Ética do Contrato como instrumento jurídico de parcerias e o Novo Código Civil de 2002*. Revista Forense. Ano 98. Nº 364. Novembro/dezembro de 2002, págs. 27/29.

adaptação das normas infraconstitucionais às constitucionais, sem que, no entanto, não importe em substituir o sistema jurídico privado pelos princípios constitucionais⁵⁷⁰.

Os serviços prestados através dos contratos cativos de longa duração confundem-se com a própria existência da pessoa humana, de modo que não seria exagero, nos dizeres de Marco Antônio Karam-Silveira, chamá-los de contratos existenciais. Determinados serviços, de fato, integram-se na vida como algo a ela inerente, tais como o acesso ao crédito, os seguros de saúde médico-hospitalar, aqueles de informações e de lazer por cabo, televisão e telefone. A vida contemporânea não dispensa o ininterrupto acesso a bens e serviços ligados à segurança, à educação, à saúde, ao crédito, à informação e ao lazer⁵⁷¹.

As cláusulas gerais previstas na legislação civil, ao falar de bons costumes, boa-fé, ordem pública, a bem da verdade, estão se inspirando nos valores e princípios extraídos dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Ao fazer menção ao Código Civil espanhol, Luis Díez-Picazo defende que o que se denomina como ordem pública corresponde, atualmente, à organização geral da comunidade ou seus princípios fundamentais e, portanto, consistem em matérias estritamente situadas dentro da ordem constitucional, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, as liberdades básicas, o direito à igualdade e à proibição de discriminação. Assim, mesmo à míngua de normas legais expressamente imperativas, os direitos fundamentais de assento constitucional não podem ser desprezados nos pactos firmados entre particulares⁵⁷².

Um exemplo marcante da influência do direito ou do bem constitucionalmente protegido na resolução de conflitos contratuais ocorreu na interessante divergência que se firmou originariamente nas duas Turmas da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça

⁵⁷⁰ RIVERA, Julio César. Op. cit., pág. 28.

⁵⁷¹ Op. cit., págs. 489/490.

⁵⁷² Op. cit., pág. 157.

nos casos de cláusula contratual que limitava o tempo de internação. De um lado, a Terceira Turma do STJ considerava abusiva a cláusula que restringisse o tempo de internação do segurado, pois o consumidor não era o senhor do “prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor”⁵⁷³.

Por outro, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido Ruy Rosado de Aguiar, entendeu não haver razão para a anulação das cláusulas de seguro de saúde que limitavam o tempo de internação do paciente, já que inexistiria vedação legal à sua celebração e que a instituição privada não poderia substituir o papel do Estado em garantir a todos os cidadãos o direito à saúde. Sem falar que deveria ser preservado o equilíbrio financeiro entre o que o beneficiário paga e o que é oferecido pela seguradora⁵⁷⁴.

No voto-vencido proferido por Ruy Rosado de Aguiar, as razões invocadas baseiam-se na especificidade e na natureza extremamente relevante do bem constitucional que é a saúde, como se depreende do seguinte trecho: “A limitação do número de dias de internação não prevalece quando o doente tiver a necessidade, reconhecida pelo médico que ordenou a sua baixa em estabelecimento hospitalar, de ali permanecer por mais tempo do que o inicialmente previsto no contrato de seguro saúde. **A natureza desse contrato e a**

⁵⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 158.728/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. STJ, Brasília, DF, 06 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 19 de setembro de 2007.

⁵⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 242.550/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior. STJ, Brasília, DF, 02 de março de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 19 de setembro de 2007.

especificidade do direito a que se visa proteger estão a exigir sua compreensão à luz do direito do contratante que vem a necessitar do seguro para o pagamento das despesas a que não pode se furtar, como exigência do tratamento de sua saúde” (grifos acrescidos).

Neste caso, vê-se claramente que, com base na teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não atuam como direitos subjetivos contra outros particulares, mas permita a projeção de efeitos jurídicos sobre o direito privado, recorrendo-se diretamente à norma constitucional para resolver os conflitos entre particulares.

Nesta relação tipicamente de direito privado, os princípios que se encontram em colisão são os que protegem o direito à saúde e a autonomia privada e a livre iniciativa. À vista disso, para que a articulação seja correta, o juiz, no exame do caso concreto, deverá ponderar cuidadosamente a eficácia limitadora daqueles princípios em relação ao conteúdo e o grau de interferência que provocam nos bens ou nos direitos constitucionalmente protegidos. E não deve esquecer que deve ser resolvido sempre procurando preservar o núcleo essencial dos direitos e interesses em jogo.

Certamente, a limitação dos dias de internação pode perfeitamente atingir o núcleo essencial do direito à vida, ao contrário do que se verificaria na hipótese de se afastar tal cláusula contratual e, em última instância, restringir, neste caso em particular, a autonomia privada.

É certo que deve prevalecer, em primeiro lugar, a liberdade de conformação do legislador, através da produção legiferante do direito privado. Mas, em caso de ausência de disciplina legal específica ou insuficiente regulamentação, poderá o juiz efetuar a ponderação entre os direitos ou bens constitucionalmente protegidos em colisão, valendo-se, na operação, do princípio da proporcionalidade.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada possibilita soluções diferenciadas e adequadas, consoante a relevância e o risco de ofensa ao núcleo essencial do bem ou do direito constitucionalmente protegido que estiver em jogo no caso concreto.

Dessa maneira, naqueles contratos que tenham como objeto direitos ou bens constitucionalmente protegidos, impõe-se a adoção da teoria dos deveres de proteção, por meio da ponderação e do exame do princípio da proporcionalidade.

6.3. Novos princípios contratuais decorrentes da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

6.3.1. Necessidade de consolidação de novos princípios contratuais de natureza constitucional

Por mais que se enalteça o modelo da constitucionalização do direito civil, não se pode, para coibir os excessos provenientes da absolutização do direito privado pautado na vontade individual, opor um regime que represente a negação pura e simples dos aspectos voluntarísticos que constituem o instituto contratual. Os princípios da concepção liberal do contrato que giraram em torno da concepção da autonomia da vontade devem ser relidos à luz da Constituição, mas sem anulá-los⁵⁷⁵.

Como lembra Teresa Negreiros, os princípios que hoje se contrapõem ao modelo liberal de contrato podem ser considerados como um reforço aos princípios tradicionais, não se lhes podendo negar o papel fundamental que exercem na complementação e na

⁵⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., pág. 111.

compreensão da relação contratual. Sob outras circunstâncias, nada impede, porém, que haja um conflito entre as soluções concretas associadas à dimensão social e a lógica individualista e voluntarística própria do modelo contratual liberal⁵⁷⁶.

Hão de ser conciliados os velhos e novos princípios, em um processo histórico de acumulação de direitos e princípios que passam a ser fundamentais à coletividade. Daí a necessidade de identificar e reconhecer novos princípios do direito civil-constitucional que podem ser extraídos da visão sistemática e unitária da Constituição e que passam a ficar sujeitos à ponderação, no intuito de resolver eventuais conflitos existentes entre eles, por intermédio da teoria dos deveres de proteção.

Para Pietro Perlingieri, o civilista, na atividade hermenêutica, deve ser recorrer de modo direto e imediato aos princípios do ordenamento constitucional, já que fundamentam os vários institutos do direito civil. E, ainda, arremata que a norma constitucional assume uma função promotora da transformação das instituições tradicionais do direito civil, a ponto de se tornar imprescindível a feitura de uma nova teoria das fontes, que respeite as suas particularidades, porém também obedeça aos princípios constitucionais⁵⁷⁷.

Daí porque passa Perlingieri a propugnar uma revisão dos contratos tradicionais, no intuito de que abandonem os métodos tradicionais e formalistas e levem em consideração as peculiaridades dos fatos concretos e individuais. Com isso, seria, no entender dele, possível a construção de um direito civil não mais ancorado na obrigação, mas sobretudo nas várias obrigações existentes de forma diferenciada, tais como as obrigações de alimentos, as obrigações pessoais, obrigações comerciais, obrigações assumidas por grandes empresas ou por grandes sociedades.

⁵⁷⁶ Ibid., pág. 112.

⁵⁷⁷ *Por un Derecho Civil Constitucional Español*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 36. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1983, págs. 8 e 14/15.

6.3.2. Princípio da autonomia privada como extensão da livre iniciativa

Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se vislumbra a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Ambas não se confundem, tendo a autonomia privada feição instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, daí a razão pela qual eventuais limitações as alcançam da mesma forma⁵⁷⁸.

A liberdade de iniciativa econômica, na linha de pensar de Francisco Amaral, é a expressão da autonomia privada no campo constitucional⁵⁷⁹. De fato, a autonomia privada se constitui em uma das dimensões da cláusula constitucional da livre iniciativa, pressupondo a capacidade de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução de seus objetivos e de fazer circular a riqueza⁵⁸⁰.

Konrad Hesse lembra que deve sempre ser preservado o princípio da autonomia privada, pilar fundamental do direito privado, na forma de liberdade contratual, pois se constitui em aspecto ativo e positivo da personalidade, o âmbito no qual a pessoa pode atuar como ser autônomo e responsável, no qual não é lícito convertê-lo em simples meio para fins sociais⁵⁸¹.

As Constituições contemporâneas que importam para o presente estudo (alemã, norte-americana, portuguesa, espanhola e brasileira) não contêm disposição expressa ao princípio da autonomia privada ou à liberdade contratual. Mas, nem por isso, se pode afirmar

⁵⁷⁸ AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 46. Outubro/dezembro de 1988, pág. 20.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pág. 17.

⁵⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 216.

⁵⁸¹ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, pág. 75.

que a autonomia privada não tenha fundamento constitucional e que, portanto, não seja um bem ou princípio constitucionalmente protegido.

No Brasil, é possível extrair da Constituição de 1988 fundamento para tutela da autonomia privada, pois vários princípios e direitos nada mais representam do que o poder do particular de autodeterminar e autovincular determinados interesses e objetivos. A Constituição brasileira estabelece, em seu texto, o direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*), o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o direito de propriedade (art. 5º, *caput* e XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o direito de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, XXVI) e o direito de proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, *caput* e §§ 1º a 4º). No campo contratual, é inegável que a autonomia privada é um bem ou princípio constitucionalmente protegido, devido à previsão constitucional do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa⁵⁸².

Aliás, Ana Prata adverte que o problema da autonomia privada só tem sentido numa economia em que, em alguma medida, os bens são produzidos privadamente e a satisfação das necessidades é obtida no mercado. Só enquanto, e na medida em que o mercado funcione como forma dominante de satisfação das necessidades humanas, é que, no sentido em que o conceito tem sido tomado, se pode falar em autonomia privada⁵⁸³.

A Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que se refletem

⁵⁸² STEINMETZ, Wilson. Op. cit., pág. 199/201.

⁵⁸³ Op. cit., pág. 197.

diretamente da Constituição⁵⁸⁴. A autonomia privada não tem um fundamento único com a iniciativa econômica privada, mas afunda as suas raízes em princípios diversos também de relevância constitucional, podendo o alcance e o conteúdo do ato negocial ostentar caráter personalíssimo, de natureza familiar, patrimonial, dentre outros de similar envergadura⁵⁸⁵.

Contudo, a tutela da autonomia privada, embora descansada na ordem constitucional, não é uniforme, sendo mais intensa no plano existencial da pessoa humana do que na sua vida patrimonial e econômica⁵⁸⁶.

É por isso que a ordem jurídica não pode igualar a manifestação da autonomia privada entre situações como a de venda de mercadorias e a do consentimento a um transplante, por retratarem uma diversidade de valores, tal como estabelece a Constituição. Não se afigura aceitável, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada, já que, em um ordenamento centrado no valor da pessoa, impõe-se um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo também diferenciado, lidam com esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas⁵⁸⁷.

Não se pode desprezar jamais que a autonomia privada, além de ser pressuposto da democracia, está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Como ensina Daniel Sarmiento, “negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial”. Mas essa autonomia privada não é absoluta, evidentemente, pois há de ser conciliada com os direitos de terceiros e com outros

⁵⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 280/281.

⁵⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Ibid.*, pág. 292.

⁵⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 176.

⁵⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 275/279.

valores e princípios ao regime constitucionalista, como a democracia, a igualdade, a solidariedade, a segurança⁵⁸⁸, ou mesmo com outros bens constitucionalmente protegidos.

Nas relações contratuais, o conteúdo da autonomia privada deve ser reconfigurado frente a outros valores não patrimoniais, de cunho existencial, colhidos da Constituição e que se constituam em bens de grande realce para a vida humana. Os tradicionais institutos civis da propriedade e das relações contratuais passam a corresponder a instrumentos de realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência dos direitos fundamentais, espécies de *zonas francas* para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de ser um fim em si mesma e se transforma, com a vinculação dos direitos fundamentais, em meio de realização de um outro valor constitucional⁵⁸⁹.

Porém, isso não quer dizer que a autonomia privada sempre deve ceder, no caso de colisão, em favor de outro valor não patrimonial, de conteúdo existencial. Somente na ponderação entre os princípios, bens e direitos constitucionais, é que se vai saber qual deles, no caso concreto, haverá de preponderar.

As intervenções estatais no domínio econômico, antes adstritas ao universo da legislação infraconstitucional, começam a ganhar um sentido de unificação e de coerência a partir da expressão nas leis constitucionais de princípios que, preservando o mercado, legitimam as limitações pela interferência na sua forma de funcionamento dos sujeitos privados⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 189.

⁵⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, págs. 310/311.

⁵⁹⁰ PRATA, Ana. Op. cit., pág. 138/140.

Para Ana Prata, muito embora o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte a autorização de realização dos negócios jurídicos inerentes à atividade econômica, não pode o sujeito econômico reivindicar para cada ato negocial a tutela que a Constituição estabelece para aquela atividade, unitariamente concebida. Atuando livremente na esfera econômica, o sujeito de direito privado tem de subordinar-se aos condicionamentos dessa atuação, que lhe sejam impostos, e que podem consistir – e muitas vezes consistirão – na obrigação de realizar dados negócios, de não os realizar, de os celebrar com dado conteúdo ou dada forma⁵⁹¹.

A autonomia privada preserva em seu conteúdo positivo a possibilidade de se realizarem deslocamentos patrimoniais mediante negócios jurídicos e, em seu conteúdo negativo, a premissa de que os bens particulares somente podem ser dispostos por sua vontade. Pela essência positiva, a formação do contrato não se encontra na vontade por ser vontade ou na lei por ser lei, mas no caráter social e na utilidade que esse caráter oferece aos homens que vivem gregariamente⁵⁹². Essa utilidade social não se limita, na relação contratual, apenas à função social, à igualdade material e à boa-fé, mas se potencializa na busca pela concretização da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social, da proibição de discriminação.

Paulo Nalin fala, ainda, da existência dos contratos obrigatórios, por imperativo legal, mas também pela condição monopolista ou oligopolista de mercado. Nesses casos, sustenta que o concessionário do transporte público não pode se negar a transportar, o fornecedor de energia elétrica não pode se negar a fornecê-la, o distribuidor de combustível não pode se negar a entregar o produto, o fornecedor de crédito não pode negar-se a fornecê-

⁵⁹¹ Op. cit., págs. 199/200.

⁵⁹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. Revista de Informação Legislativa. Ano 41. Nº 163. Julho/setembro de 2004, págs. 125/126.

lo, a escola não pode se negar a matricular o candidato a aluno. A situação da necessária contratação torna-se mais clara, à proporção que o ente privado ocupa o espaço antes reservado apenas só ao Estado, como é a hipótese das escolas, em que o ensino fundamental é dever do Estado e direito do cidadão⁵⁹³.

6.3.3. Princípio da dignidade contratual

Como decorrência da dignidade da pessoa humana, é possível se falar em dignidade contratual, que significa que toda relação contratual encontra-se vinculada à observância daquele princípio, ainda que se tente renunciá-lo.

O fundamento de cada ramo do direito deriva do quadro constitucional, devendo os atos e as atividades ser influenciados, nos seus requisitos de validade e de eficácia e nos seus próprios pressupostos, pela hierarquia dos interesses que resulta da análise das normas de uma Constituição rígida, fonte privilegiada das relações pessoais, econômicas e sociais. O interesse público seria a síntese e a atuação equilibrada dos valores das pessoas consorciadas na unidade de seus direitos⁵⁹⁴.

Se, implicitamente, a atividade econômica se insere no âmbito da livre iniciativa, esta surge legalizada, tão-somente, se cumprida a explícita função de dignificação dos sujeitos contratantes. Na leitura constitucional do direito civil, reconhece-se a atual insuficiência do nosso sistema codificado, tomando-se como vértice de todo o ordenamento jurídico os valores fundamentais do homem, dentre os quais, a dignidade contratual. Tal posição do homem, aqui

⁵⁹³ Op. cit., pág. 167.

⁵⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 285.

sujeito/titular contratante, é decorrência lógica da posição hierárquica normativa ocupada pela Carta Constitucional⁵⁹⁵.

O deslocamento do foco de interpretação do contrato do Código Civil para um sistema civil-constitucional é que enquadra o homem no centro das atenções do ordenamento. Enquanto a Constituição tem no homem o seu ator maior, revelando um efetivo direito “antropocêntrico”, o Código Civil trabalha com o homem “ecocêntrico”. Não há necessário conflito entre as duas leituras, pois ambas trabalham com o mesmo titular de direitos e deveres⁵⁹⁶.

Note-se que se está diante de um suposto paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que a constitucionalização do direito civil aniquila o individualismo inserido no Código Civil, coloca o homem no centro de suas atenções. Ocorre que resgatar o homem não se identifica com a renovação daqueles valores egoísticos contidos no Código Civil, ou seja, não é o homem econômico que figura no vértice constitucional, em que pese ser este, também, tutelado pela Constituição, todavia de forma causal, mas sim, o homem existencial, recepcionada a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo⁵⁹⁷.

Edílson Pereira Nobre Júnior considera que, firmando um contrato em que uma das partes se obrigara a cumprir prestação consistente em ato suscetível de acarretar-lhe, em condições anormais, risco de vida, ou capaz de impor séria ofensa à saúde, ocorre maltrato à ordem pública e, como conseqüência, a invalidade do negócio jurídico. Aqui a ordem pública seria ofendida independente da eventual desigualdade econômica das partes, mas em razão do objeto da relação jurídica obrigacional traduzir menoscabo à índole humana do indivíduo.

⁵⁹⁵ NALIN, Paulo. Op. cit., pág. 243.

⁵⁹⁶ NALIN, Paulo. Ibid., págs. 243/244.

⁵⁹⁷ NALIN, Paulo. Ibid., pág. 244.

Outras hipóteses aptas a gerarem desrespeito à dignidade do ser humano se centram naquelas contratações em que o contratado, durante a execução do seu objeto, encontra-se ante situação capaz de submetê-lo ao ridículo, ou melhor, a tratamento degradante⁵⁹⁸.

Não se pode esquecer, porém, que a invocação da dignidade da pessoa humana, que ressalta a dimensão social dos valores existenciais, ponha em risco a liberdade individual e a autonomia negocial, pois, se de um lado, não se esgota com o mero exercício da prerrogativa de autodeterminação da vontade individual, também não despreza a garantia da liberdade, sem a qual, inclusive, careceria de sentido a própria existência humana⁵⁹⁹.

É inegável que o princípio da liberdade consiste na regra das relações entre indivíduos iguais. Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu projeto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses⁶⁰⁰.

Esta regra tem, contudo, os seus limites. Não pode se admitir, como acentua José Carlos Vieira de Andrade, que, na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico que dá fundamento à própria idéia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afetada⁶⁰¹.

Assim, por exemplo, nos casos de renúncia e, em geral, de auto-restrição do titular do direito fundamental, ainda que se observe a igualdade entre os contratantes e a

⁵⁹⁸ *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica. Dezembro de 2001 a março de 2002. Bauru/SP: Instituição Toledo de Ensino, 2002, pág. 144.

⁵⁹⁹ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., pág. 38.

⁶⁰⁰ Op. cit., págs. 271/272.

⁶⁰¹ Ibid., págs. 273.

manifestação da vontade livre e esclarecida, não se permite a renúncia da dignidade da pessoa humana, para além da qual o indivíduo se reduz à condição de mero objeto ou instrumento do contrato⁶⁰².

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida. Assim, a obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana. E, no campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação, especialmente quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência de um dos contratantes⁶⁰³.

Para Leon Mazeaud, as convenções que afetam a integridade física, mas que não causam nenhum dano, não pode ser proibidas. Isso porque, no mais das vezes, tais contratos são úteis e até mesmo indispensáveis à vida humana, especialmente quando visam a melhorar o estado físico da pessoa, como é o caso das cirurgias estéticas. Nesta situação em particular, os contratos não objetivam ofender a integridade física, mas antes fortalecê-la. Por este motivo, defende que somente ocorre ofensa à dignidade da pessoa humana a intervenção que seja prejudicial à integridade física⁶⁰⁴.

Tudo, como reiteradamente já se disse, depende da análise das peculiaridades do caso concreto, mediante a ponderação entre a dignidade humana e a autonomia privada como extensão da livre iniciativa.

6.3.4. Princípio da solidariedade contratual

⁶⁰² Ibid., págs. 272274.

⁶⁰³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista dos Tribunais. Ano 91. Volume 797. Março de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 22/23.

⁶⁰⁴ *Los Contratos sobre el Cuerpo Humano*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 6. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1953, pág. 84.

Solidariedade e mercado são dois elementos que desafiam uma aproximação sob única perspectiva, pois a tradição liberal do direito privado condiciona o pensamento à tese de que o mercado não seria local de demonstrações solidárias, mas, de competição, onde os interesses egoísticos dos indivíduos se apresentam mais salientes. No entanto, a Constituição de 1988, quando esquadrinha o art. 170, não se limita aos clássicos valores patrimoniais de troca, mas também busca concretizar interesses existenciais diversos⁶⁰⁵.

O princípio da solidariedade contratual nada mais reflete do que o princípio da boa-fé no plano constitucional. A boa-fé objetiva, portanto, derivaria do princípio constitucional da solidariedade social. Este é o entendimento de Eugênio Facchini Neto, embora registre que alguns doutrinadores preferam considerar que o princípio da boa-fé objetiva derivaria do princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰⁶. No entanto, para Teresa Negreiros, é o princípio da função social do contrato que decorre do princípio constitucional da solidariedade, porquanto estaria a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si⁶⁰⁷.

A importância da noção de solidariedade é tamanha no campo contratual que Paulo Nalin conceitua o contrato interprivado como **“a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”**. Segundo ele, hoje, o contrato é relação complexa solidária⁶⁰⁸.

Para Wilson Steinmetz, o princípio constitucional da solidariedade “é um fundamento adicional e de reforço à vinculação dos particulares a direitos fundamentais”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ NALIN, Paulo. Op. cit., págs. 183 e 188/189.

⁶⁰⁶ Op. cit., pág. 45.

⁶⁰⁷ Op. cit., pág. 209.

⁶⁰⁸ Op. cit., pág. 253.

⁶⁰⁹ Op. cit., pág. 117.

Mas pondera que a projeção da solidariedade sobre as relações entre particulares não tem a mesma intensidade daquela que se verifica entre o Estado e os cidadãos⁶¹⁰.

A vinculação sobre o Estado é “forte”, enquanto que sobre as relações privadas é “fraca” ou “branda”. E justifica dizendo que “uma vinculação ‘forte’ dos particulares ao princípio da solidariedade poderia conduzir aos grandes equívocos teóricos e práticos das ideologias e dos regimes coletivistas do século XX, nos quais houve uma ‘funcionalização’ – por vezes, ‘diluição’ e até mesmo ‘eliminação’ – do indivíduo em favor do Estado e da coletividade social. Tomar ou usar o indivíduo como ‘função’ da coletividade contraria decisões fundamentais da CF. A ‘funcionalização’ da pessoa é incompatível com o sentido e a finalidade do princípio da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais de liberdade”⁶¹¹.

A novidade da constitucionalização do direito privado repousa em considerar as relações obrigacionais, em larga medida, como deveres de solidariedade social. A dúvida, contudo, reside em saber como especificá-los, e a quem é atribuída esta tarefa, pois não se pode imaginar que a configuração desses deveres fique exclusivamente ao completo alvedrio do intérprete. Consoante entende Judith Martins-Costa, apenas por intermédio das cláusulas gerais contidas na lei, é que seria possível estipular deveres de solidariedade social no contrato. O auxílio da lei, para organizar os deveres, e o da jurisprudência, para definir a sua extensão e o seu alcance, seria indispensável⁶¹².

Vê-se que, em relação à solidariedade contratual, propõe Judith Martins-Costa a adoção da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Porém, já restou dito, que distinção alguma, na prática, se verifica entre a eficácia mediata e imediata, quando a

⁶¹⁰ Ibid., pág. 120.

⁶¹¹ Ibid., pág. 120.

⁶¹² MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 629/632.

aplicação dos direitos fundamentais nas relações interpriadas é efetuada pelo juiz na solução do caso concreto.

Um dos exemplos mais eloqüentes de contratos marcados com o selo da cooperação e da solidariedade são os contratos de planos de saúde, cuja essência é justamente o vínculo recíproco direcionado para o mesmo fim, mantendo uma relação de apoio e de adesão ao objetivo compartilhado. A solidariedade, nesta espécie contratual, estaria intrinsecamente ligada à idade dos consumidores⁶¹³.

O grupo de consumidores presentes no plano se une, em mutualidade, expondo-se aos mesmos perigos, às mesmas possibilidades de danos à saúde. Unem-se solidariamente para organizar uma espécie de fundo gerido pelo fornecedor que organiza uma cadeia de prestadores de saúde ou reembolsa despesas de saúde e gere as verbas. Para garantir que poderão manter-se no sistema, apesar de aposentados e mais “doentes”, os consumidores aderem ao plano ainda jovens e por muito tempo contribuem para o sistema, devendo, à luz do princípio da solidariedade, os cálculos do fornecedor assegurarem que os mais novos poderão sustentar no sistema aqueles com maior sinistralidade⁶¹⁴.

Para Cláudia Lima Marques, só deve ser possível o aumento ou reajuste geral por faixas quando ocorrer um aumento do risco abstrato de doenças, pois, segundo entende, permitir qualquer tipo de reajuste seria injusto e revoltaria os princípios básicos da mutualidade e da solidariedade no qual se baseia o sistema. A idéia do plano é justamente

⁶¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, págs. 206 e 208.

⁶¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Ibid.*, págs. 206.

transferir o risco abstrato de doenças para todo o sistema, suavizando e solidarizando seu preço, para que seja suportado por todos⁶¹⁵.

6.3.5. Princípio da justiça contratual

A propriedade constitui instrumento de instauração de novas e mais justas relações entre os cidadãos e a sua tutela supõe a utilização dos bens adequada à satisfação de interesses de dadas categorias de cidadãos, sempre que esteja em causa a satisfação de necessidades que a Constituição considera prioritárias e protege diretamente⁶¹⁶.

Busca-se, através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes, criando mecanismos de distribuição de benefícios sociais da vida comum. O direito social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social. Ao juiz caberá, em situações de crise vividas no caso concreto, transformar a realidade social egoísta até que se chegue àquele ideal de justiça social⁶¹⁷.

Para Teresa Negreiros, a noção de equilíbrio no contrato pressupõe à preocupação com o justo, no sentido da necessidade de estabelecer um critério paritário de distribuição dos bens. Justiça contratual, segundo entende, ocorreria quando as prestações de um e de outro contratante, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Havendo exagerada ou

⁶¹⁵MARQUES, Cláudia Lima. *Ibid.*, pág. 208.

⁶¹⁶PRATA, Ana. *Op. cit.*, pág. 181.

⁶¹⁷TIMM, Luciano Benetti. *As Origens do Contrato no Novo Código Civil: Uma Introdução à Função Social, ao Welfarismo e ao Solidarismo Contratual*. Revista dos Tribunais. Ano 85. Volume 844. Fevereiro de 2006, pág. 89.

excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, tem-se situação de verdadeira injustiça contratual⁶¹⁸.

O princípio do equilíbrio econômico nada mais seria do que a densificação, no espaço contratual, do princípio da justiça social previsto como princípio geral da atividade econômica no *caput* do art. 170 da C.F.⁶¹⁹. Aliás, Paulo Luiz Netto Lôbo defende o compromisso do contrato com a justiça social, justamente em decorrência dos postulados da ordem econômica capitulados na Constituição⁶²⁰.

Pietro Perlingieri, ao tratar da justiça no plano contratual, prefere, no entanto, adotar a teoria mediata dos direitos fundamentais, fazendo incidir o valor da justiça social no direito civil, através das cláusulas gerais estampadas na legislação no tocante à equidade, ao estado de necessidade, à lesão, à causa não imputável, à boa-fé, dentre outras⁶²¹.

6.4. Ponderação entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos nos contratos celebrados entre particulares

Estes princípios contratuais de natureza constitucional, além dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos, inclusive os previstos no art. 6º da Constituição de 1988, devem ser colocados em posição de colisão, no desiderato de aferir qual deles há de preponderar no conflito contratual concreto submetido à análise judicial.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas leva em consideração a “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções” que exercem, de sorte a possibilitar

⁶¹⁸ Op. cit., pág. 168.

⁶¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit., págs. 45/46.

⁶²⁰ *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. Nº 141. Jan/mar de 1999, pág. 107.

⁶²¹ Op. cit., pág. 49.

“soluções diferenciadas” face ao caso concreto a concretizar. Por esta razão, deve-se rejeitar, como bem pontifica Cristina M. M. Queiroz, a crítica da “perversão” da ordem jurídico-privada pela “hipertrofia” dos direitos fundamentais. Para ela, não se pode permitir que a afirmação dos direitos fundamentais afete o núcleo irreduzível do princípio da autonomia privada, a ponto de torná-lo irreconhecível. Atento a isso, a colisão existente entre eles só poderá ser resolvido pelo recurso a uma “ponderação” ou “contrapeso de bens” no caso concreto”⁶²².

No âmbito da ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, justifica - e até mesmo exige - a imposição de restrições a outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental⁶²³.

Isso não quer dizer, porém, que existe uma hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, a ponto de justificar uma inviável inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, à luz da dignidade da pessoa humana ou de outros direitos fundamentais.

Ao partir do pressuposto da primazia dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, Wilson Steinmetz propõe, no plano dos direitos individuais, quatro precedências gerais que considera dogmaticamente corretas, para o âmbito das relações contratuais privadas: a) em situação de igualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o

⁶²² *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, págs. 278/280.

⁶²³ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, págs. 115/116.

princípio da autonomia privada; b) em situação de desigualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; c) em situação de igualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial; e d) em situação de desigualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada⁶²⁴.

No entanto, alerta Wilson Steinmetz que não se pode admitir uma eficácia imediata, linear, absoluta, universal e definida, abstratamente, de uma vez por todas, mas, antes, uma eficácia “matizada” ou “modulada”. Os juízes e tribunais estão obrigados a interpretar e aplicar as disposições dos direitos fundamentais em sintonia com a Constituição⁶²⁵.

Mas, havendo regulação legislativa concretizadora específica, em conformidade com a Constituição e com os direitos fundamentais, deve-se dar a ela prioridade aplicativa. Eventual desconsideração da harmonização ou dos direitos fundamentais ou entre esses direitos e a autonomia privada proposta pelo legislador na esfera do direito privado, exige do Judiciário a apresentação de razões argumentativas jurídico-constitucionais de peso, à luz da ponderação e da proporcionalidade⁶²⁶.

Sugere-se, neste sentido, a utilização da teoria de Alexy, sobretudo no campo da ponderação entre os princípios, direitos e bens constitucionalmente tutelados, mediante a “Fórmula de Peso”, que enaltece três referenciais básicos para definir qual deles haveria de prevalecer no caso concreto: a) o “peso abstrato” e o “peso concreto” de cada um dos valores ou princípios colidentes; b) a interferência que a realização de um causa reciprocamente no

⁶²⁴ Op. cit., pág. 224.

⁶²⁵ Op. cit., pág. 273.

⁶²⁶ Ibid., pág. 274.

outro; e c) as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas aos direitos em colisão.

Evidentemente, o peso ou a importância, em abstrato, dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos previstos no art. 6º da Constituição (saúde, educação, moradia, proteção da criança e do adolescente, dentre outros) é maior do que a autonomia privada ou a livre iniciativa (também direitos constitucionalmente protegidos). A despeito disso, quando o direito ou o bem constitucional tutelado não se encontra ameaçado de sofrer ofensa em seu núcleo essencial (dignidade da pessoa humana), o peso concreto não se apresenta superior. Por isso, no mais das vezes, a solução da colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais ocorre pela análise do grau de interferência que um deles exerce sobre o outro.

Assim, por exemplo, nas situações em que a saúde ou a vida é posta em risco seriamente, a primazia que se conceberia à autonomia privada ou a livre iniciativa interferiria no direito fundamental à saúde, a ponto de anulá-lo completamente, inclusive atingindo irremediavelmente a dignidade da pessoa humana.

Em alguns casos julgados pelos tribunais, não há sequer uma única referência à Constituição, mas unicamente a dispositivos pinçados da legislação infraconstitucional (civil e/ou consumerista), ainda assim a fundamentação que dá respaldo a decisão têm embasamento eminentemente constitucional, em especial quando leva em consideração a relevância do bem contratual em jogo. Isso é muito comum nos contratos relativos a planos ou seguros de saúde, em que o bem, além de se mostrar essencial à existência do próprio ser humano, é constitucionalmente tutelado.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Segunda Seção, em julgamento posterior ao ocorrido no RESP nº 158.728/RJ, sedimentou o entendimento no sentido da abusividade da

cláusula contratual de plano ou seguro de saúde que limitava o tempo de internação do segurado⁶²⁷, adotando, ainda que implicitamente, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.

A despeito da equivocada afirmação de que haveria vedação à restrição de direitos fundamentais em contratos⁶²⁸, o Tribunal, para decidir em prol do consumidor, efetuou um exercício de ponderação de direitos fundamentais postos em colisão. Considerou que, se, de um vértice, há o direito do segurado à saúde e à vida, também não se pode esquecer que, do outro, a seguradora está amparada na liberdade de iniciativa e de contratar, princípios igualmente tuteláveis pela Constituição.

No voto-condutor do julgamento, o relator ressaltou a técnica da ponderação entre bens constitucionalmente protegidos nos seguintes moldes: “De um lado, a liberdade de contratar, a regra do art. 1460 do Código Civil (‘quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador’) e a obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, de garantir a saúde da população. De outro, a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direitos e a necessidade de preservar-se o maior dos valores humanos, que é a vida. Ponderando as duas correntes, tenho que mais acertada a segundo, notadamente por não encontrar justificativa na limitação de internação imposta pelas seguradoras. Se a doença é coberta pelo contrato de seguro (e isso a recorrida não nega), não se mostra razoável a limitação a seu tratamento. Até porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação”.

⁶²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 251.024/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. STJ, Brasília, DF, 27 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 19 de setembro de 2007.

⁶²⁸ Essa assertiva merece reparos, pois, como já se disse, o próprio contrato já se constitui em legítimo instrumento de auto-restrição ou renúncia de direitos fundamentais. O que se deve atentar, em compasso com a lição de Vieira de Andrade, é se a renúncia se manifesta livre e esclarecida.

Neste caso específico, o exercício de ponderação realizado pelo Superior Tribunal de Justiça entre o direito à saúde e a autonomia privada acabou por dar primazia ao interesse existencial sobre o patrimonial. Sem embargo disso, se não se tratasse de hipótese de internamento de paciente em estado grave, mas simples tratamento, consulta ou atendimento, sem que se estivesse a correr risco de vida ou de piora da saúde, nada obstava que preponderasse o interesse patrimonial de titularidade do plano de saúde.

Além de se constatar maior peso, tanto na órbita abstrata como na concreta, seguramente a limitação do tempo de internamento chega a interferir no direito à saúde com tamanha gravidade que, praticamente, a esvazia de modo definitivo, inclusive alcançando o seu núcleo essencial, em prol do interesse protegido pela autonomia privada.

Raciocínio similar foi utilizado em recente julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça em relação à pretensa nulidade de cláusula de carência em plano de saúde. Sem embargo de considerar válida cláusula de carência, a Corte Superior, no caso específico decidido, decretou a sua nulidade, por ter ocorrido circunstância excepcional, ocasionada por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave (tumor neurológico, com comprometimento da medula espinhal ao nível da 7ª vértebra cervical até a 3ª vértebra torácica). Se não combatida a tempo, seria inócuo o contrato de plano de saúde, que é de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. O Tribunal realizou, como deveria, um sopesamento entre os interesses ou direitos constitucionalmente protegidos que se achavam em colisão: direito à saúde e à vida e o princípio da autonomia privada (livre iniciativa).

No voto do relator, isso fica bem evidente, como se vê neste trecho: “a cláusula que fixa a carência para certos tratamento, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa usufruir de determinados benefícios. As condições são

voluntariamente aceitas, os planos são inúmeros e oferecem variados serviços e níveis de assistência médica, tudo compatível com a contraprestação financeira acordada e de conhecimento da pessoa que neles ingressam por livre escolha, salvo algum lapso ou vício existente no contrato, aqui não detectado pela instância de origem, soberana em seu exame. Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao revelo comercial, além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito”⁶²⁹.

No mesmo compasso, é possível identificar a adoção, ainda que tacitamente, da teoria horizontal dos direitos fundamentais, em outros casos decididos pelos tribunais ordinários, quando decidem a respeito de conflitos contratuais cujo objeto se constitui em bem constitucionalmente protegido. A relevância do objeto contratual, assim reconhecida por ser verdadeiro direito fundamental, exige um tratamento diferenciado e, conseqüentemente, uma abordagem de cunho constitucional da questão contratual, apenas solucionável mediante a aplicação da técnica da ponderação de bens.

Em outra situação relacionada a plano de saúde, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve decisão concessiva de tutela antecipada, em sede de agravo de instrumento, que obrigava plano de saúde a efetuar a cobertura de cirurgia de redução mamária, por considerá-la necessária à eliminação das fortes dores sofridas pela paciente, causadas pela dorsolombalgia.

Porém, mais importante do que isso, foi o Tribunal ter se valido da ponderação dos bens envolvidos e, portanto, aproximado-se da teoria dos deveres de proteção, apurando que

⁶²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 466.667/SP. 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. STJ, Brasília/DF, 27 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 17 de janeiro de 2008.

relegar o procedimento cirúrgico, em caso de urgência, para momento posterior ao trânsito em julgado da sentença importaria em sofrimento prolongado, atentando frontalmente contra o direito fundamental à saúde, que deve prevalecer sobre o direito patrimonial pertencente ao plano de saúde⁶³⁰, passível de ser satisfeito a longo prazo.

Se, nesta espécie, não se importasse em sofrimento ao paciente, a ponderação entre os bens envolvidos autorizaria a recusa da cobertura pelo plano de saúde, em situações em que se poderia aguardar um determinado tempo, como, por exemplo, o cumprimento contratual do período de carência.

Na mesma esteira, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assegurar a paciente, que necessitava se submeter à cirurgia cardíaca, cobertura do seguro de saúde privado da utilização de aparelho cardioversor desfibrilador nesse procedimento. A Corte estadual entendeu que excluir a cobertura do aparelho inviabilizaria à própria realização do procedimento cirúrgico, invocando, neste sentido, os direitos fundamentais à vida e à saúde. No caso, deveria preponderar a tutela dos direitos à vida e à saúde em detrimento das questões obrigacionais e contratuais, notadamente, quando as cláusulas de exclusão não estão subscritas ou rubricadas pelo segurado⁶³¹.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, Clayton Maranhão defende que, na sociedade de consumo, deve se impor a prorrogação imediata dos planos privados de saúde, prescindindo da vontade declarada do operador em renovar o prazo contratual⁶³².

⁶³⁰ ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2004.022939-9. Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. TJSC, Florianópolis, SC, 07 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁶³¹ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2006.001.55412. Rel. Des. Roberto de Abreu. TJRJ, Rio de Janeiro, RJ, 20 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

⁶³² *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 208.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em outra situação que não a pertinente à saúde, também se baseou em direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, da educação e dos que conferem proteção à criança e ao adolescente, para impedir o corte decretado pela concessionária (pessoa jurídica privada) no fornecimento de energia elétrica à escola modelo de Suruí, localizada no Município de Magé/RJ, em razão de elevada inadimplência municipal.

Sem embargo de um das partes da relação processual não ser propriamente entidade privada (Município de Magé), o Tribunal, para obstar o corte no fornecimento de energia elétrica, socorreu-se de princípios constitucionais cujos titulares eram particulares (alunos da instituição de ensino municipal). O corte de energia elétrica atentava contra o pleno desenvolvimento da educação a que tinham direito os alunos da escola modelo (particulares).

Aliás, a decisão assentou que o exercício do direito à educação não se constituía apenas dever do Estado, mas também da sociedade, especialmente em uma comunidade local de notória carência econômico-financeira. Logo, dever-se-ia dar predominância a esse interesse social e coletivo em detrimento do direito da concessionária recuperar o seu expressivo crédito, até porque poderia perfeitamente buscar o ressarcimento devido pelos meios judiciais próprios⁶³³.

É muito provável que, nesta situação, se o município não abrigasse uma escola, mas, por exemplo, uma repartição administrativa qualquer que desempenhasse atividades burocráticas, o Tribunal teria permitido o corte de energia elétrica.

Gustavo Tepedino exemplifica uma situação observada no liame contratual firmado entre locador e locatário que sofre a incidência de direitos fundamentais. Assinala que, em

⁶³³ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.00059. Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho. TJRJ, Rio de Janeiro, RJ, 06 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

virtude da impossibilidade de previsão de todos os conflitos entre locador e locatário, a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91) fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu habitat⁶³⁴.

A Lei de Locações, em seu art. 30, fixa como critério de desempate na hipótese de múltiplos locatários, com contratos iniciados na mesma data, que queiram igualmente exercer o direito de preferência, a idade do inquilino, decidindo o legislador em favor do locatário mais idoso. Porém, conta que alguns magistrados já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade desse dispositivo, pois estaria ferindo o princípio da isonomia. Entretanto, entende Tepedino que há diferença entre a discriminação arbitrária e o tratamento legitimamente diferenciado. Se a Constituição determina o dever do Estado amparar idosos, nos termos do art. 230, esse dever não pode ser interpretado apenas como estímulo à construção de asilos, mas também como base para evitar o tormento do locatário mais idoso em se mudar de residência, daí decorrendo o desempate a seu favor no exercício do direito de preferência⁶³⁵. Neste caso, mesmo que não houvesse lei específica sobre essa estipulação, o juiz, pela teoria dos deveres de proteção, poderia, à luz da Constituição, conferir tratamento diferenciado em favor do idoso.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, fundado no direito fundamental à moradia, manteve sentença proferida em sede de ação cautelar, para impedir a imissão de posse de terceiro adquirente de imóvel residencial, que o adquiriu em execução extrajudicial movida por instituição financeira contra o mutuário inadimplente. Entendeu-se que a interpretação da Lei 10.150/2000 deve ser influenciada pela carga de eficácia resultante dos

⁶³⁴ *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 16.

⁶³⁵ *Ibid.*, *Ibidem*.

direitos fundamentais e, por conseguinte, ser aplicada em harmonia com o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição. Também constatou a presença de *periculum in mora* consistente no risco de que a desocupação do imóvel residencial e a consequente imissão de posse pelo novo adquirente inviabilizassem futura decisão judicial que garantisse ao mutuário inadimplente o direito à formalização do arrendamento com opção de compra⁶³⁶.

A Corte Federal ponderou os interesses conflitantes, inclusive os do terceiro adquirente, e optou por fazer preponderar o direito do mutuário inadimplente à proteção da moradia, de caráter existencial, em detrimento do interesse de efetivar o direito de propriedade, de cunho eminentemente patrimonial. É claro que o interesse do terceiro adquirente também pode abrigar o direito fundamental à moradia, se foi adquirido com o intuito de servir de residência familiar, porém o Tribunal Regional, lastreado de igual maneira na ponderação dos bens em disputa, reconheceu que, na colisão entre os interesses de desalojar a família do mutuário inadimplente e de alojar a família do terceiro adquirente, haveria de prevalecer, no caso concreto, situação fática que já se prolongava há algum tempo e, portanto, em favor da primeira. Eventual mudança nesse cenário provocaria maiores transtornos às partes do que a sua manutenção.

Diferente poderia ter sido o resultado se o mútuo habitacional fosse destinado à aquisição de casa de campo ou de veraneio, já que, nestas situações, haveria mera limitação do direito constitucional à moradia, sem que estivesse atingida a dignidade mínima da família, ante à preservação da residência principal como unidade domiciliar.

Outro caso que diz respeito ao direito constitucional à moradia foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, numa situação semelhante a enfrentada pelo Supremo

⁶³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 324783/AL. Quarta Turma. Rel. Des. Edílson Nobre. TRF-5ª, Recife, PE, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 16 de agosto de 2007.

Tribunal Federal, mas com desfecho diverso, e se refere à possibilidade de penhora de bem de família do fiador de contrato de locação. O Tribunal estadual, diferentemente do Excelso Pretório, partiu da premissa de que o direito fundamental à moradia não pode ser renunciado, pois a sua tutela interessa ao Estado, como Nação. Ainda que se tratasse de propriedade exclusiva do fiador, não interessa ao Estado ver a família ser jogada na rua da amargura, para saldar dívidas de natureza privada, aumentando, ainda mais, o caos social que se instalou no País⁶³⁷.

Nada obstante a impropriedade da afirmação de que os direitos fundamentais, dentre eles o de moradia, não podem ser renunciados, a decisão do Tribunal estadual mostra-se mais consentânea com os valores e os princípios constitucionais. De fato, a se entender que o direito à moradia não pode ser renunciado, pelo simples fato de ser um direito fundamental, chegar-ser-ia ao absurdo de considerar nulo qualquer contrato de compra e venda que alienasse o único bem imóvel da família e, praticamente, tornar impossível qualquer outra transação negocial em relação a ele.

O que tem que ser analisado é se a renúncia ao direito de moradia, *a priori* possível, interfere no campo da dignidade da pessoa humana, da qual o titular, mesmo que assim expresse e deseje, não pode renunciar. Como já se assinalou, os direitos sociais, sendo um deles o de moradia, corresponde a um dos consectários lógicos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, quando a renúncia ao direito social à moradia interfere (requisito do grau de interferência) na própria dignidade da pessoa humana, atinge irremediavelmente o núcleo essencial de qualquer direito fundamental e, se não coibido, fere a unidade da Constituição e a proteção que se almeja dos direitos fundamentais.

⁶³⁷ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.03.030944-7/001. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. TJMG, Belo Horizonte, MG, 15 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 15 de agosto de 2007.

No caso da penhora de bem imóvel de família de fiador, é um preço caro demais que se paga pela renúncia que se faz ao direito constitucional à moradia, que nem mesmo o locatário esteve disposto a pagar. A perda do único imóvel residencial do fiador, nestas condições, redundará na total desproteção de sua família que ficará sem condições mínimas de existência digna. É uma situação bem diferente daquela em que o potencial fiador opta por vender, voluntariamente, o seu único imóvel ou, mesmo nos casos em que decide doá-lo graciosamente a outrem, pois, nestas hipóteses, a vontade de transferir o bem a terceiro manifesta-se de forma livre e esclarecida, que consiste em requisito essencial da renúncia a direitos fundamentais.

Diverso é o caso do fiador. Quando aceita prestar a garantia de fiança para viabilizar a celebração do contrato de locação, o fiador não concorda – ou pelo menos não expressamente – em perder o imóvel, em caso de inadimplência do locatário. A fiança, como o próprio nome já sugere, decorre de uma relação de confiança entre o fiador e o afiançado. Normalmente, o fiador confia que o afiançado não irá lhe trazer maiores transtornos, nunca imaginando, no mais das vezes, que pode correr o risco de perder, em processo judicial, o único imóvel residencial que possui para abrigar a sua família, pois, se imaginasse, provavelmente não se ofereceria a prestar-lhe fiança. Muitas vezes, o fiador aceita prestar fiança, para não perder a amizade com chefes, colegas de trabalho, amigos de infância, parentes ou outras pessoas próximas a quem não se pode negar um favor. Nestes casos, não pode sustentar que há vontade livre e esclarecida do fiador. Variadas circunstâncias metajurídicas impedem, pois, que o fiador esteja livre para recusar voluntariamente o pedido de fiança. Assumir o risco da fiança não pode ser equiparado à manifestação da vontade livre e esclarecida, pois, se aceita assumir um ônus, é porque não dispõe de liberdade, mas tão-somente uma falsa liberdade. Por isso, o fato de a fiança corresponder à renúncia ao direito

fundamental à moradia, na maioria dos casos, não ocorre por expressa manifestação da vontade livre e esclarecida do fiador.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que fora expandido, pode-se concluir, em princípio, que os direitos fundamentais podem incidir nas relações contratuais privadas que tenham como objeto direitos ou bens constitucionalmente protegidos, dentre eles a autonomia privada calcada na livre iniciativa, por meio das teorias dos deveres de proteção e as de Robert Alexy atinentes à ponderação e à proporcionalidade em sentido geral.

O direito civil regula os mais generalizantes institutos relacionados ao homem e afeta as relações jurídicas mais comuns da vida em sociedade. Daí a justificativa das figuras civilísticas encontrarem-se plasmadas, com grande frequência, na Constituição. Na Constituição brasileira de 1988, podem ser mencionados, como institutos originariamente de natureza civil, a propriedade (art. 5º, XXII), a herança (art. 5º, XXX) e a família (art. 226).

As mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e a imprescindibilidade de os direitos fundamentais, independentemente de previsão expressa na Constituição, terem que ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam.

Por derivar da própria essência dos direitos fundamentais, a proporcionalidade desfruta de íntima conexão com os princípios, a ponto de se sustentar que o simples caráter principiológico de uma norma jurídica já pressupor a proporcionalidade, por meio dos postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na apreciação específica da proporcionalidade em sentido estrito, para determinar qual dos valores ou princípios fundamentais em rota de colisão, dentre eles a autonomia privada, deve ser considerado mais relevante, é necessário argumentar acerca dos seguintes fatores: a) o “peso abstrato” e o “peso concreto” de cada um dos valores ou princípios

colidentes; b) a interferência que a realização de um causa reciprocamente no outro; e c) as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas aos direitos em colisão.

À luz da dimensão objetiva, a possibilidade de vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (indivíduo/indivíduo), além de servir de proteção contra os poderes econômico-sociais, propicia a manutenção de uma coerência e unidade interna ao ordenamento jurídico, evitando a estranha situação de dupla ética no seio da sociedade, uma fundada na legislação infraconstitucional, preferencialmente no Código Civil, e outra, completamente divergente, amparada na primazia dos direitos fundamentais contidos na Constituição.

Para que ocorra efetivamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mostra-se imprescindível a realização da ponderação dos bens, valores e princípios consagrados na Constituição, eventualmente colidentes. A particularidade de haver, no liame interprivados, dois sujeitos titulares de direitos fundamentais, por si só, já justifica a imperiosidade da utilização da técnica da ponderação, para resolver os conflitos que surjam.

Por isso, a problemática da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas corresponde, em última análise, a uma colisão de direitos fundamentais titularizados por particulares, na medida em que o exercício de um direito fundamental por um particular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro particular.

Com base na teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não atuam como direitos subjetivos contra outros particulares, mas permite a projeção de efeitos jurídicos sobre o direito privado, recorrendo-se diretamente à norma constitucional para resolver os conflitos entre particulares. À vista disso, para que a articulação seja correta, o juiz, no exame do caso concreto, deverá ponderar cuidadosamente a eficácia limitadora

daqueles princípios em relação ao conteúdo e o grau de interferência que provocam nos bens ou nos direitos constitucionalmente protegidos. E não deve esquecer que deve ser resolvido sempre procurando preservar o núcleo essencial (e em especial, a dignidade da pessoa humana) dos direitos e interesses em jogo.

Assim, numa relação contratual, prevalece, em primeiro lugar, com base na teoria dos deveres de proteção, que se mostra mais adequada às especificidades das relações privadas, a liberdade de conformação do legislador, através da produção legiferante do direito privado. Mas, em caso de inexistência de norma específica ou havendo insuficiência na regulamentação, quando submetidos os conflitos contratuais à análise judicial, deverá o juiz efetuar a ponderação entre os direitos ou bens constitucionalmente protegidos em colisão, valendo-se, na operação, do princípio da proporcionalidade.

A concepção liberal do contrato, em virtude da qualidade abstrata do sujeito abstrato, não leva em consideração a qualidade das partes contratantes ou a condição referente à classe, ao status, ao grupo, à família ou à situação social das partes. Também não se dá nenhuma importância ou relevância substantiva à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual, devendo o contrato ser mantido a qualquer custo, inclusive social, à luz do princípio do *pacta sunt servanda*. A circunstância de o bem objeto do contrato ser essencial ou relevante à existência humana não tinha qualquer repercussão no tratamento contratual dispensado. Aliás, como o Código Civil centralizava em um único corpo legislativo todo o sistema normativo e, sobretudo, aplicativo, do direito privado, o fato de determinados bens ou direitos estarem assentados na Constituição, ou mesmo sendo considerados fundamentais à condição humana, ainda mais porque eram oponíveis apenas contra o Estado, não acarretavam qualquer reflexo no tratamento contratual, a não ser em casos excepcionais de ameaça de perda definitiva.

A exacerbação da valorização do indivíduo e a conseqüente perda do sentimento coletivo do homem renderam margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Aliado a isso, a doutrina da mínima intervenção do Estado nas relações privadas não o autorizava a proteger os menos afortunados, acarretando uma crescente injustiça social. Ao conceder a todos o direito de ser livre, não se assegurou a ninguém o poder de ser livre. Isso inspirou o nascimento do Estado social e, por via de conseqüência, da concepção social dos contratos. A liberdade antes irrestrita à formação da vontade contratual começou a sofrer, em novo momento histórico da humanidade, limitações a bem do interesse público. A vontade continuava ainda a ser fonte da obrigação jurídica, porém com a possibilidade de ser restringida pelos interesses da coletividade.

Além disso, as necessidades sociais de aumentar a produção e a utilização crescente dos bens econômicos também se constituíram no estopim do nascimento da fase social dos direitos, que levavam em consideração as finalidades para as quais os havia criado. Emergia uma nova perspectiva que dava relevância à função exercida pelo direito e que modela o seu exercício a uma finalidade solidária. A funcionalização dos institutos jurídicos em favor do interesse social inspirou a construção da concepção socializante do contrato, na qual não se tutela o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas antes procura proteger um terceiro interesse, recíproco e que transcende à vontade meramente individualizada, formado objetivamente da avença.

Daí se começou a perceber que, nos mais das vezes, o modelo massificado do contrato de adesão fomentava a existência de constantes desequilíbrios entre as partes contratantes, pois, em situações em que o bem contratual era essencial ou imprescindível à vida contemporânea do homem, o consumidor tinha que se submeter aos seus ditames, mesmo

a seu desgosto. Isso favoreceu o surgimento de cláusulas abusivas e, sobretudo, constantes ofensas a direitos ou bens considerados fundamentais ou constitucionalmente protegidos.

A perspectiva social do contrato que caracteriza o Estado social, também chamado de Estado do bem-estar social (*Welfare State*), porém, não se mostrou mais adequada à resolução de conflitos contratuais que surgiram no recente Estado pós-social, justificando a criação de uma nova concepção contratual diferenciada, fundada em novos valores e princípios que o norteiam.

Tem-se revelado imprescindível, no atual momento da teoria contratual, buscar soluções diferenciadas para tratar de contratos que tenham como objeto direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, uma vez que não há, no sistema normativo civil-constitucional, homogeneidade axiológica que unifique a teoria contratual em torno de um único e absoluto valor: liberdade individual ou solidariedade social.

Nem o Código Civil de 2002, nem sequer o Código de Defesa do Consumidor, fazem distinção entre contratos de adesão, tomando como base a natureza do bem jurídico objeto de circulação. A proteção contratual tende a recair em favor do consumidor com a mesma intensidade e nível de tutela simplesmente pelo fato de se tratar de contrato de adesão, independentemente se o bem ou o direito em questão é constitucionalmente relevante à vida humana.

Para resolver de maneira mais adequada essa problemática, sugere-se, como teoria contratual diferenciada, a adoção do critério da simples existência, na relação contratual, de um direito ou bem constitucionalmente protegido, ao lado da autonomia privada e da livre iniciativa.

Dessa forma, naqueles contratos que tenham bens constitucionalmente protegidos, em especial os constantes no art. 6º da Constituição de 1988, em confronto com a autonomia

privada e a livre iniciativa, a teoria contratual deve ser diferenciada para permitir a eficácia dos direitos fundamentais, por meio da doutrina dos deveres de proteção.

A determinação do conteúdo do contrato, na concepção do Estado pós-social, encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, de forma a concebê-lo como instrumento a serviço da dignidade e do desenvolvimento da pessoa, mormente porque determinados serviços, de fato, integram-se na vida como algo a ela inerente, tais como o acesso ao crédito, os seguros de saúde médico-hospitalar, aqueles de informações e de lazer por cabo, televisão e telefone. A vida contemporânea não dispensa o ininterrupto acesso a bens e serviços ligados à segurança, à educação, à saúde, ao crédito, à informação e ao lazer.

Hão de ser conciliados os velhos e novos princípios, em um processo histórico de acumulação de direitos e princípios que passam a ser fundamentais à coletividade. Daí a necessidade de identificar e reconhecer novos princípios do direito civil-constitucional que podem ser extraídos da visão sistemática e unitária da Constituição e que passam a ficar sujeitos à ponderação, no intuito de resolver eventuais conflitos existentes entre eles, por intermédio da teoria dos deveres de proteção.

Estes princípios contratuais de natureza constitucional, além dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos, inclusive os previstos no art. 6º da Constituição de 1988, devem ser colocados em posição de colisão, no desiderato de aferir qual deles há de preponderar no conflito contratual concreto submetido à análise judicial.

Evidentemente, o peso ou a importância, em abstrato, dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos previstos no art. 6º da Constituição (saúde, educação, moradia, proteção da criança e do adolescente, dentre outros) é maior do que a autonomia privada ou a livre iniciativa (também direitos constitucionalmente protegidos). A despeito

disso, quando o direito ou o bem constitucional tutelado não se encontra ameaçado de sofrer ofensa em seu núcleo essencial (dignidade da pessoa humana), o peso concreto não se apresenta superior. Nesta linha, no mais das vezes, a solução da colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais ocorre pela análise do grau de interferência que um deles exerce sobre o outro.

Nas situações, por exemplo, em que a saúde ou a vida é posta em risco seriamente, a se conceber primazia à autonomia privada ou a livre iniciativa, o grau de interferência no direito fundamental à saúde pode ser tamanho que o anule completamente, inclusive atingindo irremediavelmente a dignidade da pessoa humana.

8. REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. Págs. 15/30.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Projeto do Código Civil – As Obrigações e os Contratos*. Revista dos Tribunais. Ano 89. Nº 775. Maio de 2000. Págs. 18/31.
- _____. *As Obrigações e os Contratos*. Revista do CEJ/Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. N. 1. Brasília: CJF, 1997. Págs. 31/39.
- _____. *O Novo Código Civil e o Código do Consumidor*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 6. Nº 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003. Págs. 15/29.
- AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *Autonomía Privada y Derechos Fundamentales*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 46. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1993. Págs. 57/122.
- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.
- _____. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: University Press, 2004.
- ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *Sobre a Dignidade da Pessoa*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 218/230.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *A Liberdade de Iniciativa Econômica: Fundamento, natureza e garantia constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Ano 23. Nº 92. Outubro/dezembro de 1996. Págs. 226/240.
- _____. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectiva estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 46. Outubro/dezembro de 1988. Págs. 7/26.

- _____ . *A Boa-fé no Processo Romano*. Revista de Direito Civil. Nº 78. Outubro/dezembro de 1996. Págs. 195/204.
- AMIGO, Manuel García. *Derecho Civil de España*. I. Parte General. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1997.
- APEL, Karl-Otto. *Estudos da Moral Moderna*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª Edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- AVELINO, Pedro Buck. *Princípio da Solidariedade: Imbricações Históricas e sua Inserção na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. Nº 53. Outubro-dezembro de 2005. Págs. 227/269.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis)*. Revista Ltr. Vol. 67. Nº 04. Abril/2003. Págs. 393/402.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista dos Tribunais. Ano 91. Nº 797. Março de 2002. Págs. 11/26.
- _____ . *A Boa-Fé na Formação dos Contratos*. Revista da Faculdade de Direito da USP. Vol. 87. São Paulo: USP, 1992. Págs. 79/90.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BETTI, Emilio. *Teoría General do Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto Bittar, BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOROWSKI, Martin. *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. Mayo-Agosto 2000. Págs. 29/56.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

- CAMBLER, Everaldo Augusto, GONÇALVES, Carlos Roberto, MAIA, Mairan. ***Comentários ao Código Civil Brasileiro***. Vol. III. Coords. Arruda Alvim e Tereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. ***Direitos Fundamentais e Direito Privado***. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____ . ***Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito***. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____ . ***Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno***. In: GRAU, Eros, GUERRA FILHO, Willis (Orgs). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Págs. 108/115.
- CÁNOVAS, Diego Espin. ***Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Límites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa***. Anuario de Derecho Civil. Nº 3. Vol. 16. Madrid: Ministerio da Justicia, 1963. Págs. 783/820.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. ***Boa-fé***. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. ***A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário***. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COGLIOLO, Pietro. ***Lições de Filosofia e de Direito Privado***. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. ***A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos***. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes. ***Tratado de Direito Civil Português***. Parte Geral. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____ . ***Novas Tendências da Boa-Fé***. Revista Paraná Judiciário. Anais do Seminário Luso-brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. Vol. 52. Set/dez. 1998. Págs. 19/36.
- CRUZ, Luis M. ***La Constitución como Orden de Valores - Problemas jurídicos y políticos: Um estudio sobre los Orígenes del neoconstitucionalismo***. Granada: Editorial Comares, 2005.

- CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da Pessoa Humana: Conceito Fundamental do Direito Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 246/253.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Introducción Teoría del Contrato. 6ª Edición. Madrid: Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*. 2ª Edición. Volume I/1. Madrid: Tecnos, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre Derechos Fundamentales?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez. *Exposición sucinta de la Jurisprudencia alemana sobre la buena fé en las condiciones generales del contrato*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 42. Nº 3. Madrid: Ministerio da Justicia, 1989. Págs. 869/886.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Traducción de la 35ª Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1954.
- ESTRADA, Alexei Julio. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões Histórico-evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Págs. 11/60.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: Um Diálogo Constitucional Contemporâneo*. Revista Forense. Ano 102. Nº 385. Maio/Junho de 2006. Págs. 113/125.
- _____. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. *O Princípio da Função Social do Contrato e o seu Controle Jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- FRANÇA, R. Limongi. *Contrato (Direito Romano)*. Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 19. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. Teoria Geral. Tomo 1. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GIL, Oto. *Crise e Evolução do Contrato*. Revista Forense. Ano 54. Vol. 172. Julho-agosto de 1957. Págs. 27/37.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Obrigação de Contratar*. Revista de Informação Legislativa. Ano V. Nº 17. Janeiro a março de 1968. Págs. 21/26.
- _____. *O Princípio da Boa-fé no Código Civil Português*. Revista Jurídica. Vol. 17. Nº 116. Jan./mar. 1972. Págs. 171/177.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 1ª Edição. Volume IV. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958.
- GRANT, Gilmore. *The death of contract*. 2ª Ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Um Novo Paradigma dos Contratos?* Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. Nº 18. Jun/2001. Curitiba: Crítica Jurídica, 2001. Págs. 121/130.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Del Rey Internacional – 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUERRA, Marcelo Lima. *A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula de Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações*. Revista de Processo. Ano 31. Nº 141. Novembro de 2006. Págs. 53/71.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- _____. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- HAYEK, Friedrich. *Lei, Legislação e Liberdade*. In: MAFFETTONE, Sebastiano, VECA, Salvatore (Orgs.). *A Idéia de Justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Págs. 367/384.
- HECK, Luís Afonso. *O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais. Ano 89. Nº 781. Novembro de 2000. Págs. 71/78.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Barcelona: Editorial Labor, 1937.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. *Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Págs. 482/503.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- KUHN, Adriana Menezes de Simão. *O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Págs. 455/481.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEME, Lino Morais. *As Transformações dos Contratos*. Revista Forense. Ano 54. Vol. 171. Maio-junho de 1957. Págs. 59/66.

- LISBOA, Roberto Senise. *Princípios Gerais dos Contratos*. Revista dos Tribunais. Ano 86. Nº 745. Novembro de 1997. Págs. 27/40.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. Nº 141. Jan/mar de 1999. Págs. 99/109.
- _____ . *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Ano 84. Nº 722. Dezembro de 1995. Págs. 40/45.
- _____ . *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____ . *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LOPES Y LOPES, Angel M. *La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada*. Madrid: Tecnos, 1988.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Vol. II. História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado, 2004.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 8ª Edición. Madrid: Tecnos, 2003.
- LUQUE, Luis Aguiar de. *Los Limites de los Derechos Fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 14. Enero-abril 1993. Págs. 9/34.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____ . *A Chamada Nova Crise do Contrato e o Modelo de Direito Privado Brasileiro: Crise de Confiança ou de Crescimento do Contrato?* In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Págs. 17/86.
- _____ . *Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Págs. 185/222.

- MARTIN, Adolfo J. Sequeira. *Defensa del Consumidor y Derecho Constitucional Económico*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4. Núm. 10. Enero-abril 1984. Págs. 91/121.
- MARTINS, Samir José Caetano. *Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nº 36. Brasília: CEJ, 2007. Págs. 61/73.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 609/630.
- _____. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Ano 35. Nº 139. Julho/setembro de 1998. Págs. 5/22.
- _____. *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Civil. Ano 16. Nº 59. Janeiro/Março de 1992. Págs. 19/38.
- MARTY, G. Derecho Civil. *Teoría General de las Obligaciones*. Volume I. Puebla/ME: José M. Cajica, 1952.
- MAZEAUD, Henri León. *Los Contratos sobre el Cuerpo Humano*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 6. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1953. Págs. 81/93.
- MAZEAUD, Henri León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. III. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. I, de 1969)*. Tomo VI. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Págs. 1/60.
- MORALES, Juan Ossorio. *Crisis en la Dogmática del Contrato*. Anuario de Derecho Civil. Tomo V. Fascículo III. Madrid: Ministerio da Justicia, 1952. Págs. 869/885.
- MÜNCH, Ingo Von. *La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 2. Núm. 5. Mayo-agosto 1982. Págs. 9/33.

- NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- _____. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica. Dezembro de 2001 a março de 2002. Bauru/SP: Instituição Toledo de Ensino, 2002. Págs. 137/151.
- NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao Direito Romano*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Págs. 355/389.
- PERCES-BARBA, Gregorio. *La Constitución y los Derechos*. Serie de Teoria Jurídica y Filosofia del Derecho. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *A nova tipologia contratual no Direito Civil brasileiro*. Revista Forense. Ano 79. Vol. 281. Jan/março de 1983. Págs. 1/12.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*. Revista de Direito Público. Ano XX. Nº 82. Abril-junho de 1987. Págs. 41/52.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. *Por un Derecho Civil Constitucional Español*. Anuario de Derecho Civil. Vol. 36. Nº 1. Madrid: Ministerio da Justicia, 1983. Págs. 1/16.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais. Ano 94. Nº 833. Março de 2005. Págs. 41/53.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RENTERIA, Pablo. *Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Págs. 281/313.
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- RIPERT, Georges. *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*. Puebla/México: Editorial José M. Cajica Jr, 1959.
- RIVERA, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. Revista dos Tribunais. Ano 85. Nº 725. Março de 1996. Págs. 11/28.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. Revista de Informação Legislativa. Ano 41. Nº 163. Julho/setembro de 2004. Págs. 113/130.
- ROSAS, Roberto. *O Novo Código Civil e a Constituição*. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. Págs. 455/460.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Tradução da 6ª edição italiana Ari dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social do Contrato: Primeiras Anotações*. Revista dos Tribunais. Ano 93. Nº 823. Maio de 2004. Págs. 67/86.

- SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato*. Revista Forense. Ano 98. Nº 364. Novembro/dezembro/2002. Págs. 83/102.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Págs. 107/163.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. Págs. 85/129.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. Revista de Direito do Estado. Ano 1. Nº 2. Abril/junho de 2006. Págs. 83/118.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SCHWABE, Jürgen. *Os Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha*. Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas*. Fórum Administrativo de Direito Público. Ano 4. Nº 42. Agosto de 2004. Págs. 4231/4239.
- STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- TABOADA, Lizardo. *La Teoria General del Contrato frente a la del Negocio Jurídico*. Revista de Direito Civil nº 70. Ano 18. Outubro-dezembro de 1994. Págs. 41/47.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Págs. 1/22.
- _____. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Págs. 309/320.
- _____. *Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a Exegese da Cláusula to the best knowledge of the sellers*. Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Págs. 241/273.
- TIMM, Luciano Benetti. *As Origens do Contrato no Novo Código Civil: Uma Introdução à Função Social, ao Welfarismo e ao Solidarismo Contratual*. Revista dos Tribunais. Ano 85. Nº 844. Fevereiro de 2006. Págs. 85/95.
- THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais. Ano 91. Nº 801. Julho de 2002. Págs. 11/29.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos – Princípios Gerais – Tendências do Direito Contratual Contemporâneo – Abrandamento dos Princípios Tradicionais – Intervenção Estatal Crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. Ano 88. Nº 765. Julho de 1999. Págs. 11/33.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função Social do Contrato: Conceito e critérios de aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Ano 42. Nº 168. Outubro/dezembro de 2005. Págs. 197/213.
- TUTIKIAN, Cristiano. *Sistema e Codificação: O Código Civil e as Cláusulas Gerais*. In: ARONNE, Ricardo (Org.). Estudos de Direito Civil-Constitucional. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Págs. 10/85.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ULMER, Peter. *Diez Años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas*. Anuario de Derecho Civil. Tomo XVI. Fascículo III. Julio-Septiembre 1988. Madrid: Ministerio da Justicia. Págs. 763/787.
- VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004.
- VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *A Autonomia da Vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. Ano 90. Nº 791. Setembro de 2001. Págs. 31/64.
- VILLALON, Pedro Cruz. *Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 9. Núm. 25. Enero-Abril 1989. Págs. 35/62.
- VILLELA, João Baptista. *Por uma nova Teoria dos Contratos*. Revista Forense. Ano 74. Nº 261. Janeiro/março de 1978. Págs. 27/35.
- VINAGRE, Marta Maria. *A Outra Face do Contrato*. Revista de Direito Civil. Ano 12. Nº 44. Abril/Junho de 1988. Págs. 102/124.
- ZINN, Rafael Wainstein. *O Contrato em Perspectiva Principiológica: Novos Paradigmas da Teoria Contratual*. In: ARONNE, Ricardo (Org.). Estudos de Direito Civil-Constitucional. Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Págs. 87/144.
- WALD, Arnold. *Um Novo Direito para a Nova Economia: A Evolução dos Contratos e o Código Civil*. In: DINIZ, Maria Helena, LISBOA, Roberto Senise (Coords). O Direito Civil no Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2003. Págs. 73/93.
- _____. *A Função Social e Ética do Contrato como instrumento jurídico de parcerias e o Novo Código Civil de 2002*. Revista Forense. Ano 98. Nº 364. Novembro/dezembro de 2002. Págs. 21/30.
- _____. *O interesse social no direito privado*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nº 77. Maio/junho 2006. São Paulo: Thompson & IOB, 2006. Págs. 129/148.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.