

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CARLOS EDUARDO DIPP SCHOEMBAKLA

**A AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO CONTRATO**

**CURITIBA
2010**

CARLOS EDUARDO DIPP SCHOEMBAKLA

**A AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO CONTRATO**

**Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação, como
requisito parcial para a obtenção do
grau de Mestre em Direito,
Faculdades Integradas do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosalice
Fidalgo Pinheiro.**

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS EDUARDO DIPP SCHOEMBAKLA

A AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Membros: Prof^a. Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira
Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba

Curitiba, 09 de agosto de 2010

Dedico este trabalho aos meus pais, Mario e Ana Paula, pela importância fundamental na formação de meu caráter.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos à Professora Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, cuja imprescindível orientação e estímulo, no decorrer do curso de graduação, tornaram possível a realização deste mestrado, bem como a conclusão da presente dissertação.

Aos Professores e Colegas do Programa de Mestrado cujo convívio e o aprendizado tanto me enriqueceram e motivaram, em especial os Professores Doutores Paulo Ricardo Schier e Ana Carla Harmatiuk Matos, membros da banca de qualificação, que, com apontamentos precisos, auxiliaram na finalização do presente trabalho.

À Professora Mestre Melina Breckenfeld Reck, pelo auxílio nas referências bibliográficas e pelo estímulo durante o dia a dia de trabalho na advocacia.

À Professora Mestre Wanda Cristina Mendes Camargo, por todo incentivo e ajuda despendida ao longo do curso de mestrado.

Por fim, agradeço ao Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, por tornar possível um sonho que estava muito distante de ser realizado.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	09
1 DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTONOMIA NEGOCIAL	13
1.1 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	13
1.2 AUTONOMIA PRIVADA: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PRIVADO	20
1.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA NEGOCIAL: REFLEXOS DA RUPUTURA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	31
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS:	
ANIQUELAMENTO OU LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?.....	52
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA.....	52
2.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS	63
2.2.1 Teoria da Negação da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas	64
2.2.2 Teorias da Eficácia Imediata	67
2.2.3 Teorias da Eficácia Mediata	70
2.2.4 Teoria dos Deveres de Proteção.....	72
2.2.5 Casuística no Direito Brasileiro	75
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA	77

3 O REDESENHO DO CONTRATO: ENTRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	85
3.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O REDESENHO DO CONTRATO	85
3.1.1 A Função Social do Contrato.....	88
3.1.2 O Princípio da Boa-fé	94
3.1.3 O Princípio da Justiça Contratual	107
3.2 O CONTRATO COMO “PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”.....	115
3.2.1 O Mínimo Existencial no Contrato	118
3.2.2 O Direito à Moradia no Contrato.....	131
3.2.3 O Direito à Saúde no Contrato	140
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

RESUMO

A finalidade do presente trabalho consiste em demonstrar como a autonomia privada pode ser limitada pela aplicação dos direitos fundamentais nos contratos. Diante das constantes alterações do Estado, a autonomia privada passa a ser funcionalizada e recebe proteção constitucional. Com essa proteção, ocorre também a ampliação da autonomia privada para as relações existenciais. Os direitos fundamentais passam então a ser limites à autonomia privada, por meio da incidência horizontal de tais direitos nas relações entre privados. Várias teorias surgiram, seja para negar tal incidência, seja para justificá-la. No Brasil, de acordo com a jurisprudência dominante, aplica-se a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Na perspectiva de Constitucionalização do Direito Civil, o contrato passa a ser interpretado de forma solidária e com a incidência dos princípios da função social, boa-fé objetiva e justiça contratual, o que levou o contrato a ser definido como “ponto de encontro de direitos fundamentais”. Mínimo Existencial, Direito à Moradia e Direito à Saúde foram os temas escolhidos para desvendar os limites da autonomia privada em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos.

Palavras-Chave: Autonomia Privada - Direitos Fundamentais – Constitucionalização – Contrato – Princípios Contratuais – Mínimo Existencial – Direito à Moradia – Direito à Saúde.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to show how individual autonomy may be limited by the application of fundamental rights in contracts. With the occurrence of constant changes in State, private autonomy becomes functionalized and receives constitutional protection. With this protection, there is also the extension of autonomy to the existential relations. The fundamental rights then become limits to the autonomy, through the horizontal incidence of such rights in relations between private individuals. Several theories have emerged, either to deny this effect, either to justify such an occurrence. In Brazil, according to prevailing jurisprudence, the theory of immediate effectiveness of fundamental rights is applied. With Constitutionalization of civil law, the contract shall be interpreted in a solidarity way with the incidence of the principles of social function, objective good faith and justice contract, which define the contract as a meeting point for fundamental rights. Minimum Existential, the Rights to Housing and Right to Health themes were chosen to reveal the limits of autonomy in the face of horizontal effectiveness of fundamental rights in contracts.

Key-words: Private Autonomy - Fundamental Rights - Constitutionalisation - Contract - Principles of Contract - Minimum Existential - Rights to Housing - Right to Health

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo delinear os limites impostos à autonomia privada em face da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na abordagem desse tema, almeja-se demonstrar de que forma a autonomia privada, não obstante seu *status* constitucional, pode ser limitada pela aplicação dos direitos fundamentais, exclusivamente no contrato, amparando-se em uma perspectiva Civil – Constitucional.¹

A autonomia privada é um princípio fundamental do Direito Privado. Tal definição foi idealizada pelo Direito Privado Moderno, restando identificada à liberdade econômica em razão do contexto do Estado Liberal de Direito. Com a constitucionalização do Direito Privado no contexto do Estado Social de Direito, a autonomia privada foi funcionalizada e recebe proteção constitucional. Com essa proteção é possível se verificar a ampliação da autonomia privada: de princípio tão somente aplicável às relações patrimoniais, estende-se para as relações existenciais; de autonomia individual, passa a ser idealizada pelos grupos, revelando-se na liberdade de associação.

Para revelar essas novas acepções da autonomia privada, o trabalho utilizou-se da obra de Pietro PERLINGIERI, ao reconhecer em sua obra que a autonomia privada abrange tanto o campo das relações patrimoniais, como o das situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial, e afirma que em ambos os casos existe “um denominador comum na necessidade de serem dirigidos (os atos e autonomia) à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”².

Revela-se um princípio diverso em face de sua tutela constitucional, segundo o qual a autonomia privada deixa de ser um dogma. Trata-se do reflexo das transformações do Estado. Em razão delas, impõe-se uma nova

¹ Adotamos, por oportuna, a definição de Teresa Negreiros sobre o significado da perspectiva do Direito Civil-Constitucional que se pretende aplicar ao estudo que ora se inicia. Esclarece a autora que “a perspectiva civil-constitucional constitui, em suma, a perspectiva de análise e de interpretação empenhada em demonstrar e explorar a conexão entre a história do Direito Civil e a história constitucional – particularmente o projeto de sociedade ‘justa, livre e solidária’ (CF, art. 3, I) que foi delineado nas Constituições do século XX”. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 58).

² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 19.

definição de questões que classicamente se desenvolviam sob os paradigmas liberais de autonomia da vontade e força obrigatória do contrato, restando a abstenção do Estado frente aos direitos dos particulares.

O Estado mudou, o contrato mudou, os direitos fundamentais passaram a ser mais efetivos, mas isso não quer dizer que o Estado Social de Direito tenha todas as respostas aos anseios da sociedade. Atualmente, na esfera privada, os interesses são monopolizados por grandes grupos que acumulam grande parcela de poder perante a sociedade, tais como bancos, associações, cooperativas médicas entre outros. Em que pese o poder do Estado tenha deixado de ser absoluto, como acontecia no Estado Liberal, hoje o poder está sendo compartilhado por toda a sociedade, porém, utilizado apenas por grandes grupos econômicos. Lamentavelmente, a sociedade que sofria com o poder absoluto do Estado, hoje, sofre com o monopólio e com as arbitrariedades dos grandes grupos, cabendo ao Poder Judiciário demonstrar e aplicar os limites que devem incidir sobre a autonomia privada nas relações contratuais entre privados.

Não obstante a doutrina e jurisprudência pátria já tenham reconhecido (mesmo que recentemente) a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o tema ainda tem gerado grande expectativa quanto à atuação e posicionamento do Poder Judiciário brasileiro.

O Poder Judiciário é um dos maiores responsáveis pelo equilíbrio entre a autonomia privada e os direitos fundamentais nas relações privadas, seja pelo reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (imposição de limites), seja pela interpretação e aplicação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados nos casos concretos.

Para demonstrar quais são os limites que incidem sobre a autonomia privada, no primeiro capítulo, analisar-se-á não só de que forma a autonomia da vontade surgiu, mas, principalmente, as transformações da liberdade negocial em face da ruptura da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

Nesta perspectiva, conforme se verificará, o Estado sob influência do liberalismo do século XIX, impôs limites à autonomia da vontade, sem, contudo, deixar, nas mãos dos particulares o controle do tráfico negocial, evitando assim que a liberdade concedida pelo Estado fosse exercida contra o próprio sujeito.

Ademais, colocar-se-á em discussão o fundamento constitucional da autonomia privada, uma vez que não foi contemplada em nenhum artigo da carta magna, mas, que encontra previsão implícita no texto constitucional.³

No segundo capítulo, almeja-se apresentar, de forma breve, a teoria dos direitos fundamentais, suas dimensões e de que forma eles podem incidir nas relações privadas.⁴ Para demonstrar tal incidência, colocar-se-á em questão a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as diversas teorias que a justificam. Primeiramente será abordada a teoria que nega tal incidência, denominada “*state action doctrine*”, atualmente utilizada pela doutrina americana. Posteriormente, será analisada a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção, defendida por Jorge Reis NOVAIS⁵. Será demonstrado, ainda, qual teoria é a mais difundida no Brasil, com respectiva doutrina e jurisprudência sobre o tema.

O terceiro e último capítulo ocupa-se em demonstrar como a leitura constitucional do contrato afastou o voluntarismo jurídico e passou a proporcionar-lhe uma interpretação solidária. Nesse contexto, será também inevitável discutir o papel dos princípios contratuais, dentre os quais, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a justiça contratual, redesenhando o contrato sob influência dos direitos fundamentais.⁶

Com a constitucionalização do Direito Privado, o contrato passa a ser interpretado com um “ponto de encontro de direitos fundamentais”⁷ e, para demonstrar essa nova realidade contratual, almeja-se questionar, com o

³ FACHIN, Luis Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 119.

⁴ De acordo com Ingo Wolfgang SARLET “o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28).

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2003. p. 77.

⁶ MORAES, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, v. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 26.

⁷ Expressão utilizada por Cláudia Lima MARQUES em **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 256.

presente trabalho, se é possível garantir um “mínimo existencial” no contrato e de que forma os direitos fundamentais à moradia e à saúde podem limitar a autonomia privada nas relações entre particulares.

1 DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTONOMIA NEGOCIAL

1.1 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Na Europa, no ano de 1789, eclodiu a Revolução Francesa, momento em que o Iluminismo inspirou o processo de conquista de poder político pelos burgueses.⁸ Ao dominar a economia francesa, os burgueses - proprietários e contratantes - imbuídos pela necessidade de proteção ante o despotismo estatal, proclamaram a proteção dos direitos individuais na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁹

Tratava-se da disseminação do paradigma¹⁰ liberal, o Estado Absolutista era adversário da liberdade individual. Desse modo, a garantia de preservação dos valores individuais só poderia ocorrer se houvesse uma reeducação do poder estatal, devendo ser dividido em funções - executiva, legislativa e judiciária¹¹ - e com intervenção nas relações humanas somente para garantia de preservação dos valores necessários à condição humana, em uma atuação negativa frente aos direitos chamados de primeira geração ou direitos de liberdade.

⁸ Nesse sentido, Gustavo TEPEDINO nos ensina: “O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiram senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais”. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.2).

⁹ É preciso não esquecer que, nessa época, já havia se operado a centralização do poder político, fragmentado durante a Idade Média e reunificado a partir do século XV. Esta centralização resultara no absolutismo, justificado a partir da vontade divina (Bodin) ou da idéia de contrato social (Hobbes). O Estado Absolutista, que praticamente confundia-se com a pessoa do monarca, convertera-se em instrumento de opressão e arbítrio ilimitados, o que criou uma atmosfera favorável à cristalização do conceito de direitos do homem. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2003. p. 7).

¹⁰ O paradigma, “é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham de um paradigma”. (KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. Trad Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 219)

¹¹ A teoria da separação dos poderes foi capitaneada por Montesquieu e justificada em suas explicações sobre o que denominou de ‘governo moderado’: “Um governo moderado poderá, se o quiser e sem se arriscar, afrouxar suas molas, pois se mantém em virtude de suas leis e por sua própria força.” (MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad.: Luiz Fernando Rodrigues de Abreu. Curitiba: Juruá, 2000. p. 40).

A ascensão da burguesia, iniciada no século XVII, expande-se nos planos social, político e intelectual, para se traduzir no plano econômico no estabelecimento de relações de troca. Isto expressa a auto-suficiência do indivíduo burguês, que se diferencia do servo, por não dever obediência ao senhor feudal. Nesse contexto, afirma-se a noção de autonomia privada, trazendo consigo a afirmação da liberdade de contratar e da liberdade de propriedade.

A classe burguesa, almejando a proteção à liberdade de contratar e da liberdade de propriedade individual frente ao Estado, dá início à Revolução Francesa, que da origem de um Direito Civil patrimonializado, construído com base no lema que enuncia os princípios da própria revolução – liberdade, igualdade e fraternidade e, principalmente, a busca por segurança jurídica.

O Estado deveria, por meio de atuação negativa, abster-se de intervenções na esfera privada como forma de garantir a preservação de liberdade negocial entre os particulares. É nesse tempo, e em decorrência dessas circunstâncias históricas, que a autonomia da vontade torna-se o ponto de referência do sistema jurídico.

Nas relações entre Estado e indivíduo, a Constituição, limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de Constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista¹², que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada.¹³

¹² “O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão -, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se ‘domesticado e ensinado dogmaticamente’. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva. O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista

Dentro desse paradigma, os direitos fundamentais foram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados.

Com o passar dos anos, as características liberais desse movimento acabaram por influenciar a redação de todas as normas da época, que foram sendo organizadas em uma codificação que seria suficiente para regulamentar a vida da sociedade civil, com uma única lei, ou seja, uma única fonte de direitos e deveres¹⁴.

Diferentemente do Estado Absolutista, no qual não havia distinção entre o público e o privado e imperavam a imprevisibilidade e a insegurança jurídica, com o advento do Estado Liberal¹⁵, nítida ficou a separação entre Estado e Sociedade e a grande relevância da autonomia dos particulares na formação da ordem privada e na regulamentação de suas relações.¹⁶

O liberalismo acaba por coincidir com o chamado período das Grandes Codificações e com a Escola da Exegese. O *Code* foi “o primeiro dos códigos burgueses, considerado um produto da vitória histórica obtida pela burguesia na Revolução”¹⁷.

do século XIX.” Ressalta-se também que o Código Civil alemão também teve significativa importância, não somente histórica face ao célebre debate em torno da idéia de codificação entre Savigny e Thibaut (como será visto mais a frente), como também sistemática e metodológica, que inovou na divisão entre parte geral e especial, onde naquela estariam os conceitos gerais que se aplicariam a todos os livros da parte geral (partindo, portanto, de uma fórmula puramente racional: a compreensão do específico é retirada da compreensão do geral)”. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Temas de direito constitucional**, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-46. p. 22).

¹³ SARMENTO, op. cit., p. 12.

¹⁴ O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob esse prisma, foi de enorme utilidade a técnica da separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta engenharia institucional do Estado Liberal, possuía como *telos* a liberdade individual. (Id. pg. 8)

¹⁵ Liberalismo corresponde ao individualismo, entendido não apenas como a defesa radical do indivíduo contra o Estado e a própria sociedade, mas também como a rejeição a qualquer forma associativa, que constituísse um corpo intermediário entre estes e aquele. O liberalismo coloca a realização dos direitos do homem como fim absoluto. (CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.14).

¹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do: **A obrigação como processo São Paulo**: Bushatsky, 1976. p. 18.

¹⁷ Id. p. 15

De acordo com Daniel SARMENTO, na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual:

O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do direito público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.¹⁸

Tal perspectiva relacionava-se estreitamente com o modelo econômico do *laissez faire*, que acreditava no poder da “mão invisível” do mercado para equacionar os problemas sociais¹⁹. O Estado omitia-se na esfera econômica, que permanecia, exclusivamente, à mercê das regras de mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos.²⁰

A conquista de limitação do poder estatal, capaz de garantir o prestígio da igualdade formal, da liberdade individual, especialmente em relação à preservação dos valores inerentes ao direito de propriedade, representou o combustível para o desenvolvimento do regime econômico capitalista. Essas, aliás, foram características marcantes do chamado constitucionalismo liberal, afinal, as Constituições eram os documentos que guardavam os valores conquistados.

Com o passar do tempo, o ideário jusnaturalista conseguiu se impor nos ordenamentos jurídicos, seja nos textos constitucionais escritos, que limitavam o poder do Estado em benefício da liberdade individual, seja nas codificações privadas, que disciplinavam, de forma geral e abstrata e com pretensões de exaustividade, as relações travadas entre indivíduos na sociedade.

Diante da forte influência do liberalismo jurídico, o paradigma, consagrado como a codificação francesa e adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916, pressupunha uma igualdade, fundada na ideia abstrata de pessoa,

¹⁸ Id. p. 13

¹⁹ Id.

²⁰ Id.

partindo de uma suposição meramente formal, baseado na autonomia da vontade e na iniciativa privada.

O Código Civil Brasileiro publicado em 1916, como os outros de sua época, era considerado como a 'Constituição do Direito Privado' e essa conclusão não poderia ser diferente. Como visto anteriormente, a referida codificação cuidava da garantia real mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a interferência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas²¹.

No entanto, esse paradigma veio acompanhado de um contrassenso, que se traduz em uma consequência liberal burguesa²², pois acabaram adotando a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o indivíduo, o que acabou por impedir a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito da justiça distributiva e a igualdade material ou substancial.²³

Durante o século XIX, a sociedade estava diante de um sistema intervencionista e desigual.²⁴ Almejava-se, então, a igualdade dos contratantes acima de tudo, com apenas um objetivo, o de se evitar um sistema autoritário e intervencionista nas relações contratuais. Esta igualdade conquistada pela burguesia francesa, como bem observa Anderson SCHREIBER, era, ao contrário do que se pensava, uma igualdade formal, dirigida apenas e tão-somente ao legislador, "uma igualdade perante a lei, que mascarava as profundas diferenças sociais e econômicas e atribuía pretensa legitimidade a

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-22, 2001. p. 2-3.

²² "A disparidade de condições econômicas-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica brasileira abstracta dos contratantes, determina, por outras palavras, disparidade de poder contratual entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdades dos contratantes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica." (ROPPO, Enzo. **O contrato**, Coimbra: Almedina, 1988. p. 38).

²³ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

²⁴ Diante disso, os teóricos e doutrinadores, com a finalidade de se demonstrarem contrários ao tal sistema autoritário, que, diga-se de passagem, foi instituído pelas classes sociais hierárquicas, abraçaram a ideia da igualdade dos homens, "o que acabou refletindo nos negócios jurídicos, por meio da vetusta autonomia da vontade, com esteio em uma suposta igualdade dos contratantes". (FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 52).

relações desiguais, contratadas pela “livre” manifestação de vontade dos participantes, em uma espécie de coação amparada pela concepção liberal do direito privado”.²⁵

Porém, esse ideal de concepção liberal, que ficou em vigor por todo o século XIX, não passaria ileso às profundas transformações do século XX. O culto à liberdade individual, como direito absoluto, continha em si mesmo as razões de sua insustentabilidade.²⁶ No século XIX, em que pese a ética kantiana,²⁷ que se fundava em uma moralidade na vontade racional pura, destituída de condicionamentos externos, era possível a existência de desequilíbrios sociais e econômicos.

Para agravar essa situação, com o advento da Segunda Guerra Mundial, várias foram as conseqüências, não só para a ordem mundial, mas também e principalmente à autonomia da vontade, haja vista a intervenção Estatal sobre a liberdade contratual.

O expressivo número de pessoas, que nesse momento histórico assume a postura de excluídos (perspectiva econômica), passa a reivindicar a intervenção do Estado, que adquire o dever de propiciar proteção a essas pessoas²⁸.

Dessa forma, a liberdade, juntamente com o elemento vontade, apresentaram-se como fundamentos básicos do princípio da autonomia da

²⁵ Id.

²⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 40.

²⁷ “Sabemos que é com Kant que o conceito da liberdade como absolutamente incondicionada – o imperativo categórico – leva a romper com uma ética material de valores, isto é, com uma normatividade fundada em conteúdos empíricos e em humores, caracteres, temperamentos que condicionariam externa e internamente os atos morais. A liberdade incondicional é a pura forma dos atos que, se livres, torna-se atos morais e ações virtuosas segundo o dever. Conhecendo também a crítica hegeliana à liberdade kantiana como abstração do entendimento, sem alçar-se à concretude da ideia que suportou o calvário do negativo, que passou pela dialética do senhorio e da servidão, da consciência infeliz, da utilidade ilustrada abstrata e superou a bela ala, atada aos princípios formais para ausentar-se do mundo. No entanto, Hegel, como Kant, mantém um princípio que fora formulado por Aristóteles: a liberdade só é possível quando foram vencidas e suprimidas as carências, as faltas e as necessidades.” (CHAUÍ, Marielena. Público, privado, despotismo. In NOVAES, Adauto. (Org.), **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1992. p. 346 – 359. p. 352).

²⁸ Se o Estado foi criado com a finalidade de organizar a Sociedade, a exclusão aqui aventada é sinônimo de desorganização e, então, acredita-se que a atuação positiva do Estado é meio legítimo para garantir condições anteriores e, por isso, básicas ao exercício da liberdade.

vontade.²⁹

Para Rosalice Fidalgo PINHEIRO, vontade e liberdade conjugam-se sob as vestes da autonomia da vontade³⁰ e vão propiciar um modelo de justiça contratual proclamado pelo liberalismo. A autora ainda menciona que seriam as próprias combinações, tratativas, ou seja, livre jogo da oferta e da procura, que acabariam por acarretar o “justo preço” no negócio acordado, não se admitindo que o “justo preço” possa ser determinado de modo exterior e objetivo, sem a intervenção do Estado e/ou de terceiros.³¹

Nesse mesmo sentido, elucida Ana PRATA ao afirmar que

Quando a pessoa passa a poder dispor do bem - e não apenas a ter o poder de usar e assegurar a sua utilização produtiva - então ela afirma-se exclusivamente como titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de exclusão das restantes pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem³².

Então, implica dizer que o princípio da autonomia da vontade revela, “um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico”.³³

Ocorre que essa concepção, de poder dispor de direitos particulares (propriedade) por meio de um negócio jurídico, conforme menciona PINHEIRO, “se traduz na superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, que foi o norteador nas sociedades codificadas do século XIX, e se transforma por uma inversão daquela idéia, repercutindo sobre o princípio, não mais configurado como autonomia da vontade, mas como autonomia privada”³⁴.

²⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 337.

³⁰ Entende-se como autonomia da vontade a “facultas, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade”. (COUTO E SILVA, op. cit., p. 17).

³¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 393.

³² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 7.

³³ AMARAL, op. cit., p. 338.

³⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito...** p. 395-396.

Dessa maneira, é possível se concluir que estamos diante da decadência do voluntarismo, na medida em que se retira a vontade do lugar de fundamento de nossos princípios e institutos de Direito Privado³⁵.

Guilherme FERNANDES NETO trata da decadência do voluntarismo³⁶ acrescentando que seria também a decadência da autonomia da vontade, por entender que ambas perderam a aplicação prática nas relações negociais, na medida em que surgiram com base em uma igualdade formal “utópica” entre os contratantes, que não pode ser mais admitida nos tempos modernos:

O voluntarismo e, conseqüentemente, a autonomia da vontade decaíram, perdendo sua aplicação prática, porque se fundaram na utópica igualdade formal das partes contratantes. O afastamento da desigualdade real foi, ao nosso ver, o motivo incoativo das injustiças e causador do declínio da concepção da autonomia da vontade; a desigualdade real dos contratantes, hodiernamente - ainda mais quando posta pelo próprio CDC (ao positivar a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, art. 4.º, I) - é motivo suficiente para nem se pensar em autonomia da vontade ou autonomia privada, nas relações de consumo³⁷.

Diante dos anseios de uma sociedade que almejava uma igualdade real e não formal nas relações privadas, o Estado passa a intervir na sociedade, proporcionando uma “sensação” de bem estar social ao impor alguns limites à autonomia da vontade.

Porém, com a imposição de tais limites, conforme será elucidado a seguir, não está em jogo o fim da autonomia privada, eis que ela não se desfaz do papel de princípio fundamental do Direito Privado.

1.2 AUTONOMIA PRIVADA: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PRIVADO

O conceito de autonomia privada está intrinsecamente ligado às condições históricas, notadamente da passagem do feudalismo para o capitalismo.

³⁵ Id.

³⁶ Para Heloisa CARPENA, o voluntarismo jurídico “situa o homem no centro e como razão da juridicidade. A vontade é a fonte única das obrigações. E como expressão máxima do voluntarismo encontra-se a teoria do Contrato Social, elaborada por Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual a vontade geral expressa na lei era o modo de conformação do pacto social acordado pelos cidadãos. Esta teoria contribui enormemente, no plano filosófico, para a construção do dogma da autonomia da vontade”. (CARPENA, op. cit., p. 18).

³⁷ FERNANDES NETO, op. cit., p.52.

A implantação do regime capitalista, está intimamente ligado com a categoria de sujeitos de direito, eis que o indivíduo, uma vez livre dos vínculos de dependência pessoal com o senhor feudal, passa a ter personalidade jurídica e capacidade negocial, para que possa celebrar contrato com quem ele bem entender.

Mas, com esse regime, de acordo com PRATA, surge ainda necessidade de universalização desses conceitos, pois todos passaram necessariamente a ser proprietários, ou de bens que lhes permitam subsistir, ou de força do trabalho que vendiam.³⁸ Por essa razão, todos passam a ser sujeitos jurídicos e passam a ter capacidade negocial.

É nesse momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo, pois conforme PRATA, é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. “Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu caráter de realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade³⁹ da pessoa, o negócio e o efeito jurídico da vontade livre”.⁴⁰

O homem pela primeira vez se vê livre e responsável pela sua própria existência e com a liberdade de sonhar com objetivos que antes (sistema feudal) eram impossíveis de serem concretizados e de impor limites a si mesmo na realização de operações econômicas.

Tal concepção advém do personalismo ético de Kant, que atribui ao homem:

³⁸ PRATA. op. cit., p. 9.

³⁹ A liberdade, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, que se concretiza em duas manifestações fundamentais, uma subjetiva, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, objetiva, que é a normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica – uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações; outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício do seu poder jurídico de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de direito. (AMARAL, op. cit., p. 19)

⁴⁰ Id. p. 10.

*un valor en si mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y, en este sentido, una dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como person, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éstos es la relación jurídica fundamental, la cual, según esta concepción, es la base de toda a convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.*⁴¹

Livres, detentores de personalidade jurídica e inconformados com os arbítrios do Estado Absolutista, os burgueses avançam em busca da conquista do poder político do Estado dando início a Revolução Francesa.

Com o advento do liberalismo, a separação entre Estado e Sociedade era pressuposto para sua manutenção. O Estado não poderia interferir nas relações privadas, ou seja, deveria abster-se de intervir nas relações econômicas.

Mas, o paradigma liberal passou a ser insuficiente para regulamentar as relações entre os particulares. As relações econômicas que eram baseadas em uma igualdade formal, acabaram por acarretar a “hipertrofia da autonomia da vontade”⁴² em face de outros princípios contratuais (como a boa-fé), o que não poderia mais ser admitida em tempos modernos.

O que pareceria ser impossível quando da constituição do Estado Liberal, passa a ser necessário para a manutenção justa e igualitária das relações comerciais entre os particulares – diante dos inúmeros abusos que estavam sendo praticados – o Estado precisava intervir para possibilitar o bem estar social da população que estava sendo abalado pela ausência de limites à autonomia da vontade.

Com isso, a dita autonomia da vontade, tão almejada nos primórdios liberais, perde seu absolutismo o dá início à decadência do voluntarismo jurídico.

⁴¹ LARENS. Karl. **Tratado de Derecho Alemán**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978. p. 45-46.

⁴² Expressão utilizada por Jean-François ROMAIN na obra **Théorie critique du principe général de bonne foi em droit privé**. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit). Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 135, *apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contrato e Democracia: Contornos de uma tensão valorativa entre pessoa e mercado. In: **ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Brasília, nov. 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/16_427.pdf. Acesso em 10 de maio de 2010.

Porém, não é o fim da autonomia da vontade. Ela ainda persiste como princípio básico da ordem jurídica privada.

De acordo com AMARAL, com a decadência do voluntarismo jurídico, o “interesse geral e a justiça põem-se acima da liberdade individual, mas ainda assim, o direito objetivo respeita o direito subjetivo⁴³, pois a superioridade daquele não impede o reconhecimento da autonomia ou, melhor dizendo, de um verdadeiro direito dos particulares.”⁴⁴

Então, é possível indagar-se, na fase de transição de Estado Liberal para Estado Social, o direito objetivo é hierarquicamente superior ao direito subjetivo.

Para Ana PRATA, “não há direito (subjetivo) que possa concentrar-se unicamente no interesse privado, já que o direito (objetivo) obedece fundamentalmente à finalidade de interesse público: o direito (subjetivo) privado concretiza-se na proteção de um sujeito, mas a proteção é ela própria, de interesse público”.⁴⁵

Aduz ainda a autora, que um direito subjetivo privado, seja qual for, tem como fonte única a norma que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a regularização daquele interesse público (finalidade mediata), que se encontra na base da própria proteção, e é a última razão pela qual essa proteção é concedida.⁴⁶

Deve, portanto, permanecer entre os particulares, como regra geral, a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo do contrato, devendo ser de forma excepcional a intervenção do Estado ao estabelecer a obrigatoriedade de certos contratos e de cláusulas e preços prefixados aos negócios jurídicos a serem firmados pelas partes.⁴⁷

⁴³ “O direito subjectivo tem a sua força vinculativa e o seu carácter jurídico dependentes do direito objectivo. Se é certo que toda acção humana é em si mesma afirmação de um poder da vontade, isto é, que o poder da vontade é uma essencial característica humana, ao nível jurídico esse poder virtual só se efectiva na medida em que a ordem, o direito objectivo, confira à vontade um poder jurídico, isto é, na medida em que o ordenamento atribua ao poder virtual os meios de se transformar em poder jurídico real”. (PRATA, op. cit., p. 18).

⁴⁴ AMARAL, op. cit., p. 339.

⁴⁵ PRATA, op. cit. p. 19.

⁴⁶ Id. p. 19-20.

⁴⁷ AMARAL, op. cit., p. 359.

Trata-se de uma visão protecionista do Estado, atribuindo à autonomia privada, limites que delineiam para além de sua esfera exterior, sua face interna.⁴⁸

Mas se com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social a autonomia privada não foi extinta, passa a se indagar, como ela se adequou às transformações delineadas por um novo modelo de Estado.

Para Franz WIECKER⁴⁹, a autonomia privada é “princípio constitutivo do direito privado”. Já Carlos Alberto da MOTA PINTO é “princípio de ordenação sistemática interna”,⁵⁰ e para Luis Edson FACHIN, ela seria a “pedra angular do sistema civilístico”⁵¹.

Com efeito, todo o histórico acima transcrito demonstra que a autonomia privada tem grande importância para o sistema civilístico, mas qual seria a definição que se adequa às transformações sofridas pelo princípio?

Pietro PERLINGIERI conceitua autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamento – em qualquer medida – livremente adotados”.⁵²

Já para Clóvis do COUTO E SILVA, a autonomia privada deve ser entendida como a faculdade ou a possibilidade, não ilimitada, concedida aos particulares para promoverem sua autodeterminação⁵³ e dirimir seus conflitos de interesses⁵⁴.

⁴⁸ Limites que serão abordados com maior propriedade no capítulo II.

⁴⁹ WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 633.

⁵⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 81.

⁵¹ FACHIN, Luis Edson. **O aggiornamento do direito civil ...** p.119.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. CICCIO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335.

⁵³ COUTO E SILVA, op. cit., p.17.

⁵⁴ Na lição de Clóvis BEVILÁQUA, “pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta, é certamente esta a primeira e mais elevada função social do contracto. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitui a lei no campo retrico do negócio por elle regulado. [...] Individualizado o contracto, obteve outra significação que se veio collocar ao lado da primeira. Passou a ser um dos modos de afirmar a individualidade humana, quanto mais variam os contractos, quanto maior é o número de bens sobre que elles versam, tanto mais forte e extensa é a personalidade individual, tanto mais vasto é o granel de utilidades, que Ella tem a seu dispor”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Campinas: Red Livros, 2000, p. 21).

Karl LARENZ entende por autonomia privada *“la posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados limites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contratos”*.⁵⁵

Para Ana PRATA, a autonomia privada traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos – prévia e necessariamente qualificados como sujeitos jurídicos – de juridicizar a sua atividade, de sorte a realizar livremente negócios jurídicos e determinar os seus respectivos efeitos. A liberdade contratual, por outro lado, circunscreve-se à possibilidade conferida a cada indivíduo para decidir sobre os aspectos gerais de uma disposição contratual: como com quem, quando, em que condições⁵⁶.

Para a autora, a autonomia privada deve ser entendida como parte do princípio geral de liberdade, de modo que não representa todo o seu conteúdo. No entanto, a liberdade é que se encontra reduzida à autonomia privada, embora esta não preencha todo o conteúdo jurídico daquela⁵⁷.

No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres. Com isso, o princípio da autonomia privada manifesta-se com maior ou menor intensidade e com uma ou outra exceção, nos diferentes âmbitos materiais de regulação do direito privado.

Carlos Alberto da MOTA PINTO constatou que a autonomia privada passou a atuar

(...) mais amplamente no plano das relações patrimoniais e da troca dos bens e serviços, com menor extensão no domínio das relações pessoais e das relações familiares, domínio onde o caráter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou limitação de certos direitos (v. g., certos direitos de personalidade) ou reduz a liberdade de contratação a uma mera liberdade de concluir ou não o acto jurídico, mas fixando-lhe, necessariamente, uma vez celebrado, os efeitos (v.g., casamento, adopção).⁵⁸

De um lado, isso significa que a função ordenadora da autonomia privada no âmbito das relações entre particulares não é uniforme ou linear e, por isso, não assume sempre a mesma relevância; de outro lado, significa que,

⁵⁵ LARENZ, op. cit., p. 55.

⁵⁶ PRATA, op.cit., p. 10-11.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ MOTA PINTO, op. cit., p.92.

em maior ou menor medida, via de regra, ela está presente e, como princípio fundamental, deve ser devidamente considerada ou, ao menos, não deve ser simplesmente desconsiderada.⁵⁹

Mas, se a autonomia privada é o princípio do Direito Privado, é no Direito dos Contratos que encontra maior repercussão, sobretudo por meio do princípio da liberdade contratual.

Isso não quer dizer que a autonomia privada seja um princípio absoluto para as partes⁶⁰. Como já abordado, mesmo à época do mais forte liberalismo econômico, o princípio da liberdade contratual não era ilimitado entre as partes. Desde então, já existiam leis que estabeleciam certas limitações aos particulares, para evitar abusos, considerando que a igualdade entre as partes era presumida (formal).

Ademais e ainda recordando sobre uma estrutura jurídica atenta ao Estado Liberal, a liberdade contratual informava e estruturava as relações contratuais de forma mais intensa e extensa possível, verbalizada no *pacta sunt servanda* e no *contractus est lex inter partes*.⁶¹

Foi precisamente em consequência das revisões a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada. Com essas revisões, vieram as transformações não só econômicas, mas também sociais, surgindo em decorrência, novos paradigmas políticos e ideológicos que acabaram por relativizar, ou até mesmo limitar, o princípio da liberdade contratual do Direito Privado.

Parafraseando STEINMETZ, para usar um conceito caro à dogmática contemporânea do Direito Civil, houve uma “funcionalização” social do contrato, portanto, uma “funcionalização” da liberdade contratual.⁶²

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 191.

⁶⁰ Para Paulo NALIN, por uma questão histórica, a autonomia privada se insere no vasto plano do voluntarismo jurídico, em que pese um teórico arrefecimento do seu poder que se torna mais discreto e atenuado, em vista do surgimento de outros valores a serem superados ou, ao menos, a se emparelharem com o individualismo egoístico, tais como a socialização, a despatrimonialização e a repersonalização do Direito Civil. (NALIN, Paulo. **Contrato e Sociedade** – Vol. II, p. 25).

⁶¹ Id.

⁶² No plano das fontes, a “funcionalização” social do contrato é expressamente prevista pelo novo Código Civil brasileiro. O art. 421 preceitua que “a liberdade de contratar

Os contratos já haviam deixado de ser fruto da livre manifestação de vontade de ambas as partes, o Estado não se preocupava com as desigualdades suscitadas pelos particulares no bojo de suas relações jurídicas. As condições sociais e econômicas sequer eram levadas em consideração no momento da celebração dos contratos; as obrigações, por diversas oportunidades, tornavam-se excessivamente onerosas, inviabilizando o cumprimento dos contratos nos moldes em que foram ditados pelo princípio *pacta sunt servanda*⁶³.

De acordo com Fernando NORONHA, a autonomia privada, que tradicionalmente costumava ser vinculada à força obrigatória dos contratos, passa a ser reconhecida como fundamento, tanto do princípio da liberdade contratual, como dos princípios do consensualismo e do efeito relativo dos contratos,⁶⁴ que nas lições do autor, poderiam ser definidos da seguinte maneira:

A liberdade contratual, ou, como se diria melhor, negocial, é essencialmente liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos (os contratos e também os negócios unilaterais, tanto os típicos como os atípicos, isto é, não expressamente previstos em leis, se e na medida em que estes forem admissíveis) e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo.

O princípio do consensualismo ainda é liberdade: é a liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais. Em especial quanto aos contratos, caracteriza-se o consensualismo dizendo que em regra basta o acordo entre as partes, para que esta fiquem vinculadas – *consensus obligat*.

Por outro lado, se as partes são livres para contratar, dentro da esfera de auto-regulamentação de interesses marcada pela autonomia privada, em princípio a vinculação que criarem só a elas atingirá, e não a terceiros: em relação a estes, o contrato será *res inter alios acta* – e *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia terceiros). Este é o princípio do efeito relativo dos contratos.⁶⁵

Como se vê, em que pese toda a revisão realizada no princípio fundamental do Direito Privado, o que está em jogo é a medida da autonomia que é atribuída ou reconhecida aos particulares. Tal questionamento leva NORONHA a concluir que, “tanto o efeito relativo do contrato, como a própria

será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (STEINMETZ, op. cit., p. 192)

⁶³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 52-53.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116.

⁶⁵ Id. 119.

liberdade contratual só têm valor na precisa medida em que a autonomia privada é relevante, por razões de ordem econômica e social.⁶⁶

Em consequência das revisões, relativizações e funcionalizações da autonomia privada - e porque não dizer do Direito Privado -, surge um progressivo e necessário aumento das restrições à autonomia privada e à liberdade contratual entre os particulares.

Com efeito, de acordo com SARMENTO, o Poder Público distancia-se de sua posição anterior (omissa), caracterizada pelo absentéismo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica⁶⁷.

Mas esse contexto de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas representa o declínio do Direito Civil clássico, essencialmente liberal, e a construção de um Direito Civil contemporâneo, em que a liberdade sobre a propriedade, o poder autônomo de contratar e comercializar, passam a sofrer interferências estatais em nome dos possíveis prejuízos que esses atos possam causar à coletividade.

Emergem, então, no direito contratual contemporâneo, normas imperativas, cláusulas gerais e os contratos de adesão. O número de normas imperativas é proporcionalmente maior ao que era no Direito Privado contratual clássico. Também se ampliou significativamente o elenco das cláusulas gerais. Dele fazem parte, atualmente, “ordem pública”, “bons costumes”, “abuso de direito”, “excesso de poder”, “boa-fé”, “probidade”, “equidade”, “finalidade econômica”, “finalidade social” e “usos do lugar”.⁶⁸

Dessa forma, surge uma nova vertente do direito contratual e da autonomia privada, que, atenta aos preceitos da justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional⁶⁹, segurança jurídica e boa-fé objetiva⁷⁰, acarretaram uma significativa ampliação do emprego do contrato.⁷¹

⁶⁶ Id. p. 120.

⁶⁷ SARMENTO, op. cit., p. 19.

⁶⁸ “Por meio dessas cláusulas gerais, nas decisões de casos concretos, o intérprete-aplicador pode introduzir, no sistema jurídico – isto é, pode juridicizar – conteúdos metajurídicos limitativos da autonomia privada.” (STEINMETZ, op. cit., p. 193.)

⁶⁹ Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as

Desse modo, diferentemente do Direito Privado Clássico, período em que a liberdade contratual tinha como objeto os contratos individuais, embebidos de autonomia ilimitada e ausência de atuação estatal, o Direito Privado Contemporâneo, por consequência de uma sociedade capitalista desenvolvida, com um sistema de produção e consumo em escala, passou a estabelecer novos limites, diante da nova sistemática de contratação em massa, funcional e eficiente, imposta pelo mercado. Vislumbra-se, inegavelmente, a atuação da mão invisível do mercado na sociedade, que otimiza a mão de obra utilizando tecnologia avançada para aumentar não só a produção, mas também o número de consumidores, o que enseja uma maior atuação do Estado na proteção desses cidadãos vulneráveis, perante o mercado.

Passa a prevalecer, no mercado e no direito brasileiro, os contratos standardizados com destaque para os contratos de adesão. O cidadão não pode mais escolher as cláusulas que deseja contratar, como fazia nos termos do Direito Contratual Clássico, por isso, para Enzo ROPPO, os contratos standardizados representam uma das mais fortes restrições à liberdade contratual.

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas

regras da experiência ordinária.” (LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa*, n. 141, p. 99 -109. jan./mar. 1999. p. 107-108).

⁷⁰ Nesse contexto, salienta Rosalice Fidalgo PINHEIRO, que o princípio da boa-fé impõe-se como novo paradigma para as relações contratuais, especialmente configurado nas relações de consumo, delineando-se como limite à autonomia privada. (**O abuso do direito ...** p. 410)

⁷¹ “Essa renovação do contrato à procura de equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais, vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos...** p. 154-155).

do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de contratos por adesão).⁷²

Nessa nova modalidade contratual, o princípio da liberdade contratual reduz-se à liberdade de escolher entre contratar e não contratar. Não existe mais, como visto anteriormente, liberdade para se discutir e determinar o conteúdo e os efeitos dos contratos e, nos casos de monopólios e de oligopólios económicos de certos bens e serviços (ex., água, energia eléctrica, telefonia), até mesmo para o exercício da liberdade de escolher com quem contratar.⁷³

Em que pese todas essas restrições jurídicas,⁷⁴ que nos capítulos seguintes serão melhor abordadas, é inequívoco que a autonomia privada sempre foi e continua sendo o princípio fundamental do direito privado, passando a ser mais fortalecida na Constituição da República de 1988, ou seja, a autonomia privada transcende os códigos privados e passa a ser um direito fundamental implícito na Constituição, demonstrando não só a grande importância que possui na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, mas também para a manutenção e regulação do mercado.

⁷² Ainda, segundo Enzo ROPPO, “nestas hipóteses [de contratos standard], de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre (...) de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem quer contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio”. Nessas hipóteses, “(...) a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente, tem o poder de desenvolver. Como bem se compreende, o caso é completamente diferente daqueles em que a restrição da autonomia privada emerge de vínculos formalmente impostos a ambos os contraentes por uma fonte que lhes é estranha, constituindo expressão do poder público: a lei, o juiz, a autoridade administrativa” (p.318) assim, “(...) a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (...)” (ROPPO, op.cit., p.311 - 328).

⁷³ STEINMETZ, op. cit., p. 193-194.

⁷⁴ A rigor, além das restrições jurídicas, há restrições resultantes das injunções metajurídicas (económicas, sociais, políticas, ideológicas, morais, religiosas).

1.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA NEGOCIAL: REFLEXOS DA RUPUTRA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Não podemos deixar de reconhecer que o individualismo do século XVIII e o liberalismo do século XIX defenderam a condição humana. Em que pese tenha sido o liberalismo, sob o seu aspecto econômico, responsável pela concentração desigual de riquezas e pela degradação dos mais vulneráveis, tais resultados derivaram de uma excessiva proteção à liberdade individual.⁷⁵

Diante dessa concepção, é possível dizer que a diferença fundamental entre o pensamento liberal-individualista, foi a nova racionalidade que se formou a partir da segunda metade do século XX.⁷⁶

Aduz SCHREIBER que antes enxergava-se a dignidade sobre o prisma individual, como um imperativo à sociedade. Protegia-se a dignidade do homem frente ao Estado, mas não se exigia dos indivíduos a proteção mútua às suas dignidades.⁷⁷

O Estado passa a intervir na economia, o que não acontecia no Estado Liberal. A igualdade entre as partes, antes formal e utópica, passa a ser substancial e protegida pelos microsistemas como o Código de Defesa do

⁷⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 48.

⁷⁶ Foi no terreno das revoluções liberais e do constitucionalismo moderno que os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade deram origem à Constituição, que representa o objeto principal do Direito Público. O Direito Público é o conjunto de normas que regulamentam, de modo geral, comportamentos humanos necessários à proteção de um interesse da coletividade, um interesse social. Visa também reduzir a arbitrariedade dos governantes, regularizando o poder do Estado. O Direito Privado, por sua vez, remonta da Antiguidade, mas a sistematização do Código Civil Napoleônico (1807) representou um fato decisivo para a concretização dos ideais burgueses de privacidade e individualismo. Esse conteúdo do Código Napoleônico influenciou a cultura civilista brasileira e encontra-se até hoje no corpo legislativo civil e na mentalidade de alguns civilistas.

Trata-se de uma divisão que, aos poucos, vem tendo seu abismo diminuído pela tentativa de equilíbrio entre o exercício das atividades privadas com o interesse público. Ainda assim, é de grande utilidade dogmática, especialmente nos cursos de graduação em Direito, considerado como critério distintivo o interesse predominante da regulamentação normativa: particular ou coletivo. Nesse sentido, “A perspectiva dicotômica entre direito público e direito privado encontra-se, enfim, superada. Não convém que se tomem os fenômenos recíprocos de interpenetração eventualmente verificados como intromissões, porquanto tais processos não são constantes nem absolutos; seguem, isto sim, o fluxo dos fatores sociais, as modificações dos campos da vida humana, vistos, portanto, por um prisma sociológico histórico.” (LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia*. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.)

⁷⁷ Id.

Consumidor. Com o crescente processo de descodificação, o Estado passa a intervir de uma forma solidária, almejando o bem estar da população.

Entretanto, essa nítida separação perde lugar e se traduz em uma interferência cada vez maior do público sobre o privado. Uma vez descaracterizados os pilares que a sustentavam, multiplicam-se os limites à autonomia privada, sob pena de destituí-la ou aniquilá-la de seu lugar de soberania no Direito Privado⁷⁸.

Neste mesmo sentido denota Francisco AMARAL:

Publicado o Código⁷⁹, tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em transformação, e tamanha foi a dificuldade do código em se adequar às novas exigências. Assim foi necessário partir para a aplicação de leis especiais, tentando adequar os institutos tradicionais de sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação. Rompia-se, desse modo a edição de normas especiais que, editadas para disciplinar certas categorias de relações, passaram a ter mais importância do que o próprio Código, desarticulando este de sua posição de lei fundamental do sistema de direito privado para a condição de lei inferior e ou auxiliar.⁸⁰

Como consequência, as alterações revelaram uma crescente intervenção do Estado na economia e na vida social, o que vem a marcar o Direito Civil brasileiro das suas últimas décadas.

Em uma Sociedade dominada pelo mercado, a atuação positiva do Estado era considerada imprescindível para a sua sobrevivência.⁸¹

O Direito Civil contemporâneo é marcado pela necessidade da intervenção estatal, pela busca de equidade nas relações jurídicas particulares,

⁷⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso...** p. 396.

⁷⁹ Gustavo TEPEDINO no mesmo sentido aduz: “Pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação do Código Civil o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código.” (TEPEDINO, Gustavo. **Premissas...**p. 4.)

⁸⁰ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**. A. 17, n. 63, p.45-56, 1993, p. 51.

⁸¹ De acordo com TEPEDINO, “O direito público e o direito privado constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito”. (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 03.)

atribuindo-se aos institutos privados uma função social, é o fenômeno da intervenção estatal na vida jurídica privada.

Nesse contexto histórico, do crescimento das atividades mercantis e industriais, verifica-se o nascimento de uma superação paradigmática: a passagem do liberalismo para o socialismo. É responsável por essa transição uma necessidade incutida no seio social, no início do século XX, de maior intervenção estatal para a garantia de condições mínimas ao desfrute das conquistas liberais.

Com essas profundas transformações, oriundas da Segunda Guerra Mundial, a autonomia da vontade passou, em um piscar de olhos, de liberdade a um dogma perseguido por todos os cidadãos, diante do controle estatal. Mas surge um Estado preocupado, não só com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão.

O Estado passa a intervir em prol das partes mais fracas das relações sociais. No Direito Privado, multiplicam-se as normas de ordem pública, ampliando-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.⁸²

Com a passagem do Estado Liberal para Estado Social, SARMENTO elucida que

Dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar. O advento desta segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas. O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.⁸³

Como se vê, não era mais o suficiente para a sociedade, com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, que o Estado proteja apenas a igualdade formal de todos perante a lei, a sociedade estava carente

⁸² SARMENTO, op. cit., p. 19.

⁸³ Id.

de condições mínimas para que as liberdades, já garantidas pelo Estado, pudessem ser efetivamente usufruídas pelos cidadãos⁸⁴.

Nesse sentido, Eros Roberto GRAU pondera que as imperfeições do liberalismo, associadas à incapacidade e desinteresse na auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado, pois ao ideal de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapuseram a realidade da desigualdade social e do poderio econômico⁸⁵. Acerca da precisa identificação do percurso de transformações sofridas pelo Estado Liberal até a efetiva emancipação do Estado Social assevera Paulo BONAVIDES:

Quando o Estado coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.⁸⁶

O Estado Social, por meio de suas novas funções assumidas perante a sociedade, garante não só a observância da lei na formação dos contratos, - com vistas a assegurar o equilíbrio das partes -, mas também assegura ao indivíduo sua esfera de liberdade, dessa vez como forma de promoção da autodeterminação. Intervém na economia com o escopo de proteger a liberdade de iniciativa e concorrência; coíbe a atuação dos denominados entes detentores de poder social ou privado e, por fim, consagra no

⁸⁴ Alias, o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas. Apesar de lamentáveis desvios em que incorreu o Estado Social, com sua degenerescência para experiências totalitárias sobretudo na primeira metade do século XX, o fato é que em boa parte do mundo desenvolvido, e durante um razoável período de tempo no século XX, essa solução compromissória entre o capitalismo e o socialismo foi possível e teve razoável sucesso. (Id. p. 20)

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.15.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.186.

constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada.⁸⁷

Portanto, o Estado Social surge com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, sobretudo a partir da concretização dos direitos dos trabalhadores, dos direitos de ampla participação política e da renovada roupagem dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A proteção, que até então se restringia a não interferência no âmbito de liberdade dos indivíduos, desdobra-se, por sua vez, em um novo atributo dos direitos fundamentais: o dever de proteção em relação não apenas ao próprio Estado, mas, sobretudo, em face dos particulares.⁸⁸

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Pietro PERLINGIERI:

O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadãos e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, § 2, Const), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado [...]. Ele assume como própria principalmente obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção.⁸⁹

Todas essas alterações do perfil do Estado refletiram-se, como não poderia deixar de ser, sobre as Constituições. De acordo com SARMENTO, essas, que no liberalismo se limitavam a traçar a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais, tornam-se mais ambiciosas, passando a ocupar-se de uma multiplicidade de assuntos, assumindo funções de direção das instâncias políticas e da própria sociedade.⁹⁰

⁸⁷ SOMBRA, op. cit., p. 58.

⁸⁸ O principal fundamento do Estado Social encontrava-se, pois, na realização da igualdade social, com a menor ingerência possível sobre as liberdades e garantias individuais e, para a consecução desse mister, utilizava-se de mecanismos intervencionistas e regulativos da economia e da sociedade. Nesse contexto, a atividade legislativa é encarada como uma alternativa para viabilizar a intervenção estatal no domínio privado – mormente o fenômeno descrito como dirigismo contratual -, visto que é imperioso disciplinar de modo incisivo as condutas sociais para que se evite novamente o incontrolável jogo de forças sociais e econômicas. (Id. p. 59-60).

⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...** p.54.

⁹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 24.

Elas não mais se limitam à disciplina do fenômeno estatal, passando a cuidar também da ordem econômica e das relações privadas. “O Direito Constitucional penetra em novos campos, fecundando-os com seus valores. A Constituição, em suma, não é mais a ‘Lei do Estado’, mas o Estatuto fundamental do Estado e da sociedade”.⁹¹

Muito embora o Direito Público e o Direito Privado estivessem absolutamente separados no advento do Estado Liberal por conta do regime capitalista, com a modificação do papel desempenhado pelo Estado Social, essa tradicional dicotomia sofre grande impacto, em razão não só da publicização do Direito Privado, mas principalmente pela constitucionalização do direito.

Resta claro que, com o advento do Estado Social, as desigualdades sociais afloraram, dificultando a atuação estatal em prol das classes mais frágeis. Impõe-se, para tanto, uma nova geração de direitos fundamentais: os direitos sociais.

Surge o Estado do Bem Estar Social⁹², considerado necessário à preservação da lógica capitalista, uma vez que o Estado passa a disciplinar as forças existentes no mercado.

Gisele CITTADINO explicita que a recusa ao constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, consubstancia-se em um constitucionalismo comunitário, que prioriza os valores de igualdade e dignidade humana. Para a autora, “implementar justiça distributiva é o objetivo fundamental do constitucionalismo comunitário.”⁹³

Malgrado o reconhecimento dos direitos sociais represente a concretização legal dos anseios na época, a atuação positiva do Estado na vida do cidadão é obstaculizada pela escassez de recursos materiais essenciais à efetivação das pretensões sociais.

⁹¹ Id.

⁹² Termo utilizado por Jorge Reis NOVAIS em **Direitos fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁹³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15 e p. 73.

Diante dessa situação é que as normas definidoras de direitos sociais ganham o rótulo da programaticidade⁹⁴, necessitando, com isso, da edição de normas infraconstitucionais para regulamentação de seu conteúdo.

Mas as normas programáticas⁹⁵ tornam-se sinônimo de descrédito na eficácia do direito. O fato de registrarem meras diretrizes ao legislador não satisfaz o desalento social, na medida em que não concretizam resultados efetivamente positivos para a população.

Dessa forma, a ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, em um contexto de gritantes desigualdades sociais que se vivenciam no mundo, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada. Como advertiu Juan Maria Bilbao UBILLOS,

El derecho no puede ignorar el fenómeno Del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la vía de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada. La sacralización de este principio, que hoy aparece seriamente erosionado en la experiencia del tráfico jurídico privado, há servido tradicionalmente para apuntalar la inmunidad de estos poderes, privando de garantías afectivas a quienes veen menoscabada injustificadamente su libertad.⁹⁶

Portanto, toda a lógica inerente ao Estado de Bem Estar Social reclama uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A separação entre Direito Civil e Constitucional, defendida no Estado Liberal, perde força à medida que a estrita e falsa separação entre Estado e sociedade deixa de existir.

A partir desse pressuposto, os princípios e valores superiores propugnados pela Constituição passam a estar presentes em todos “os

⁹⁴ Sobre os níveis de eficácia das normas constitucionais, conferir SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

⁹⁵ Atualmente compreende-se que “às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes da constituição.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1102).

⁹⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Análisis de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios políticos e constitucionales, 1997. p. 250.

recantos do tecido normativo, resultando em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado.”⁹⁷

Como se vê, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado foi há muito tempo superada. A necessidade de um Estado interventor, que garantisse a realização dos direitos fundamentais, trouxe para o texto constitucional garantias antes nunca vistas, como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, que, como serão abordados nos capítulos seguintes, servirão de defesa, ou melhor, de limites à aplicação da autonomia privada.

Partindo então de dois aspectos: “a constitucionalização dos princípios e institutos fundamentais do direito privado e a fragmentação da matéria privada em ramos distintos e autônomos, passamos de monossistemas das codificações do século XIX, para o plurissistema típico da época contemporânea”.⁹⁸

Surge, assim, uma dificuldade clara em operar o texto constitucional, no sentido de se tornarem efetivas as garantias estabelecidas, que, de acordo com Carmem Lúcia Silveira RAMOS, “podem estar relacionadas ao fato de terem adotado a mesma estrutura lógico-formal do utilizado para a criação do sistema jurídico vigente, cuja sobrevivência, foi garantida pela continuidade da discussão relativa à aprovação de um novo código civil para o Brasil, quando poderia ter sido feita a opção pela descodificação”.⁹⁹

No entanto, é primordial reconhecer que as disposições inseridas na carta constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo dos estatutos privados, em um movimento de ruptura, buscando atender os anseios da sociedade brasileira no início do novo século.¹⁰⁰

Com a recepção dos estatutos privados no texto constitucional, passa-se a falar em Constitucionalização do Direito Privado¹⁰¹, que, segundo Francisco AMARAL, significa:

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

⁹⁸ AMARAL, Francisco. **Racionalidade**... p. 52.

⁹⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29. 1998. p. 10.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Para FACHIN, “O modelo civilista herdado dos valores vigorantes no final do século passado está na pauta das discussões. Fala-se, agora mais que antes, numa

(...) que os princípios básicos do Direito Privado emigram do código civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, assumido o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformado-se este num satélite do sistema constitucional. Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu *habitat* natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado.¹⁰²

Partindo então desse contexto, é possível afirmar que, com a constitucionalização, “ocorre à elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passa a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais da legislação infraconstitucional”.¹⁰³

Ao se recepcionar na Constituição Federal, temas que compreendiam a dicotomia tradicional do estatuto privado, de acordo com RAMOS, ocasionou transformações fundamentais do sistema de Direito Civil clássico: (i) Na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); (ii) na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e (iii) nas relações contratuais (nas quais foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).¹⁰⁴

Esse fenômeno da recepção objetivou, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social.

principiologia axiológica de ordem constitucional diante das crises e transformações que emergem das novas demandas calcadas em ideais como a plena cidadania, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito jurídico (contrato), projeto parental e titularidades (posse, apropriação). É legítimo, por conseguinte, indagar se o ordenamento jurídico tem respondido adequadamente às exigências que os fatos sociais impõem. Para tanto, compreender a constitucionalização do Direito Civil é imprescindível.” (FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Principiologia Axiológica Constitucional. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Ano 2003. V. 3, p. 236).

¹⁰² AMARAL, Francisco. **Racionalidade...** p. 52.

¹⁰³ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização ...**p. 101.

¹⁰⁴ RAMOS, op. cit., p. 10-11.

Para PERLINGIERI, abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe à realização de objetivos qualificados, como individualizar um sistema do Direito Civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais das pessoas; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário já efetuadas nesse sentido indicam que a estrada traçada é rica de resultados, destinados, na sua totalidade, a dar uma nova feição ao Direito Civil, contribuindo à criação do Direito Civil constitucional.¹⁰⁵

Consequentemente, o Código Civil não garante mais a coerência do sistema de Direito Privado, o que leva AMARAL a concluir que a posição central que o Código Civil ocupava no ordenamento jurídico é agora ocupado pela própria Constituição Federal.¹⁰⁶

Nesse sentido, também concluiu Gustavo TEPEDINO:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.¹⁰⁷

Vale dizer que, a Constituição promove a funcionalização tanto do contrato quanto do direito de propriedade. Porém, com a constitucionalização, a Constituição sucede o Código Civil como ponto central do sistema normativo privado.

Considerado como um processo de construção de um novo¹⁰⁸ Direito Civil por alguns doutrinadores, na medida em que estaria plasmado no

¹⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade...** p. 591.

¹⁰⁶ AMARAL. Francisco. **Racionalidade...** p. 52.

¹⁰⁷ TEPEDINO. Gustavo. **Premissas...** p. 7.

¹⁰⁸ “É visível a constatação de se posicionar o Direito Civil nacional ao longo de quatro marcos científicos: i) o processo codificador do século XIX, sistematicamente iniciado em 1845, por iniciativa da Constituição de 1824, à luz do seu art. 179, XUIII (“organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”), culminado com o Código de 1916, tendo sido ele elaborado por Clóvis Bevilacqua,

processo de adaptação do Código Civil à luz da Constituição, esse processo encontra, ao menos, um precedente de sucesso na história do Direito Ocidental contemporâneo, conforme elucida Paulo NALIN:

Trata-se da adaptação ideológica do Código Civil italiano de 1942, de perfil fascista, em face da Constituição da República Italiana, a qual entrou em vigor em 01.01.1948. Essa justaposição é que acabou por ser a razão e o escopo da constitucionalização do Direito Civil naquele país, como também aparentemente estamos a realizar no Brasil. Creio que esse esforço de leitura e adaptação que se busca realizar no Brasil se posicione mais ao lado da harmonização da brutal lacuna social, política e cultural que separa os anos 70 do início deste século XXI do que no patamar ideológico, não obstante a Comissão redatora original ter sido constituída em pleno regime militar (década de 60).¹⁰⁹

Conclui o autor que a Constituição tem grande importância para o Direito Privado, na medida em que é o instrumento primeiro que permitirá ao operador do Direito preencher a moldura normativa das cláusulas gerais inseridas nas partes estratégicas do novo código, não só para situar os conceitos indeterminados nelas contemplados, mas, sobretudo, para descrever a moldura normativa a estabelecer suas respectivas sanções.¹¹⁰

Daí a relevância e pertinência da análise dos institutos privados à luz da Carta Magna, cabendo aos juristas a tarefa de remodelar e restabelecer os novos conteúdos para os clássicos princípios do sistema, principalmente o da autonomia privada e, para os contratos, o da liberdade contratual.

Mas diante de tendências contemporâneas, tal como a constitucionalização, repersonalização¹¹¹, despatrimonialização¹¹², o estudo de

com o emprego dos projetos e estudos anteriores, entre abril e outubro de 1899; ii) o movimento de recodificação sempre se ateu à experiência codificadora européia, decorrente do Código Frances de 1804, passando pelo BGB (1900), pelos Códigos Italianos de 1865 e 1942, sem embargo da influente presença lusitana dos Códigos Civis de 1867, 1966 e da atualização desta última, levada a efeito pelo Dec. – lei 496, de 1977); iii) a Constituição Brasileira de 1988, na medida em que estabeleceu o novo sentido do indivíduo, vale dizer, da pessoa e da sua repersonalização, para tanto, fazendo inserir em seu texto vários dos institutos fundamentais do Direito Civil; iv) o Código Civil brasileiro de 2002, sem embargo de uma análise crítica acerca da adequação do modelo codificador para o atual século XXI”. (NALIN, Paulo. **A Autonomia Privada...** p. 18)

¹⁰⁹ Id.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ A repersonalização, como ensina Ana Carla H. MATOS, “significaria sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o D.Civil cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana – colocar o homem no centro das relações civilísticas.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 104)

¹¹² “Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que,

Direito Civil envolve, irrefutavelmente, não só o Código Civil, mas também e principalmente a Constituição de 1988.

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, ocorre a necessidade imperiosa da releitura dos institutos privados à luz da carta magna, sob pena de realizar uma interpretação desatualizada do Código Civil e em total desconformidade com os direitos fundamentais ali elencados.

Por tal motivo, não só se faz necessária a leitura do princípio fundamental do Direito Privado à luz da Constituição, mas também se faz necessário identificar o fundamento constitucional para a autonomia privada.

Com a simples leitura do texto constitucional promulgado em 1988, será possível observar que o constituinte não se preocupou em inserir a autonomia privada explicitamente na carta magna; ele não garantiu a confecção de um artigo específico para incluir a autonomia privada como um direito fundamental de todo o cidadão. Conforme será demonstrado, a autonomia privada está inserida implicitamente em diversos artigos da Constituição, o que não quer dizer que o Constituinte não tenha se preocupado com ela.

Para Pietro BARCELLONA: “a Constituição não se ocupa da autonomia privada, mas da iniciativa privada.”¹¹³ Então, esse seria o caminho que o Constituinte buscou para conferir dignidade constitucional à autonomia privada: relacioná-la ao conceito de livre iniciativa econômica, delineando-lhe uma garantia indireta.¹¹⁴

Dessa forma, a tutela constitucional da autonomia privada, entendida no seu sentido mais amplo, foi então significativamente fortalecida pela Carta Magna de 1988, e tal fato ocorreu, segundo SARMENTO:

lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...** p. 33).

¹¹³ BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1977. *Apud* PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 491-508. p. 502.

¹¹⁴ Id.

em razão da riqueza e extensão do catálogo de direitos fundamentais inscritos, de modo não exaustivo, no texto constitucional, e dos inúmeros remédios judiciais e garantias materiais instituídos para a sua defesa. Como já destacamos antes, a relevância ímpar atribuída pelo constituinte às liberdades fundamentais revela-se também diante da sua privilegiada localização no corpo da Constituição – logo na sua abertura, ao contrário do que ocorrera no regime constitucional pretérito -, bem como no reconhecimento da sua superconstitucionalidade, decorrente da também inédita elevação destas liberdades à condição de cláusulas pétreas.

Mas basta percorrer com a mínima atenção a Constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. Pelo contrário, é flagrante no discurso constitucional a preocupação com efetividade da liberdade, com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do seu generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais que ela consagra, e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social que ela acolhe.

Mas se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de variadas fórmulas compromissórias.¹¹⁵

Trata-se de ver a autonomia privada concebida como um direito fundamental. Tal conclusão deriva, como já destacado antes, da recepção implícita da autonomia privada, no texto constitucional, por meio da liberdade de iniciativa econômica, prevista no art. 170¹¹⁶ da Constituição Federal de 1988.

Essas afirmações ficam mais evidentes quando realizada a leitura do texto constitucional vigente, precisamente os seguintes artigos: 1º, 5º e 170 da Constituição Federal de 1988.

O art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa *tout court*, mas “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV, CR). Já o art. 170, antes de versar sobre a livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece ainda que a finalidade dessa ordem é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CR), tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo.

¹¹⁵ SARMENTO, op. cit., p. 174-175.

¹¹⁶ Francisco AMARAL reconhece a tutela constitucional da autonomia privada, eis que os art. 1º e 170 da Constituição da República proclamam a livre iniciativa entre os princípios do Estado Democrático de Direito e a base da ordem econômica. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil...** p. 198).

Ademais, no art. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, a proteção da propriedade privada é condicionada ao cumprimento da sua função social¹¹⁷ e atesta-se, por fim, que, no elenco de princípios da ordem econômica, constam não só normas de matriz liberal, como também diretrizes e mandamentos revestidos de inequívoco pendor solidarista, como a própria função social da propriedade, a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte (art. 170, III, V, VI, VII e VIII, CR).¹¹⁸

Como se vê, a Constituição indiretamente garantiu proteção à autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade¹¹⁹ existente entre ambas, mas, na opinião de SARMENTO, a proteção à autonomia privada, decorrente da Constituição Federal de 1988, não é homogênea, mas, sim, heterogênea, por entender que ela é mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.¹²⁰

Para FACHIN, o fato de o princípio da autonomia privada não encontrar, na Constituição brasileira, tanto quanto na italiana, uma descrição concreta ou estável, na letra da lei, em nada lhe subtrai a natureza de pedra angular do sistema jurídico privado.¹²¹

¹¹⁷ Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. (ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In **A reconstrução do Direito Privado**, Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 844).

¹¹⁸ SARMENTO, op. cit., p. 176.

¹¹⁹ De acordo com Francisco AMARAL, os conceitos são conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõe também atuam quanto àquela. (**Direito Civil...** p. 364-365).

¹²⁰ SARMENTO, op. cit., p. 177.

¹²¹ FACHIN, Luis Edson. **O arggiornamento...**p. 119.

Tampouco, se encontra o referido princípio anotado nas regras do Código Civil e, mesmo assim, ele não deixa de ser reputado como “um desenho quase ficcional, apto ao desenvolvimento de um tipo de economia de mercado. Esse é o modelo tutelado pela Constituição brasileira vigente no capítulo da ordem econômica.”¹²²

Até mesmo por conta da condição abstrata de tal princípio na fonte constitucional e, assim, de forma implícita, entende-se que a autonomia privada é um princípio geral do direito de fonte constitucional.¹²³

Sobre todo o processo histórico que envolve a evolução do princípio da autonomia privada até os tempos modernos, LORENZETTI identifica três grandes momentos evolutivos do princípio: (i) a autonomia da vontade como direito pré-estatal (jusnaturalista e jus-racionalista); (ii) a autonomia da vontade reconhecida pelo Estado (atribuição de merecimento); (iii) a autonomia da vontade como um direito fundamental.¹²⁴

A distinção da primeira referência, trazida por LORENZETTI, sobre a natureza da autonomia privada, face à terceira, aqui adotada (direito fundamental), é que, apesar de ambas serem reconhecidas como de fonte constitucional, não pretende ser ela pré-estatal, até porque se mostra duvidosa a relação entre os direitos fundamentais e a sua localização pré-estatal.

Nesse sentido, NALIN salienta que se deve considerar que a liberdade de iniciativa importa na liberdade de construir e regular, mediante contrato, relações econômicas e sociais com outros sujeitos, e que, em virtude da sua essência constitucional, a autorregulamentação de tais interesses deve ser encarada como instrumento do desenvolvimento da personalidade humana.¹²⁵

A Carta Magna de 1988, em várias de suas normas, ajuizou um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente, a pressões sociais, na procura de meios capazes de diminuir as necessidades dos cidadãos.

Para Ricardo Luiz LORENZETTI, “o Direito Civil exhibe um progressivo referencial público. Suas instituições, em uma época subjetiva, vinculam-se

¹²² Id. p. 119.

¹²³ LORENZETTI, Ricardo L. **Tratado de los contratos**: parte geral. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 129.

¹²⁴ Id. p. 128.

¹²⁵ NALIN, Paulo. **A Autonomia Privada...** p. 39.

progressivamente ao Direito Público em um mundo econômico e jurídico cada vez mais inter-relacionados. A funcionalidade e, sobretudo, a eficácia das instituições de Direito Privado, exigem essa correlação”.¹²⁶

No momento atual, se está ao passo da despatrimonialização dos bens jurídicos, valorando o conhecimento e a educação.

RAMOS volta a ressaltar que essa despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial do direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir, respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.¹²⁷

Contudo, para que ocorra essa funcionalização do sistema econômico sem que haja o desrespeito à dignidade da pessoa humana, não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma (autonomia privada) ou mesmo sobre exceções, na medida em que, a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa.

Com ela, os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contratantes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas antes internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional.¹²⁸

Por esse motivo, as liberdades garantidas pelo texto magno não podem ser consideradas absolutas. É claro que a Constituição garante a todos os cidadãos o direito de autogovernar-se, de fazer as suas próprias escolhas existenciais e de viver de acordo com elas.

No que diz respeito às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, esses direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade¹²⁹. Isso não significa que ditas liberdades sejam absolutas.

¹²⁶ LORENZETTI, op. cit., p. 543-546.

¹²⁷ RAMOS, op. cit., p. 16.

¹²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade...** p. 280.

¹²⁹ SARMENTO, op. cit. 177.

Para SARMENTO, não cabe ao Estado avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria a autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros¹³⁰.

PERLINGIERI reconhece em sua obra que a autonomia privada abrange tanto o campo das relações patrimoniais, como o das situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial, e afirma que em ambos os casos existe “um denominador comum na necessidade de serem dirigidos (os atos e autonomia) à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”¹³¹.

SARMENTO sustenta que a posição de Perlingieri é inteiramente válida para a autonomia privada ligada a interesses patrimoniais, mas não para as liberdades existenciais, que não dependem de comprovação de utilidade social da tutela, pois para ele:

supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas na medida em que seu exercício atender a interesses coletivos equivale, no nosso entendimento, a recair num coletivismo transpersonalista, que não leva a sério que é o Homem “a medida de todas as coisas”. Se é verdade que a pessoa humana, a que se refere a Constituição brasileira, não é o indivíduo insular do liberalismo burguês, mas um ser social e enraizado, não é menos certo que esta pessoa não se reduz a uma parte no todo social. Cada pessoa é um fim por si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a Humanidade! Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos. (p.178)

Já em relação às liberdades econômicas, parece possível lastrear, diante do conteúdo disposto na Constituição, a dimensão correspondente da autonomia privada na cláusula da livre iniciativa, pois está naturalmente pressupõe a capacidade das partes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza.

¹³⁰ Id. p. 177.

¹³¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...** p. 19.

Mas isso não quer dizer que o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia privada negocial importaria a não intervenção por parte do Estado, bem pelo contrário, tais intervenções, de acordo com SARMENTO, devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de massas, em que se torna imperativo proteger as partes mais fracas nas relações negociais, assim como promover outros interesses relevantes da coletividade¹³².

No mesmo sentido, sustenta PRATA que:

Muito embora (...) o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte, como corolário necessário, a autorização de realização de negócios jurídicos inerentes à actividade económica que no seu quadro exerce, não pode o sujeito económico reivindicar para cada acto negocial a tutela que a Constituição estabelece para aquela actividade, unitariamente concebida. Actuando o sujeito na esfera económica – e a decisão de fazer ou não é livre – ele tem de subordinar-se aos condicionamentos dessa actuação, 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 forma.¹³³

Ademais, em relação a tais liberdades de caráter econômico, que envolvem a autonomia negocial,¹³⁴ bem como o uso da propriedade e de outros bens e direitos patrimoniais, parece inequívoco o seu condicionamento ao desempenho de uma função social, ligada à promoção dos valores de justiça, liberdade real e solidariedade inscritos na ordem constitucional.¹³⁵

Daí a importância do reconhecimento, na ordem constitucional brasileira, da função social da propriedade, da posse, dos contratos e da empresa, não como meros limites externos a tais institutos, invocáveis apenas excepcionalmente, em situações patológicas, mas como elementos

¹³² SARMENTO, op. cit., p. 179.

¹³³ PRATA, op. cit. p.199.

¹³⁴ Termo utilizado pelo Prof. Pietro PERLINGERI, que definiu autonomia negocial “como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”. (**O direito civil na legalidade...** p. 338)

¹³⁵ Nesse sentido Luiz Edson FACHIN afirma que “(...) a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 181-182).

delimitadores do próprio conteúdo e da essência daquelas categorias dogmáticas¹³⁶, que devem ser usadas no dia-a-dia do tráfico jurídico¹³⁷.

Com efeito, considerando toda a proteção constitucional conferida pelo Constituinte à autonomia privada e, porque não à autonomia negocial, mesmo esta estando implícita, garante ao princípio fundamental do Direito Privado o *status* de direito fundamental de todo cidadão.¹³⁸

Desta maneira, é evidente que as transformações da sociedade civil brasileira no curso deste século, envolvida no processo da Revolução Industrial e Tecnológica, com a intervenção crescente do Estado no âmbito da autonomia privada, têm causado notórias modificações de natureza formal e material no sistema de Direito Civil Brasileiro.¹³⁹

Necessariamente, muitas serão as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito, na interpretação do direito ao aplicar as regras ao caso concreto. Principalmente no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A Constituição precisa ser efetiva e deve alcançar seus objetivos.

Como bem deixou salientado Paulo NALIN, essas dificuldades deverão ser enfrentadas pelo próprio Poder Judiciário, pois cabe a ele conjugar todos os

¹³⁶ De acordo com Virgílio Afonso da SILVA, para a teoria Interna, que será utilizada no presente trabalho, o processo de definição de limites ao direito é algo interno a ele. Isso significa que não há interferência de aspectos externos, e, portanto, não há a possibilidade de existência de colisão entre direitos. A ideia central pode ser traduzida pela frase de PLANIOL e RIPERT de que “o direito cessa onde o abuso começa”. Já a teoria externa ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições. (**Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127 e 138).

¹³⁷ SARMENTO, op. cit., p. 179-180.

¹³⁸ De opinião divergente, Wilson STEINMETZ aduz que: “A tutela constitucional da autonomia privada tanto pode ser deduzida (i) do direito de propriedade (CF, art. 5º, caput, e XXII) como (II) do princípio da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput). (ii) Uma das faculdades básicas que o direito de propriedade assegura ao titular é o poder ou direito de livre disposição da propriedade. O exercício de livre disposição da propriedade se viabiliza concreta e instrumentalmente pelo contrato. A autonomia privada – aqui, particularizada na liberdade contratual – é princípio fundamental do direito contratual. Logo, se a Constituição tutela a propriedade (seja como direito fundamental, seja como garantia de instituto), então ela também tutela a autonomia privada. Dizendo em enunciação mais concisa, se o exercício do direito de propriedade exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada. (iii) A Constituição elegeu a livre iniciativa econômica (CF, art. 170, caput) como também da república Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV). Ora, é lógica e faticamente impensável e impraticável a livre iniciativa sem a autonomia privada. Logo, ao eleger a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a Constituição também tutelou a autonomia privada”. (Op. cit., p. 200 - 201)

¹³⁹ AMARAL, Francisco. **Racionalidade**... p. 54.

valores envolvidos no caso concreto e posteriormente dizer quem é o detentor do direito:

Percebe-se, assim, haver intrínseca relação entre autonomia privada, Constituição e solidariedade social, cabendo ao Judiciário a árdua e precípua tarefa de conjugar todos estes valores, tomando como norte o indivíduo, não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim na coletiva material e existencial, pois, sob este prisma, lei alguma disporá.¹⁴⁰

Dessa maneira, mesmo que a autonomia privada se mantenha como princípio, um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista liberal, serão estabelecidas restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses dos cidadãos, bem como, para o desenvolvimento e preservação da dignidade das pessoas.¹⁴¹

Deveras, o poder constituinte, preocupado com a garantia das liberdades individuais de cada cidadão, previu a proteção constitucional da autonomia privada, cabendo a cada cidadão exigir do Estado não só a fiscalização, mas principalmente a garantia dessas liberdades, conquistando com isso a garantia da igualdade material, a solidariedade e a proteção à dignidade da pessoa humana e da justiça social, possibilitando a existência de sociedade mais justa e igualitária. Pelo menos é o que se espera em um Estado Democrático de Direito.

Se em determinados períodos históricos a humanidade vivenciou a luta e a conquista de direitos fundamentais, o desafio atual de todo o cidadão é fazer valer esses direitos nas relações entre particulares, conforme será abordado a seguir, por meio da eficácia de tais direitos nas relações entre particulares.

¹⁴⁰ NALIN, Paulo. **Do Contrato...** p. 174.

¹⁴¹ RAMOS, op. cit., p. 17.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS: ANIQUILAMENTO OU LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?

Quando se trata do tema sobre eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, logo surge a ideia de que a liberdade ou a autonomia privada do cidadão vai ser tolhida e aniquilada por conta da sobreposição, muitas vezes imposta pelo Poder Judiciário, de um direito fundamental, para a solução de um litígio entre as partes.

Na presente dissertação, a eficácia dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à leitura e interpretação das cláusulas contratuais pela Constituição Federal de 1988.

Conforme será abordado a seguir, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que pese as possíveis limitações que porventura venham a ser aplicadas à autonomia privada e, por conta da relação de interdependência e de reciprocidade entre direitos fundamentais e democracia, vem garantir a sua manutenção de forma equilibrada e ponderada entre os cidadãos, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Estabelecendo um ponto de partida para abordar a positivação dos direitos fundamentais, grande parte da doutrina informa que foi a Magna Carta Inglesa de 1215 que deu início à inserção destes direitos nos textos constitucionais dos Estados modernos ocidentais.

Para Carl SCHMITT,

*La Magna Carta inglesa de 15 de Julio de 1215 suele designar-se como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno...*¹⁴²

¹⁴² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996. p. 164.

Todavia, SCHMITT entende que a positivação dos direitos fundamentais somente ocorreu na Declaração dos Estados americanos.¹⁴³ Segundo o autor, a história dos direitos fundamentais teve início com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776:

*La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo – según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como ‘Bill of Rights’, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, ‘La declaración de derechos del hombre y del ciudadano’, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776...*¹⁴⁴

Mas positivação dos direitos fundamentais somente ganhou repercussão a partir da Revolução Francesa de 1789, quando foi consignado de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais.

Ainda dentro de um contexto histórico, mostra-se de suma importância abordar as três gerações ou dimensões¹⁴⁵ históricas de direitos fundamentais, havendo, ainda, inclusive, a possibilidade se reconhecer uma quarta dimensão, para a melhor compreensão do tema. Apenas deixando claro, em que pese as gerações tenham surgido em momentos históricos distintos, não existe hierarquia entre elas.

¹⁴³ Segundo J. J. Gomes Canotillo, deslocaram-se os direitos fundamentais em direção ao campo da *positivação* ou *constitucionalização*, a partir do *Virginia Bill of Rights* (1776) e a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (1789). (**Direito constitucional...** p. 356).

¹⁴⁴ SCHMITT, op. cit., p. 164.

¹⁴⁵ SARLET ressalta as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. “Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos.” (**Eficácia....** p. 52.)

Conforme já abordado acima, sobre a origem dos direitos fundamentais de primeira dimensão, SARLET complementa que

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹⁴⁶

Pela característica “negativa”¹⁴⁷, assumem particular relevo, no rol desses direitos, as liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e os direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.¹⁴⁸

Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei), e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nessa categoria.¹⁴⁹

A segunda geração de direitos, da mesma forma que a primeira, foi inicialmente objeto de formulação especulativa em campos políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico.

As prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., passaram a ser reivindicadas pelos cidadãos diante do grave impacto no mercado pela industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam.

Quanto à efetividade dos direitos de segunda geração, considerados direito prestacionais, BONAVIDES esclarece que estes

¹⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 54.

¹⁴⁷ São os direitos de resistência face ao Estado, e entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek (BONAVIDES, op. cit., p. 517).

¹⁴⁸ SARLET, op. cit., p. 54.

¹⁴⁹ Para Paulo BONAVIDES, os direitos de primeira dimensão são “os assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados”. (Id. p. 517)

... atravessaram, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.¹⁵⁰

Por tais razões, a doutrina reconhece que somente no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que esses novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados do princípio da igualdade”¹⁵¹, entendida num sentido material.¹⁵²

A terceira dimensão de direitos fundamentais contempla os denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade e são destinados à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e possuem como característica a titularidade coletiva.

BONAVIDES entende que os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípuo “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.¹⁵³

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.¹⁵⁴

Reconhecidos então os direitos de terceira geração, como a solidariedade (ou fraternidade), seu desenvolvimento, conforme ensina Etienne-R. MBAYA, se exprime de três maneiras:

¹⁵⁰ Id. p. 518

¹⁵¹ BONAVIDES, op. cit. p. 518.

¹⁵² Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que esses não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos de liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns exemplos dos mais representativos. (SARLET, op. cit. p. 55).

¹⁵³ BONAVIDES, op. cit., p. 523.

¹⁵⁴ Id. p. 523.

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.¹⁵⁵

SARLET, ao abordar a origem dos direitos de terceira geração, conclui que tais direitos são fruto de novas reivindicações fundamentais do ser humano, “geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”.¹⁵⁶

E a quarta geração, como ela surgiu? Como ela pode ser fundamentada? Quais são os direitos que a compõem?

Essas indagações foram respondidas por BONAVIDES, que se posiciona a favor do reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, sustentando que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”.¹⁵⁷

De acordo com o autor, a quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.

Para SARLET, a proposta de BONAVIDES, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, “oferece nítida vantagem de constituir de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir

¹⁵⁵ MBAYA, Etienne-R. **A Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis**. *Apud*, BONAVIDES, op. cit., p. 523-524.

¹⁵⁶ Quanto à positivação, SARLET reconhece que “ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande numero de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara”. (SARLET, op. cit. p. 56-57.

¹⁵⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 524-526.

com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos de liberdade”.¹⁵⁸

Definidas as quatro gerações dos direitos fundamentais, demonstrar-se-á que, com as constantes transformações do Estado nos últimos séculos, o Estado Democrático de Direito somente conseguiu se estabelecer com a conexão entre direitos fundamentais e democracia.

Isso porque os direitos fundamentais¹⁵⁹ passam a ser considerados como parâmetros de legitimação da ordem democrática, na medida em que esses buscam reconhecer a igualdade, perante a lei e em oportunidades, a liberdade real e o direito de participação na conformação do processo político.

Portanto, a positivação de direitos fundamentais deu origem a um espaço para o exercício da autonomia privada dos cidadãos e a fundamentação para sua participação política na sociedade.¹⁶⁰

Com a positivação, surge também o desenvolvimento de um sistema de direitos fundamentais, mas, para garantir sua efetividade a esses direitos, faz-se necessário recorrer aos princípios da proteção jurídica, da defesa dos direitos e abertura da via judiciária (como imposição constitucional ao legislador), à garantia de processo judicial, à criação de direito subjetivo público em círculo de situações juridicamente protegidas, às garantias de justiça e aos

¹⁵⁸ Id. p. 59.

¹⁵⁹ Para José Afonso da SILVA, “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana, direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.176-177).

¹⁶⁰ SARLET, almejando evitar dúvidas quanto aos possíveis significados dos direitos fundamentais e, com a possível equiparação aos direitos humanos, preocupou-se em realizar uma distinção terminológica, de suma importância para compreensão do tema: “(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”. (SARLET. **A Eficácia dos direitos fundamentais...**p. 28).

direitos processuais fundamentais, e, finalmente, ao princípio da constitucionalidade,¹⁶¹ ou seja, de princípios norteadores do sistema.

De acordo com Mario Lúcio Quintão SOARES, “este sistema de direitos fundamentais, dotado de princípios norteadores e assecuratórios, propicia a concretização da cidadania plena e coletiva, consubstanciando a legitimidade do Estado Democrático de Direito”.¹⁶²

Isso leva Perez LUÑO a concluir que o constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais, pois as normas que estabelecem os direitos fundamentais, juntamente com aquelas que consagram a forma de Estado e o sistema econômico, são decisivas para definir o modelo constitucional de uma sociedade. De acordo ainda com o autor, há um estreito nexo de interdependência *“genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamantales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.”*¹⁶³

Dentro desse sistema, os direitos fundamentais assumem um duplo caráter, dupla função ou dupla dimensão, na ordem constitucional, que pode ser objetiva ou subjetiva.

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais se caracterizam pelo fato de sua normatividade ultrapassar a aplicação subjetivo-individual.¹⁶⁴ Essa dimensão constitui, em verdade, um comando dirigido ao Estado no sentido de proteger os direitos fundamentais¹⁶⁵, ou seja, além das medidas concretas

¹⁶¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário**. São Paulo: Del Rey, 2003. p. 419.

¹⁶² Id.

¹⁶³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 3. Ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 19.

¹⁶⁴ Mas não é só isso. Para SARMENTO, “a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. Neste sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG`s e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto”. (op. cit., p. 106.-107)

¹⁶⁵ Ainda na visão de Perez LUÑO, na medida em que o Estado Liberal de Direito evoluiu para formas de Estado Social, os direitos fundamentais dinamizaram sua significação, agregando à sua função de garantidor das liberdades existentes, “la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar”, pois, com o tempo, os direitos fundamentais deixaram

visando a efetivá-los, a atividade legislativa destina-se também a desenvolvê-los e promovê-los de forma objetiva, ou seja, sem subjetividade.¹⁶⁶

Já na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais atuam “operando como garantidores da liberdade individual, sendo que a esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade”.¹⁶⁷

Em que pese exista duas dimensões (objetiva e subjetiva), SARMENTO entende que é “a dimensão objetiva que constitui o corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana concreta e situada”.¹⁶⁸

De acordo ainda com o autor, “tal compreensão é a mais adequada diante da realidade do mundo contemporâneo, onde não basta garantir formalmente a liberdade humana, diante da necessidade de remoção dos obstáculos materiais impeditivos do seu gozo, impostos por uma sociedade desigual e opressiva”.¹⁶⁹

Tal conclusão, leva a crer que a autonomia privada encontra-se relacionada à efetivação dos direitos fundamentais do homem, revelando a essência do Estado democrático, que orienta o exercício dos direitos subjetivos desatrelado de fins egoísticos e individualistas ou de sua aniquilação por meio de uma suposta vontade coletiva, corrigindo os excessos da autonomia da vontade que ocorreram sob a égide do Estado Liberal ou sua mitigação no Estado Social.

Diante disso, os direitos fundamentais, nas mãos do cidadão seriam o mesmo que ter um trunfo contra o Estado, pois, segundo Jorge Reis NOVAIS,

de ser meros limites aos exercício político, para definir um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. (LUÑO, op. cit. p. 20).

¹⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

¹⁶⁷ PEREIRA, op. cit. , p. 77.

¹⁶⁸ SARMENTO, op. cit., p. 123.

¹⁶⁹ Id.

Os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos a imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.¹⁷⁰

Por tais razões, NOVAIS entende que só se encontra um verdadeiro Estado de Direito onde também existam democracia e direitos fundamentais.

Seguindo essa mesma posição, na visão de Gustavo BINENBOJM, a ideia de direitos fundamentais e democracia representa as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos.

Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem da autoridade* do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

(...)

A partir do que se convencionou chamar *virada kantiana*, dá-se uma reaproximação entre ética e direito, como o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como um imperativo categórico jurídico. A ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. A *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.¹⁷¹

A democracia¹⁷² deve então incorporar, antes de tudo, as mais importantes conquistas da teoria democrática representativa, com suas técnicas de representação, seus procedimentos, apontando o conjunto de eleitores de uma comunidade como base de determinação do convívio social.¹⁷³

¹⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais ...** p. 18.

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 49-51.

¹⁷² A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autos das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. (Id. p. 50)

¹⁷³ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 62.

Sobre a democracia, NOVAIS esclarece que o Estado de Direito (direitos fundamentais) “exige dela, como conseqüência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito”.¹⁷⁴

Ademais, o autor aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁵, por sua vez, decorre cooriginariamente de exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem de forma direta e necessária à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia, não há verdadeiro Estado de Direito, por entender que:

- a) Desde logo, sem garantia dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido atual de dignidade da pessoa humana ficaria amputado de uma sua dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e da conseqüente igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade. Por outro lado, num quadro não democrático, a separação de poderes tende a desaparecer e, com concentração dos poderes do Estado, os direitos individuais sofrem uma correspondente e inevitável desvalorização.
- b) a referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do facto de também a democracia exigir o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia.¹⁷⁶

Mas é por meio da Constituição que os direitos fundamentais e a democracia se irradiam por todo o Estado, através de um processo chamado de constitucionalização, que, de acordo com Luís Roberto BARROSO,

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.¹⁷⁷

¹⁷⁴ NOVAIS, op. cit. p. 19.

¹⁷⁵ Como limite, “o princípio impõe ao Estado o respeito à dignidade inerente a cada ser humano e que é inalienável. Como tarefa cometida ao Estado, a dignidade da pessoa humana obriga a este que guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia...** p.108).

¹⁷⁶ Id. p. 19-20.

¹⁷⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do**

No Brasil, esse processo de constitucionalização do direito intensifica-se a partir da promulgação da Carta de 1988, conforme já abordado no item 1.3 deste trabalho.¹⁷⁸

Atualmente, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais apresenta-se como uma das mais importantes consequências da sua dimensão objetiva, significando que os seus valores exercem influência por todo o ordenamento jurídico, impondo que a interpretação das normas legais, não só pelo cidadão, mas também pelo legislador, pela administração e pelo Judiciário, seja realizada conforme a Constituição.

Conforme afirma Daniel SARMENTO, a eficácia irradiante, nesse sentido, “enseja a humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substancial e da justiça social, impressas no tecido constitucional”.¹⁷⁹

No que concerne à interpretação constitucional, destaca-se, em sede de eficácia vinculante dos direitos fundamentais, a interpretação conforme a Constituição.

BARROSO, ao lecionar sobre interpretação conforme a constituição, advoga que

Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
 - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
 - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.¹⁸⁰

Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 04 de outubro de 2008. p. 12-13.

¹⁷⁸ A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 1º, caput, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

¹⁷⁹ SARMENTO, op. cit., p. 279.

¹⁸⁰ BARROSO, op. cit. 22-23.

Portanto, é de se constatar que o método de interpretação constitucional, como foi exposto por BARROSO, decorre da natureza rígida da Constituição e da hierarquia das normas constitucionais¹⁸¹.

A interpretação, conforme a Constituição, que deve seu desenvolvimento ligado à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, dá-se, para além dos limites da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, quando, entre várias possibilidades de interpretação plausíveis e alternativas, existe alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição.¹⁸²

Dessa forma, a partir do reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, tem-se destacado o processo de constitucionalização do Direito Civil, o que, no dizer de SARMENTO, “representa verdadeira virada copernicana para esse ramo do Direito, ao infiltrá-lo com novos valores menos individualistas e patrimonialistas e mais voltado para a tutela da personalidade humana, nas suas múltiplas dimensões”.¹⁸³

Veja-se, então, como as teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre privados têm se manifestado na doutrina e na jurisprudência brasileira.

2.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda é um assunto bastante controvertido. Provavelmente, porque tais direitos possuem a função de delimitar a atividade do Estado em relação aos cidadãos (eficácia vertical) e, em decorrência das constantes transformações sociais e políticas da sociedade, acaba emergindo a problemática da horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade da incidência dos direitos

¹⁸¹ Ainda sobre a interpretação conforme a constituição, Paulo SCHIER, ao abordar o conceito de filtragem constitucional, aduz que “toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta fundamental e passada pelo seu crivo” (SCHIER, Paulo R. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p.145).

¹⁸² SAMPAIO, op. cit., p. 81.

¹⁸³ SARMENTO, op.cit., p. 82-83.

fundamentais nas relações privadas e da imposição de respeito a esses direitos entre os particulares (eficácia horizontal), por parte do Estado.

A inversão de valores como igualdade formal *versus* igualdade material; neutralidade da atuação estatal face à dinâmica social *versus* intervenção estatal para garantia da dignidade humana; separação entre Estado e sociedade civil *versus* limitação pelo Estado da autonomia da vontade, justifica o debate em tela.

Mas três questões emergem da consideração de horizontalidade dos direitos fundamentais. Primeiro, de que forma se justifica esta incidência? Segundo, é possível estender aos indivíduos um dever que é originariamente um limite de atuação estatal? Por fim, em caso positivo, qual é a medida de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas?

Respostas diversas podem ser estabelecidas quando as premissas são controvertidas, e assim é que estão disseminadas na doutrina algumas teorias explicativas da questão, tomando, cada uma delas, o mesmo ponto de partida – viabilidade e extensão da inserção dos direitos fundamentais nas relações privadas – e estabelecendo conclusões, por vezes, diferentes.

Para buscar uma solução a esses impasses, a doutrina traz à baila algumas teorias, que a seguir serão abordadas para a melhor compreensão do tema.

2.2.1 Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas – “*State action doctrine*”

As primeiras teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais, começam a ser debatidas na Alemanha, por volta da década de cinquenta. Tornava-se clara a necessidade de ampliar o espectro de efetividade dos direitos fundamentais, para alcançar aquelas situações em que poderes de fato, não estatais, provocaram vulnerações aos bens tutelados dos cidadãos.¹⁸⁴

¹⁸⁴ PEREIRA, op. cit., p. 464.

A partir de então, iniciou-se um debate na doutrina e na jurisprudência alemã, tanto sobre a admissibilidade quanto sobre a forma e o grau da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁸⁵

Em que pese ter restado claro para a doutrina romano-germânica que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, a doutrina norte-americana vai de encontro a essa corrente de pensamento, defendendo a não incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.¹⁸⁶

Segundo Daniel SARMENTO, “para justificar esta posição, a doutrina apóia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais”.¹⁸⁷

A Constituição Norte Americana é um limite à ação pública, à livre atividade dos poderes públicos em suas relações com os cidadãos, não atribui a um cidadão particular direitos frente a outros particulares.¹⁸⁸ Em suma, para a teoria da *state action*, os direitos fundamentais tão-somente vinculam os poderes públicos e só podem ser acionados judicialmente ante uma ação estatal.

Outro argumento, segundo SARMENTO, invocado pela doutrina da *state action*, seria de que o pacto federativo deve ser preservado, respeitando-se a autonomia dos Estados em relação à União.¹⁸⁹

Muito embora exista o predomínio da doutrina da “*state action*” no direito norte-americano, alguns julgamentos da Suprema Corte demonstram uma amenização (exceções) a essa proposta, e esse fato se justifica por meio da adoção da chamada “*public function theory*”, que, na explicação de SARMENTO, significa que, “quando os particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais.”¹⁹⁰

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ Como é notório o *Bill of Rights* da Constituição norte americana tal como o enunciado e tal como interpretado – ao menos a interpretação historicamente hegemônica – prescreve proibições e obrigações especificamente para a ação estatal (*state action*). (STEINMETZ, op. cit., p. 189).

¹⁸⁷ SARMENTO, op. cit., p. 189.

¹⁸⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao, **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado**. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 1.

¹⁸⁹ SARMENTO, op. cit., p. 189.

¹⁹⁰ Id. p. 191.

O caso mais emblemático de aplicação dessa teoria foi o Marsh x Alabama (326 U.S. 501), julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma ‘cidade privada’ (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª. Emenda da Constituição norte americana, que assegura a liberdade de culto.¹⁹¹

Com efeito, para realizar essa amenização, os juízes norte-americanos recorreram a uma interpretação mais extensiva da exigência de *state action*.

Conforme descreveu Bilbao UBILLOS,

duas têm sido as saídas apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação de garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.¹⁹²

Mas é evidente o predomínio, na doutrina norte-americana, da teoria da negação de horizontalidade dos direitos fundamentais, razão de inúmeras críticas ante à exacerbada conservação dos institutos de liberdade individual que ela acarreta, não admitidas¹⁹³ em nosso ordenamento jurídico, conforme a seguir restará evidenciado.

¹⁹¹ Id. p. 190.

¹⁹² UBILLOS, Juan Maria Bilbao, **Los derechos fundamentales...** p. XV-XVI.

¹⁹³ Para STEINMETZ, “Trata-se de uma teoria construída engenhosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal. Assim, a *state action doctrine* não é relevante – não encontra referibilidade – no marco de constituições desenhadas segundo os paradigmas do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático. Para ser mais preciso e já exemplificando, a *state action doctrine* no marco da CF não é uma teoria constitucionalmente adequada sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, porque a CF é uma Constituição que, além de normatizar as relações entre indivíduo e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais”. (op. cit., p. 181)

2.2.2 Teoria da Eficácia Imediata

A teoria da incidência direta ou imediata surge inicialmente na Alemanha. A doutrina germânica ao, defender a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não impôs nenhum óbice à aplicabilidade direta desses direitos a essas relações, notadamente ante à força normativa da Constituição e à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹⁹⁴

Na síntese de Naranjo de LA CRUZ,

(...) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor liberal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.¹⁹⁵

No mesmo sentido, Juan Maria Bilbao UBILLOS afirma que “defender a tese da eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a virtualidade direta, sem mediações concretizadoras, dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, ante violações procedentes de sujeitos privados”.¹⁹⁶

É importante ressaltar que a teoria caiu em desuso na Alemanha. Porém, não se pode dizer o mesmo de Portugal e Espanha, países em que a incidência é positivada no próprio texto constitucional, seja no sentido de manutenção da autonomia privada como essência do Direito Privado, seja por não considerar a incidência de todos os direitos fundamentais, mas de apenas algumas espécies deles.

¹⁹⁴ Assim também pronuncia-se Juan Maria Bilbao UBILLOS: “a doutrina da eficácia imediata implica, pois, que, com normativa legal de desenvolvimento ou sem ela, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão. Isto é, não como ‘regra hermenêutica, senão (como) norma de comportamento apta para incidir também no conteúdo das relações entre particulares”. (**La eficacia de los derechos ...** p. 327)

¹⁹⁵ LA CRUZ, Rafael Naranjo de. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**, p. 215. *Apud* STEIMETZ, op. cit., p. 167.

¹⁹⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales ...** p. 327.

No que diz respeito à realidade espanhola, Juan Maria Bilbao UBILLOS, afirma que:

En el texto de la Constitución española no hay, en principio, puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente. De hecho, son mayoría en nuestra doctrina los partidarios de la "Drittwirkung" inmediata.¹⁹⁷

Mas UBILLOS também insiste na necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.¹⁹⁸

Ana PRATA também aderiu à tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entres particulares. Segundo a autora, no quadro da Constituição de Portugal, no qual se assenta sobre uma concepção substancial de igualdade e liberdade, e que se preocupa com a eliminação da exploração e da opressão do homem pelo homem, não teria sentido rejeitar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em nome da proteção da autonomia privada¹⁹⁹. Portanto, "as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária os direitos constitucionalmente garantidos", independentemente de qualquer mediação legislativa.²⁰⁰

PERLINGIERI também é favorável à tese de aplicação direta dos direitos fundamentais, reconhecendo que "as normas constitucionais, que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a ela, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se."²⁰¹

Portanto, é a partir da força normativa dos princípios que PERLINGIERI admite expressamente a aplicação imediata dos direitos fundamentais.²⁰²

¹⁹⁷ Id. p. 349.

¹⁹⁸ SARMENTO, op. cit., p. 206.

¹⁹⁹ PRATA, op. cit., p. 137.

²⁰⁰ Id.

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis....**p. 11.

²⁰² Aduz ainda PERLINGIERI que "não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fatispecie* em consideração), ser a fonte de disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a

No Brasil, os principais autores da perspectiva Civil Constitucional admitem a teoria da incidência direta ou imediata. É o caso, por exemplo, de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Luiz Edson Fachin.

Entre os constitucionalistas brasileiros, Ingo Wolfgang SARLET é favorável à eficácia imediata, muito embora também reconheça que a incidência dependerá, em cada caso concreto, de uma ponderação com o princípio da autonomia privada.²⁰³

Os tribunais pátrios também têm entendido que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 incidem de forma direta, imediata, nas relações privadas.

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.²⁰⁴

Em suma, para a teoria de eficácia imediata dos direitos fundamentais, (i) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados; (iii) como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.²⁰⁵

preeminência das normas constitucionais – e dos valores nela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos”. (Perfis... p. 11)

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...** p. 338-339.

²⁰⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus nº 12.547-DF, Relator. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, dj. 01º.06.2000. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

²⁰⁵ STEINMETZ, op. cit., p. 168-169.

2.2.3 Teoria de Eficácia Mediata

Outra vertente de pensamento que admite a horizontalidade dos direitos fundamentais, é a teoria da incidência indireta ou mediata. Criada por Günter Dürig, ganhou grande repercussão quando do julgamento do caso *Lüth* pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958.²⁰⁶

Para os defensores dessa teoria, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Portanto, negam a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque essa incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade e desfigurando o Direito Privado ao convertê-lo em mera concretização do Direito Constitucional.²⁰⁷

Jorge Reis NOVAIS elucida que a tese da eficácia mediata considera que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas se esgotam através das seguintes vias: a intervenção concretizadora do legislador ordinário (legislador, civil, penal...), a interpretação das normas ordinárias em conformidade à Constituição e um preenchimento jusfundamental dos conceitos jurídicos indeterminados²⁰⁸ e cláusulas gerais,²⁰⁹ típicos do Direito

²⁰⁶ Na ilustração de CANARIS, o famoso caso *Lüth*, inaugural da incidência dos direitos fundamentais em relações privadas na Alemanha: “Uma sentença do Tribunal Constitucional, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião passou a ser de fundamental importância para as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado na Alemanha. No caso em exame, um particular (um cidadão de nome Lüth, que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão), apelara, em 1950, aos proprietários e freqüentadores das salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB (Código Civil Alemão), condenando, por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois este teria, na aplicação do § 856 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo art. 5º, inciso I da LF. Aqui, o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se, pela primeira vez, da formulação, entrementes célebre, de que a Lei Fundamental ‘erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...) que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito’. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais ‘obviamente também influi no Direito Civil (e) nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito.’” (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influencia dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: **Revista Jurídica**. N. 312. Outubro/2003. p. 10-11.

²⁰⁷ SARMENTO, op. cit., p. 198.

²⁰⁸ “As normas jurídicas podem trazer, em seu enunciado, conceitos objetivos (idade, sexo, hora, lugar), que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance; conceitos cujo

Civil (bons costumes, boa-fé, ordem pública), considerados, por excelência, como os verdadeiros pontos de irrupção dos direitos fundamentais num mundo regido primariamente pelo Direito Privado.²¹⁰

Dessa maneira, a eficácia jurídica dos direitos fundamentais apenas estender-se-ia aos particulares de forma mediata ou indireta, por meio do legislador, que, segundo SARMENTO, possui a tarefa de mediar, suavizar, intermediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais.²¹¹

De acordo com SARLET, para a teoria em questão, essa intermediação seria primordial para que a autonomia privada não fosse aniquilada:

(...) a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das 'cláusulas gerais' e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de

conteúdo é decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento); e, finalmente, conceitos que requerem do interprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização). Esse últimos integram o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de aplicação causa dúvidas e controvérsias, propugnando-se ora por um controle jurisdicional amplo, ora por um controle limitado, dependendo de sua associação ou dissociação da discricionariedade." (BINENBOJM, op. cit., p. 212).

²⁰⁹ Para Judith MARTINS COSTA, "cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo". (MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274)

Já para STEINMETZ, "as cláusulas gerais – por terem a função de oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metassistêmicos), limitativos do princípio da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais – serviriam como cláusulas de abertura para a "influência" ou "irradiação" dos direitos fundamentais no direito privado". (STEINMETZ, op. cit., p. 138)

²¹⁰ NOVAIS, op. cit., p. 73.

²¹¹ Id. p. 200.

eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.²¹²

Mas o principal fundamento da tese da eficácia mediata é a ideia de que o reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares importaria, em última análise, no total esvaziamento da autonomia privada²¹³. A aplicação imediata ou direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares implicaria, para os defensores desta teoria, no afastamento ou na eliminação da autonomia privada e, por conseguinte, uma provável, perigosa e indesejável perda de identidade e independência do Direito Privado ante ao Direito Constitucional.²¹⁴

Assim, para a teoria da eficácia mediata, é por meio de cláusulas gerais – tais como bons costumes, moral, boa-fé etc., – que se operam os intercâmbios valorativos entre direito público e direito privado. Os direitos fundamentais são os parâmetros de interpretação que o juiz há de ter em conta ao interpretar os preceitos do Direito Civil que veiculem conceitos dessa natureza²¹⁵.

2.2.4 Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência alemã e foi definida como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. De acordo com PEREIRA, essa noção está ligada à ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve se abster de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.²¹⁶

²¹² 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, 2001. p. 125.

²¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p.123.

²¹⁴ STEINMETZ, op, cit., p. 142.

²¹⁵ PEREIRA, op. cit., p. 468.

²¹⁶ Id. p. 469.

Tem como premissa básica o fato de o Estado não ter apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas ter o dever de fazer com que os outros cidadãos os respeitem. Assim, o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.²¹⁷

Como assinala VIEIRA DE ANDRADE:

Estas teorias de dever de proteção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao Legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efectivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas²¹⁸.

Possui como representante Claus-Wilhelm CANARIS.²¹⁹ Na opinião do autor, a proteção dos direitos fundamentais é uma tarefa do Estado e, portanto, o legislador, no exercício do poder legiferante, tem o dever de inserir, no texto infraconstitucional, normas relativas a esses direitos, imprescindíveis ao cumprimento da tarefa do Estado para a organização social.

Apesar de defender a teoria de deveres de proteção, Jorge Reis NOVAIS alerta que atualmente restam verdadeiramente em combate a tese dos deveres de proteção e a tese da aplicabilidade direta. Mas, para defender essa teoria, o autor propõe deslocar “as trincheiras de defesa desta posição para o terreno que normalmente é previamente ocupado pelos defensores da tese da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição.”²²⁰ Por suas palavras:

²¹⁷ Na opinião de Jorge Reis NOVAIS, a tese dos deveres de proteção é mais complexa, uma vez que, e, tal como faz a tese da eficácia mediata, recusará, a aplicação direta dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos contra outros particulares, mas, diferentemente dessa outra tese, sustenta algum outro tipo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, aí, converge com a doutrina da aplicabilidade direta. Assim, mesmo nas situações em que não há lei ou cláusula geral aplicável, considera a tese dos deveres de proteção que os direitos fundamentais projectam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, não enquanto direitos subjectivos oponíveis a outros particulares, mas mediatemente, através do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judicial, especiais deveres de proteção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a proteção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso direito à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares. (Op. cit. p. 75).

²¹⁸ ANDRADE, op. cit., p. 248-249.

²¹⁹ Conferir CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

²²⁰ NOVAIS, op. cit., p. 77.

Importa reconhecer, independentemente das conclusões já anunciadas, que na multiplicidade de propostas existentes a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados apela, com fortes hipóteses de sucesso, a uma adesão quase emocional por parte de quem, abordando pela primeira vez o problema, o faz a partir de uma preocupação ou perspectiva garantista de proteção. Por que razão, dir-se-ia, os direitos fundamentais só deveriam valer nas relações do indivíduo com o Estado quando as ameaças à sua liberdade têm as mais diversas origens? Se a dignidade da pessoa humana é una, se a sua liberdade é, por isso mesmo, indivisível e se pode ser gravemente ameaçada por outros particulares, por que e para quê restringir a potencial eficácia dos direitos fundamentais às relações do indivíduo com o Estado?

Em nome da autonomia negocial e da liberdade contratual dos particulares e da correspondente autonomia privada? Mas isso seria fazer prevalecer os direitos patrimoniais e o direito de propriedade sobre os direitos de liberdade pessoais, seria sacrificar os direitos fundamentais no altar de uma sacralização da livre iniciativa privada numa hierarquização de prioridades que, objetivamente, oculta o domínio dos economicamente mais poderosos.

Por isso, diz-se, quem é mais pelos direitos fundamentais favorece a tese da aplicabilidade direta, quem é mais pela autonomia privada sustentará as outras teses. Quem é pela intervenção estatal de correção das assimetrias sociais e de limitação dos poderes privados, quem tem preocupações igualitárias, sustentará a aplicabilidade geral dos direitos fundamentais, incluindo às relações económicas e sociais privadas; quem tem uma maior preocupação com a conservação de um status igualitário favorecerá o acantonamento dos direitos fundamentais nas relações com o Estado, preservando a esfera privada das perturbações implicadas numa generalização indiscriminada dos destinatários dos direitos fundamentais.²²¹

Em que pese esses diversos fundamentos, as teorias dos deveres de proteção do Estado e teoria da incidência indireta em muito se assemelham²²². É que os efeitos, em ambas, dos direitos fundamentais nas relações privadas, são passíveis de irradiação, desde que isso ocorra por intermédio do legislador. São teorias que, segundo SARMENTO, não encontram guarida no sistema brasileiro, porque

... a referida teoria [teoria dos deveres de proteção do Estado], tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, máxime num contexto como o nosso – que, aliás, não difere em substância do que existe na Alemanha – em que os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.²²³

²²¹ Id. p. 78.

²²² Já as duas teses da eficácia mediata e imediata são peremptória e claramente opostas: a tese da eficácia mediata recusará qualquer efeito suplementar produzido pelos direitos fundamentais com apoio nas normas constitucionais; já a tese da eficácia direta ou imediata aplicará o direito fundamental constitucionalmente consagrado na sua dimensão de vinculatidade jurídica mais ambiciosa, isto é, na qualidade de direito subjetivo oponível a outro particulares. (NOVAIS, op. cit. p. 75)

²²³ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 239/240.

Portanto, no contexto brasileiro, não seria possível aplicar as teorias de eficácia mediata e de deveres de proteção, por tornar a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário.

2.2.5 Casuística no Direito Brasileiro

Conforme visto anteriormente, a doutrina é bastante escassa a respeito do assunto e, por consequência, a jurisprudência brasileira (apesar de tímida), assim como a doutrina, tem revelado uma preferência pela teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Dentre os doutrinadores que defendem essa teoria, Ingo Wolfgang SARLET conclui em sua obra que: “(...) também na ordem constitucional pátria (...) inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público”.²²⁴

Wilson STEINMETZ também se posiciona favoravelmente à teoria direta, no entanto, essa deveria ser “... matizada (modulada ou graduada) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes”.²²⁵

Destacou, ainda, que quando houver concretização específica e conforme a Constituição estabelecida pelo legislador privado, o Judiciário “... em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa”.²²⁶

A tese foi endossada também por Luiz Roberto BARROSO, que, em recente obra, sustentou ser ela a mais adequada para a realidade brasileira.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**p. 152.

²²⁵ STEINMETZ, op. cit. p. 295.

²²⁶ Id. p. 296.

Admitiu, como a maioria da doutrina, que a questão levanta a necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e o princípio da autonomia privada, destacando a relevância dos seguintes fatores no processo ponderativo: “a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes ...; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério...; c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e d) risco para a dignidade da pessoa humana”.²²⁷

Portanto, de modo geral, conforme os exemplos acima mencionados, são incontroversos na doutrina brasileira a preferência pela teoria da eficácia direta e imediata. Como não poderia ser diferente, a jurisprudência, tendencialmente, também sinaliza para esse posicionamento.

Nesse sentido, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário em que se discutia a possibilidade da exclusão de sócio sem a garantia da ampla defesa e do contraditório:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. 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 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.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus

²²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo...** p. 26-27.

associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF-/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.²²⁸

Por essas razões, sejam elas doutrinárias, sejam elas jurisprudenciais, é possível se afirmar que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, teoria considerada como a mais adequada para a realidade brasileira conforme leciona BARROSO.²²⁹

Uma vez definida a teoria aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário abordar o problema dos limites impostos à autonomia privada.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

Com a soberania do Estado sobre os particulares, alguns direitos subjetivos considerados absolutos²³⁰, como a propriedade privada, passaram a ser utilizados e controlados, sob a justificativa de tais interesses serem socialmente relevantes²³¹, ou seja, de interesse público.

²²⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº. 201.819/RJ, Relator Ministra Ellen Gracie, dj. 11.10.2005. Disponível em <http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009.

²²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo...** p. 26-27.

²³⁰ Não confundir com as normas constitucionais de eficácia absoluta, que são as normas intangíveis ou não emendáveis. São as constantes do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, ou seja, são as cláusulas pétreas. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVIII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força do art. 60, § 4º, e 34, VII, a e b".

²³¹ "...a nossa ordem jurídica (e a constituição econômica da economia social de mercado, em oposição à sociedade liberal de empresários) atribui ao mesmo tempo ao

Mas não se pode deixar de salientar que a intervenção do Estado, sob a ótica de resguardar os interesses do lado mais fraco da relação, acaba por limitar a atuação privada. E também é nesse mesmo sentido que leciona Anderson SCHREIBER:

O Estado passa a intervir em defesa dos mais vulneráveis, limitando e redimensionando a atuação privada. Mas: a consagração da dignidade humana e da solidariedade social como princípios fundamentais das Constituições Contemporâneas passa a sujeitar o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva – e, sobretudo, das situações subjetivas patrimoniais – ao respeito dos múltiplos aspectos da personalidade de todos aqueles sobre os quais este exercício possa se refletir. A própria liberdade e a autonomia privada passam a estar, em si, condicionadas ao atendimento da dignidade da pessoa humana, subvertendo o esquema axiológico do liberalismo burguês.²³²

Com essa transição, verifica-se a consagração do princípio da autonomia privada enquanto “pedra angular do sistema civilístico”.²³³ Chega-se então à concepção de autonomia funcionalizada, ou seja, a vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular e passa a assumir uma função social, nunca antes explorada pelos doutrinadores.

Dessa forma, a vontade do indivíduo volta a remanescer, porém vai encontrar seus limites no interesse que extrapola o individual.²³⁴

contrato, a os direito patrimoniais, à propriedade sobre o solo, ao capital e aos meios de produção e à constituição de associações de natureza econômica uma função social global – eles são concebidos como meios de uma partilha justa dos bens, de uma constituição patrimonial justa e como uma garantia de existência. Com isto, os conteúdos típicos dos direitos privados provenientes de contratos de alienação ou de uso, de contratos de trabalho e de seguro, de produção de danos e da propriedade adquirem, no seio de uma aplicação do direito conforme aos interesses sociais, um novo valor também no plano das suas relações com a contraparte contratual ou com o titular de pretensões opostas. Eles permanecem ainda, na verdade, como espaços autônomos de liberdade (como mostra sobretudo a proteção por direitos fundamentais individuais), mas esta liberdade já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade dos outros particulares, mas também pelo reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito.” (WIECKER, op. cit., p. 720).

²³² SCHREIBER, op. cit., p. 54-55.

²³³ “É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, à medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.” (FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba : Educa; *Scientia et Labor*, 1988. p. 54).

²³⁴ CARPENA, op. cit. p. 30.

O intervencionismo do Estado, para vários doutrinadores, foi necessário, porém com uma ressalva, “não se deve afastar a noção de liberdade contratual, pelo contrário, deve-se garanti-la, preservando a principal função do contrato, qual seja, a de servir de instrumento de segurança das expectativas das partes contratantes”.²³⁵

Com o renascimento da autonomia privada²³⁶, vem o Estado de Direito, e, com eles, a necessidade de um Estado intervencionista, que imponha limites positivos, visando o bem estar da sociedade.

Nessa perspectiva, PINHEIRO menciona que “ao reivindicar tais limites, permitiu-se o desenvolvimento da teoria do abuso do direito e do princípio da boa-fé, com vistas a alcançar a justiça contratual”.²³⁷

Neste mesmo sentido, menciona Pietro PERLINGIERI, que “estes limites à autonomia não são mais externos e excepcionais, mas, antes internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”.²³⁸ O autor afirma que o contrato não pode ser mais visto como a única fonte e limite da relação contratual, são necessários e temos que considerar também a lei, e os bons costumes, para viabilizar a correta e justa relação contratual.

Partindo desse contexto e considerando que o entendimento do princípio da autonomia privada está sendo utilizado como essência ao negócio

²³⁵ "O direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per se não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelar de políticos lato sensu." (ROPPO, Enzo. **O contrato...** p. 23).

²³⁶ Judith MARTINS-COSTA também propõe a distinção: “A expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida com o conceito de ‘autonomia privada’ nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a ‘autonomia negocial’. ‘Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico (...) Modernamente (...) designa-se, como ‘autonomia privada’, seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autoregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certas obrigações, sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado.” (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 615.)

²³⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito...**p. 397.

²³⁸ PERLINGIERI. Pietro. **Perfis...**p. 280.

jurídico,²³⁹ faz-se necessário saber onde essa concepção se desenvolveu primeiramente.

De acordo com PINHEIRO, essa concepção desenvolveu-se, primeiramente, em território alemão:

No BGB, à semelhança do que ocorre como o Código francês, não se encontra qualquer enunciado que se refira ao princípio, em termos expressos. Mas diversas regras consagram-no implicitamente, como aquela que se refere à liberdade contratual,²⁴⁰ o que não significa que o princípio da autonomia privada encontre-se destituído de limites no BGB. Assim, apresentam-se limites aos atos jurídicos, que não poderiam ser ultrapassados sob pena de nulidade, como as proibições legais, no parágrafo 134 e os bons costumes no parágrafo 138. Isto revela uma perspectiva diversa daquela que se quis alcançar no sistema francês. Não se trata de afirmar que o *Code* não apresentava limites, tanto que estes podem ser encontrados na ordem pública e nos bons costumes, à liberdade contratual. Mas enquanto estes limites resultam apagados pela interpretação voluntarista, que se delineou ao Código Francês, aqueles apresentados pelo BGB evidenciam-se ainda mais por uma jurisprudência, que reforçou os limites legais do princípio da autonomia da vontade.²⁴¹

Diante desse contexto histórico, a autora ainda aduz que é possível dizer que a autonomia privada não se apresenta como um conceito destituído de limites, mas um conceito que engloba limites que são reconhecidos pela ordem jurídica,²⁴² ou seja, apesar de estarem implícitos, a jurisprudência acaba por reforçar tais limites, criando precedentes aos casos que envolverem o princípio da autonomia da vontade.

No Brasil, Fernando NORONHA explica que a autonomia privada vem sendo adotada como fundamento do negócio jurídico, pois “costuma ser vinculada a força obrigatória dos contratos mas, a obrigação de cumprir o

²³⁹ Nesse sentido, explica Orlando GOMES: “A teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada impregna-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade. (...) Deixa-se, em consequência, de definir o negócio jurídico como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para conceituá-los como ato de autonomia privada que empenha o sujeito, ou os sujeitos que o praticam, a ter conduta conforme ao regulamento dos seus interesses fixado como a prática do ato. Obviamente, é a lei que vincula o sujeito, ou as partes, a observar esse comportamento. Vincula-se por seu comportamento, não se lhe permitindo invocar deficiências do processo volitivo que não puderam ser descobertas pelos outros e, além disso, prescinde-se da investigação do intento do agente”. (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967. p. 71).

²⁴⁰ “A autonomia privada não encontra uma menção expressa nas normas jurídicas privadas, uma vez que estas a pressupõem; apenas com base neste pressuposto são realmente entendíveis. Na verdade, a autonomia privada necessita da ordem jurídica como correlativo, visto que o indivíduo estabelece e conforma relações jurídicas”. (HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 2001. p. 92).

²⁴¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito...** p. 399.

²⁴² Id. p. 400.

contrato está associada essencialmente ao dever ético, de respeitar a palavra dada, está ligado essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé”.²⁴³

Porém, conforme dispõe o autor, o princípio da autonomia privada é também tradicionalmente invocado, como fundamento tanto do princípio da liberdade contratual como dos princípios do consensualismo e do efeito relativo dos contratos, veja-se:

A liberdade contratual, ou, como se diria melhor, negocial, é, essencialmente liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos (os contratos e também os negócios unilaterais, tanto os típicos como os atípicos isto é, não expressamente previstos nas leis, se e na medida em que estes forem admissíveis) e, ainda, liberdade quanto à determinação do respectivo conteúdo.

Para destacar e distinguir os dois aspectos da liberdade negocial, hoje está muito difundida uma subdistinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar. Trata-se de expressões que gramaticalmente talvez não tenham a diversidade de significados que se lhes atribui, mas que o uso está tornando correntes.

O princípio do consensualismo ainda é liberdade: é a liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais. Em especial quanto aos contratos, caracteriza-se o consensualismo dizendo que em regra basta o acordo entre as partes, para que estas fiquem vinculadas - *consensus obligat*.

O consensualismo opõe-se, como sabido, ao princípio, que era tradicional, do formalismo, que vinha do Direito Romano. Hoje, a validade dos contratos não depende de formalidades especiais, salvo, quando o contrário seja expressamente determinado (CC, art. 129).²⁴⁴

Dessa forma, o princípio da autonomia privada revela-se como a liberdade de as pessoas regularem, por meio de seus negócios jurídicos, os seus interesses pessoais, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços.²⁴⁵

Portanto, é de se concluir que a autonomia privada é o fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e dos efeitos relativos ao contrato.

Considerando o que foi exposto, os direitos fundamentais passam a limitar a autonomia privada, na medida em que a vontade individual²⁴⁶ deixa de ser aceita como fundamento do direito privado e “passar a ser tutelado apenas

²⁴³ NORONHA, op. cit., p. 116.

²⁴⁴ Id.

²⁴⁵ Id.

²⁴⁶ A vontade continua sendo elemento essencial à formação dos negócios jurídicos, mas é a lei que protege e legitima o vínculo contratual, voltado para a realização de uma função social, consentânea com os valores situados no vértice do ordenamento. (CARPENA, op. cit., p.34.)

quando e na medida em que se mostre em consonância com a dignidade humana, entendida sob uma ótica solidarista”.²⁴⁷

Em sede de Estado Democrático de Direito, a autonomia privada deixa de ser um espaço de livre exercício de interesses privados, para integrar-se ao ordenamento jurídico, submetendo-se, como todos os demais institutos jurídicos, aos valores consagrados em nível constitucional.²⁴⁸

Mas com essa integração e equiparação aos valores constitucionais, a autonomia privada, passa a colidir com outros direitos fundamentais.

Na solução desses conflitos, é possível colher na jurisprudência brasileira decisões que ponderam esse embate de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 158215/RS, há mais de uma década, já considerou que uma pessoa jurídica de direito privado, no caso, uma cooperativa, precisava observar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no caso de exclusão compulsória de um de seus associados.

Com efeito, em que pese exista a autonomia entre os associados da cooperativa, para regulamentar os atos dos cooperados por meio de estatutos próprios, esta não é ilimitada.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os estatutos privados devem ser aplicados à luz dos princípios constitucionais sob pena de ilegalidade e, portanto, passível de análise do Poder Judiciário. O julgado ficou com a seguinte ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da ótica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário.

²⁴⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 57.

²⁴⁸ Id.

Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.²⁴⁹

Outro caso paradigmático, que teve grande repercussão na jurisprudência pátria, foi a decisão externada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 251024-SP, ao declarar abusiva e, portanto, nula, cláusula de contrato de plano de saúde que limitava o tempo de internação.

Aplicando os princípios constitucionais e o Código de Defesa do Consumidor, os ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam que a limitação do tempo de internação era abusiva, primeiramente, (i) porque é impossível se prever o tempo de cura, (ii) da irrazoabilidade da suspensão do tratamento, quando findo o prazo previsto em contrato, na medida em que este é indispensável para a vida do paciente e, principalmente (iii) ante a impossibilidade de se prever em contrato a vedação de direitos fundamentais, no caso em apreço, o direito à vida. Eis a ementa:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado.

II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

III- Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial.²⁵⁰

No âmbito do Direito do Trabalho, não são raros os casos em que os magistrados utilizam a eficácia dos direitos fundamentais, para solucionar os problemas das relações de trabalho.

Mas são nos casos de dispensa discriminatória de trabalhadores portadores de HIV, sem que a empresa admita que essa seja a motivação para a dispensa, que se encontra farta jurisprudência.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Embargos ao Recurso de

²⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 158215/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, dj. 30.04.1996. Disponível em <http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009.

²⁵⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 251024 -SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dj. 04.02.2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

Revista, se deparou com um caso de dispensa discriminatória e determinou a reiteração do empregado por entender que a dispensa imotivada por parte do empregador atentava, dentre outros princípios constitucionais, contra o princípio da dignidade humana.

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.

O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.

Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego.

Embargos de que não se conhece.²⁵¹

Portanto, cabe ao Poder Judiciário determinar os limites à autonomia privada no caso concreto, buscando o equilíbrio necessário para que não ocorra o aniquilamento da liberdade individual e a manutenção das relações entre particulares, pois como será abordado a seguir, com a constitucionalização do Direito Privado, o contrato passa a ser considerado como “ponto de encontro de direitos fundamentais”.²⁵²

²⁵¹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Embargos ao Recurso de Revista nº 439041/1998-5, Relator Ministro João Oreste Dalazen, dj. 05.05.2003. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

²⁵² MARQUES, op. cit., p. 256.

3 O REDESENHO DO CONTRATO: ENTRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 PRINCÍPIOS²⁵³ CONTRATUAIS E O REDESENHO DO CONTRATO

Como já abordado no capítulo I, a teoria contratual clássica encontrou suas raízes no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar.

O contrato, que no Estado Liberal era considerado como verdadeiro exercício de cidadania, passou a servir, a partir de meados do século XX, quase que exclusivamente, como instrumento de exploração²⁵⁴ dos menos favorecidos economicamente, pela classe detentora de maior poder aquisitivo.

Isso decorreu do fato de que, uma vez contratado, a obrigação entre as partes deveria ser cumprida rigorosamente, não podendo, nem mesmo o Estado, intervir nessa relação contratual.

Dessa forma, o modelo de contrato resultante das teorias liberais, ou seja, de não-intervenção estatal, era inviolável em face da sociedade, e a legitimidade na sua formação justificava-se tão somente na autonomia das partes, tendo como base o *pacta sunt servanda*.

Contudo as raízes do liberalismo começam a perder a suas forças, dando lugar ao Estado Social, intervencionista, que vem não só regular a atividade econômica, mas também proteger as classes sociais mais atingidas pela utilização sem limites da autonomia vontade.

Inicia-se a crise do direito contratual clássico. Os paradigmas da autonomia da vontade e da liberdade de contratar cedem lugar à preocupação com efeitos do contrato na sociedade e a proteção dos interesses legítimos das partes contratantes.

A autonomia da vontade deixa de ser considerada como paradigma do contrato, quando o Estado passa a regulamentar as relações contratuais,

²⁵³ Paulo BONAVIDES traz a definição de “princípio” de Crisafulli, que merece ser transcrita: “Princípio é, com efeito, toda a norma jurídica, enquanto considerara como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. (BONAVIDES, op. cit., p. 224).

²⁵⁴ NALIN, Paulo. **Do Contrato...** p. 105.

tolhendo a liberdade dos contratantes para escolher os sujeitos, objeto e o conteúdo do contrato. Como exemplo dessa limitação estão os contratos de adesão ou contratos padronizados.

O declínio do voluntarismo jurídico era questão de tempo e, como ele, toda a teoria contratual que foi estruturada sobre o princípio da autonomia da vontade.

Sob a égide de um Estado de Bem Estar Social, não era mais admitida uma liberdade contratual sem limites. Tal fato decorre do surgimento de diplomas constitucionais que estabeleciam a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Para PERLINGIERI, o Direito Civil, analisado em sua concepção neoliberal, tomou as faces de constituição do homem comum e ressalta que:

É necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo a relação com os outros. Desse modo, acentua-se o isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade na qual vive, inspirando-se em uma visão individualista não compatível com o sistema constitucional. A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu próprio e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, e que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento.²⁵⁵

Por isso, o Direito Civil Constitucional foi definido como o sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da própria pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar, patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas privadas gerais e concernentes àquelas outras matérias civis, que têm por finalidade fixar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, as quais podem ser eventualmente aplicadas de forma imediata ou podem servir de marco de referência da vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento.²⁵⁶

Assim, tem-se que a constitucionalização do Direito Civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais desse ramo do direito, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.²⁵⁷

²⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...** p. 37-38.

²⁵⁶ LORENZETTI, op. cit., p. 252.

²⁵⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização ...** p. 106

A norma constitucional deixa de ser exclusivamente uma regra que continha elementos de Direito Público para se referir às relações entre os particulares. Por essa razão, a Constituição é fonte do Direito Privado, não só enquanto fonte imediata, mas enquanto contém disposições que estão dirigidas aos cidadãos, e tem operatividade direta.²⁵⁸

Com a constitucionalização do direito privado, a proteção constitucional ao homem guarda posição de centralidade dentro do ordenamento jurídico civil.

Com a incidência dos direitos fundamentais e dos princípios gerais de direito, o contrato ganha uma função social, a qual vai muito além da circulação de riquezas ou de uma mera função de regulação da economia e encontra seu fundamento na previsão constitucional de proteção à vida, à dignidade, de proteção do consumidor e da função social da propriedade.

E paralelamente à sua função social, o contrato passa a encontrar seus fundamentos de validade, também no comportamento das partes, na boa-fé das partes contratantes, na lealdade e na transparência.

Não há mais como se falar em Direito Civil sem se pautar na Constituição e seus princípios. A leitura constitucional dos contratos, afastada do voluntarismo jurídico e voltada para o solidarismo, faz parte de um esforço para se mudar o foco das atenções do direito contratual, do patrimônio em direção à pessoa, sua dignidade e satisfação e seu desenvolvimento.²⁵⁹

O indivíduo não é esquecido, mas passa a ser visto como ente inserido em um contexto social, que tem o dever de cooperar para o bem comum, que é, em última análise, o seu próprio bem.

Apesar de não ser o objetivo do presente trabalho esgotar o tema, mostra-se inevitável discutir o papel dos princípios contratuais, da função social do contrato, boa-fé e justiça contratual nas relações contratuais, de modo a evitar que o contrato se converta em instrumento de exercício de poder, como em seu modelo tradicional,²⁶⁰ em que a liberdade contratual e igualdade entre as partes não tinham de ser, nem podiam ser, mais do que formais.²⁶¹

²⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos...** p. 254-255.

²⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de...** p. 26.

²⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização ...** p. 108.

²⁶¹ PRATA, op. cit., p. 30.

3.1.1 A Função Social do Contrato

A concepção contemporânea do direito contratual é eminentemente social²⁶² e preocupada não só com os efeitos do contrato, mas também com a condição econômica e social das partes envolvidas na relação negocial.²⁶³

O contrato não é dominado apenas pela liberdade contratual em que se resolve a autonomia privada; ao lado desta, estão outros valores, que têm de ser também atendidos. Tais outros valores são os traduzidos pela justiça contratual e pela boa-fé.²⁶⁴

Com o desenvolvimento econômico faz nascer novas técnicas de contratação, conhecidas como contratação em massa²⁶⁵, às quais se aplicam novos princípios contratuais, como o da boa-fé, da equidade, sob a forte influência do fenômeno da constitucionalização do direito privado já mencionada. O contrato passa a ser muito mais do que um instrumento de circulação de riquezas, passa a ser um verdadeiro instrumento de justiça social.

Partindo então da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.²⁶⁶

²⁶² De acordo com Fernando NORONHA, “Mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos e que o livre jogo dos egoísmos individuais resulta no “bem de todos e felicidade geral, perdida a ilusão dos benefícios da mão invisível de Adam Smith, a função social tinha necessariamente de ser repensada”. (op. cit., p. 85)

²⁶³ MARQUES, op. cit., p. 101 e ss.

²⁶⁴ NORONHA, op. cit., p. 94.

²⁶⁵ “Especificadamente no que diz respeito à massificação nos contratos, ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais”. (NORONHA, op. cit., p. 71-72)

²⁶⁶ NEGREIROS, op. cit., p. 208.

Ao adotarmos essa concepção, restringindo a dimensão funcional a um aspecto singular, o fazemos com o objetivo de justificar a caracterização da função social como um princípio, um “novo princípio” do contrato – como o define Antonio Junqueira de AZEVEDO²⁶⁷.

Tem-se então a preocupação com a releitura dos sistemas legais vigentes, sendo o foco principal a valorização da realização humana, restando abandonada a noção simplesmente individualista da norma, para dar espaço ao entendimento de que o direito deve buscar de forma incessante regular a satisfação das necessidades humanas.²⁶⁸

Diante da preocupação com os direitos sociais e com a proteção dos direitos básicos do ser humano na formalização das relações jurídicas, a autonomia privada na formação do contrato passa a ser fortemente limitada pelo Estado.

Nesse mesmo sentido, advoga NORONHA:

É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da atual sociedade de massas, se procura proteger, em nome da justiça social, os chamados “mais fracos”, como são os trabalhadores (a quem é dedicado todo um capítulo, o 2º do Título II da Constituição de 1988) e os consumidores (a quem pela primeira vez se faz, entre nós, e por duas vezes, referencia expressa na Constituição), e, por outro lado, se exige que a autonomia privada (a “livre iniciativa” do texto do art. 170) atenda os “ditames da justiça social”.²⁶⁹

E nessa perspectiva, a teoria contratual clássica, aquela em que se valoriza a autonomia privada, em nome de um modelo econômico liberal, cede espaço à proteção pelo Estado dos interesses sociais. Cresce a intervenção estatal nas relações privadas, a fim de garantir a proteção dos interesses sociais nas relações interprivadas.

O contrato é o instrumento por natureza de circulação de bens na sociedade, e, portanto, seja qual for a realidade em que se forme, jamais

²⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 750. p. 113-120.

²⁶⁸ “É ainda em nome da necessidade de se fazer uma apreciação dos contratos em termos da sua função social que se advoga a intervenção naqueles contratos comutativos em que haja desequilíbrio entre as prestações, em consequência do aproveitamento da situação de premente necessidade, da inexperiência de uma das partes, ou do perigo de grave dano que ela ocorra: para estes casos, fala-se em “lesão” e em “estado de perigo, que são outras duas hipóteses típicas de contratos iníquos.” (NORONHA, op. cit., p. 86).

²⁶⁹ Id.

perderá sua importância. Porém, o contrato à luz dos direitos fundamentais do homem, mais do que um instrumento de circulação de riquezas, deverá ser instrumento de circulação de riquezas em equilíbrio, de forma equânime e justa.

Nesse ponto, GOMES é preciso ao admitir que:

Não se pode, contudo, querer extirpar o contrato do mundo negocial, uma vez que esse instrumento representa a principal ferramenta para circulação de riquezas portanto, no modelo de Estado Liberal, quanto no modelo de Estado Social. Assim, como instrumento de circulação de riquezas, o contrato deve assumir também uma função de circulação equânime de riquezas. Ora, se o contrato deixa de ser considerado um fenômeno economicamente neutro, ela passa a produzir, segundo a sua função social, efeitos distributivos.²⁷⁰

Portanto, mais do que um instrumento de circulação de riquezas, o contrato passa a ser visto como um instrumento necessário à realidade de uma sociedade justa. O contrato, na contemporaneidade, tem reconhecida a sua função social e possibilita a todos, de forma justa e equitativa, o acesso aos bens necessários à sobrevivência digna. Como lembra LÔBO,

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.²⁷¹

Para NEGREIROS, a constitucionalização do Direito Civil, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de se ver o contratante. Para a autora, o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais.²⁷²

²⁷⁰ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea – Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85.

²⁷¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 23 de dezembro de 2009.

²⁷² NEGREIROS, op. cit., p. 337.

Mas como não poderia deixar de ser, diante da realidade que ora se apresenta ao Direito Civil contemporâneo, a função social do contrato encontra suas bases e fundamentos na Constituição da República de 1988.²⁷³

No Direito brasileiro, a função social do contrato deve ser extraída do art. 170, *caput* da Constituição da República de 1988, de modo que os contratantes devem estabelecer-se numa “ordem social harmônica”, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade, por conta da relação estabelecida. Assim, a atividade contratual, em face de terceiro, para não infringir a regra que reprime o ato ilícito, deve-se apresentar como um comportamento social sempre adequado.²⁷⁴

E ainda, note-se que a Constituição de 1988 consagrou claramente a ideia de função social do contrato, através da fixação do valor social da livre iniciativa, dentre os fundamentos da República (Art. 1º, IV).

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, *caput*, garante o direito à vida, dispondo que todos são iguais perante a lei. A dignidade da pessoa, portanto, é um bem tutelado pelo Estado, e sua garantia é o princípio fundamental e razão da própria existência do Estado de Direito.

Tanto é assim, que a mesma Carta Constitucional, em seu artigo 1º, declara que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a dignidade da pessoa humana.

É o que esclarece AZEVEDO:

²⁷³ Também nesse sentido, Terereza NEGREIROS argumenta que “o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para a sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional”. (op. cit., p. 209).

²⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo...** p. 113-120.

A idéia de ‘função social do contrato’ está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, ‘o valor social da livre iniciativa’ (art. 1, inc. IV), essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem a importância para toda a sociedade, e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica da livre iniciativa (...).

No direito brasileiro, o status constitucional da função social do contrato veio tornar mais claro, reforçar, o que, em nível da legislação ordinária, já estava consagrado como comportamento a seguir, pelos terceiros, diante dos contrato vigorante entre as partes. Esse dever de respeito já existia por força do art. 159 do Código Civil, preceito que constitui verdadeira “cláusula geral” no nosso sistema – e que é tanto mais forte, na exigência de um comportamento socialmente adequado, quanto mais longa e conhecida e pública a duração do contrato, porque tudo isto agrava a culpa pelo desrespeito, como nos casos dos contratos de fornecimento. Também no direito estrangeiro esse comportamento é exigido...²⁷⁵

Assim, a teoria contratual, hoje em vigor, busca avaliar os efeitos que o contrato pode gerar na sociedade como um todo e, principalmente, diminuir as desigualdades entre as partes contratantes, mormente tendo em vista o grande número de contratos de massa firmados diariamente, deixando a autonomia privada das partes de exercer papel definitivo para a validação do vínculo contratual.²⁷⁶

A função social do contrato, embora não tenha sido definida pelo legislador, encontra-se expressamente prevista no Código Civil em vigor em seu artigo 421.²⁷⁷ Porém, é evidente que a mesma já estava inserida no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição da República de 1988, enquanto determina, em seu artigo 1º, a proteção à dignidade da pessoa humana e, no artigo 170, inciso III, a função social da propriedade.

É clara, na leitura do texto constitucional, a preocupação do legislador com a proteção ao ser humano perante o mercado de consumo, quando

²⁷⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 113-120.

²⁷⁶ “E nesta questão do fundamento da vinculatividade do contrato, se ainda hoje é correto afirmar-se que a obrigação de cumprir o contrato está associada ao dever, de raiz essencialmente ética, de respeitar a palavra dada, como se enfatiza tradicionalmente, invocando a autonomia privada, a verdade é que mais importante do que tal dever ético é a necessidade social de assegurar a observância de certos compromissos. Por isso, o valor primacial a considerar ainda é, como vimos, o da segurança jurídica, que é tutelado em nome da confiança do declaratário ou, dizendo de outro modo, da sua boa-fé. O princípio da justiça contratual não deixa, porém, de estar presente, na medida em que a confiança do declaratário tem de ceder quando a aparente obrigação seja absolutamente estranha ao aparentemente obrigado – outra solução seria “iníqua”.” (NORONHA, op. cit., p. 94)

²⁷⁷ De acordo com Teresa NEGREIROS, “Diferentemente do que ocorre com os dois princípios já examinados (boa-fé e justiça contratual), porém, a função social do contrato somente por meio da instituição do novo Código Civil é que passa a receber uma positivação infraconstitucional explícita: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (op. cit., p. 207).

privilegia a conciliação entre a força do trabalho e os limites da livre iniciativa, já que o Estado, obviamente, em que pese deve incentivar a livre iniciativa, bem como buscar o desenvolvimento econômico, deve também proteger o direito à existência digna de seus cidadãos.

E essa preocupação se observa na leitura do art. 170 do texto constitucional, onde consta expressamente que a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa jamais poderão estar dissociadas da existência digna do ser da justiça social.

Em comentário ao mencionado art. 170, FACHIN esclarece que o mesmo “adota como princípio estruturante da atividade econômica a justiça social, que por sua vez matiza os princípios específicos decorrentes em especial os da redução das desigualdades sociais, regionais e da proteção do consumidor”.²⁷⁸

Sem dúvida alguma, o Código de Defesa do Consumidor tem importância para impulsionar a renovação da teoria dos contratos, pois foi um dos primeiros microssistemas a trazer essa nova visão do direito contratual e de regramento de uma diversidade de situações (pré e pós contratual), que reconhecem a dignidade humana como novo paradigma do direito. O que leva LÔBO a concluir que:

O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor complete o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão. Segundo o modelo de direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social.²⁷⁹

Nesse ambiente de valorização da função social do contrato, ganha também importância o princípio da boa-fé na posição de limitador da autonomia privada, conforme a seguir será abordado.

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico...** p. 104.

²⁷⁹ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Princípios Sociais...** p. 03.

3.1.2 O Princípio da boa-fé

Vários autores consideram o período romano como a época em que surgiu o princípio da boa-fé. Ela foi considerada como o núcleo normativo dos contratos de Direito Privado, tendo como principal função a de exigir dos contratantes o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*). Diante desse fato, pela primeira vez, estava-se diante da necessidade de se conceber o direito entrelaçado nos valores éticos construídos no âmbito da sociedade da época.²⁸⁰

Na Idade Média, acentuou-se, ainda, a importância da boa-fé no campo das obrigações contratuais e, em matéria de posse, surgindo com base nos textos romanos.²⁸¹ AMARAL destaca uma dupla perspectiva a respeito, a primeira, em matéria de posse, a boa-fé como atitude psicológica, uma falsa crença daquele que desconhece o vício da sua posse. A segunda, em matéria contratual, particularmente a compra e venda, como expressão de um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual.²⁸²

Com base no pensamento jusracionalista, o processo de codificação encontrou lugar na Europa Continental, surtindo seus maiores reflexos nos códigos francês, italiano e alemão, que acolheram o princípio da boa-fé nas suas duas dimensões, ou seja, subjetiva e objetiva.

Na Alemanha, o BGB, em vigor desde o ano de 1900, estabelece o princípio da boa-fé consagrado no artigo 242, que dispõe: “o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, com referência aos usos do tráfico”. Já em Portugal, o seu atual Código Civil português, que foi promulgado em 1966, sofrendo fortes influências do direito alemão e principalmente do italiano, estabelece explicitamente o princípio da boa-fé em seu artigo 227/1, ao dizer que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que

²⁸⁰ AMARAL, op. cit., p. 426.

²⁸¹ Id.

²⁸² Id.

culposamente causar à outra parte.” Também no artigo 762/2, “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito corresponde, devem a partes proceder de boa-fé.”²⁸³

Na codificação brasileira de 1916, apesar do fato de o legislador não ter consagrado preceitos gerais ao princípio da boa-fé²⁸⁴, foi necessário interpretar o seu conteúdo, para aplicar o referido princípio, principalmente no que diz respeito ao trato negocial da época.

Com o passar dos anos, diante de vários abusos que vinham sendo cometidos, principalmente no que diz respeito às relações de consumo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte estabeleceu como garantia fundamental o dever do Estado em promover a defesa do consumidor, previsão essa estabelecida no art. 5º, inciso XXXIII, no qual dispõe:

Art. 5º 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:

(...)

XXXII – O Estado, promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Diante dessa obrigação imposta ao Estado, pelo legislador constituinte, no dia 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei nº 8.078, a qual instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu expressamente em seu conteúdo o princípio da boa-fé, conforme se destaca do artigo 4º, inciso II, a saber:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

²⁸³ NORONHA, op. cit., p. 126.

²⁸⁴ “É preciso que se diga, desde já, que o princípio da boa-fé foi o guarda chuva imenso que durante muito tempo abrigou juízes e doutrinadores, preocupados com a limitação da regra da liberdade contratual”. (Ibidem, p. 130)

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor resgatou em seu conteúdo o princípio da boa-fé objetiva, deixada de lado, em razão da atenção privatística que foi atribuída ao contrato nos anos que o antecederam, momento em que foram consagrados os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* pelo ordenamento jurídico brasileiro, que só dava atenção à boa-fé subjetiva.²⁸⁵

Na codificação de 2002²⁸⁶, o legislador acaba por introduzir expressamente, no ordenamento civil brasileiro, o princípio da boa-fé, consagrando-o em diversos preceitos dos mais largos alcances, conforme se pode observar em seu artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O artigo 187 dispõe que “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”. Depois, o preceito mais importante, o do artigo 422, determina que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Constituindo, assim um marco histórico, ante às importantes inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito contratual.

No direito contemporâneo brasileiro, a boa-fé possui duas perspectivas de análise. A primeira possui natureza subjetiva ou psicológica, e também é chamada de boa-fé de crença, pois procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito e o respeito consciente ao direito de outrem.²⁸⁷ Na situação da boa-fé subjetiva, “uma pessoa acredita ser o titular de um direito, que na realidade não o tem, porque este só existe na aparência. A situação da aparência gera um estado de confiança subjetivo, relativo à estabilidade da

²⁸⁵ MARTINS, op. cit., p. 53.

²⁸⁶ Até janeiro de 2003, o ordenamento positivo brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. A jurisprudência, contudo, já estendia a sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Continuavam raros os casos de aplicação do instituto a relações contratuais paritárias. De fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e a aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo, e, por esta razão, relutavam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes. (TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. Org. TEPEDINO, Gustavo – Obrigações. Estudos na perspectiva Civil Constitucional. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001. p. 33-44, 2005. p. 33).

²⁸⁷ NORONHA, op. cit., p. 132.

situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas".²⁸⁸

Durante todo o desenvolvimento da interpretação sobre a natureza do princípio e, buscando, principalmente, distinguir o teor referente à boa-fé subjetiva do da boa-fé objetiva, Judith MARTINS COSTA elaborou os seguintes conceitos:

A expressão "boa fé subjetiva" denota "estado de consciência", ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por "boa-fé objetiva" se quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países do *common law* - modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo obrando como obraria um homem reto: 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*.²⁸⁹

A boa-fé subjetiva foi adotada pelos sistemas clássicos de Direito Privado, na esteira do *Code Napoléon*, segundo a lógica voluntarista e individualista, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos. "É um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem".²⁹⁰

Nesse contexto, para MENEZES CORDEIRO, "a boa fé subjetiva revela-se, afinal, como realidade afecta a regras de conduta, explicando-se, deste modo, porquê da sua definibilidade normativa, expressão do conteúdo dito, na tradição, de ético."²⁹¹ E ainda salienta que a figura "surge em termos subjetivos porque as leis, num fenómeno incompreensível, não se atêm às suas raízes históricas e culturais, em vez de prescrever, em direito, os

²⁸⁸ Id.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411.

²⁹⁰ NORONHA. op. cit., p. 134.

²⁹¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 524.

comportamentos, estatui prevendo a hipótese de ter havido, ou não, um acatamento, por parte do sujeito, das normas por ela pressupostas.”²⁹²

Dentro da concepção subjetiva, a doutrina divide-se em duas concepções, uma chamada de psicológica, em que, para caracterizar a boa-fé, na qual basta a ignorância do interessado sobre a situação real, e outra chamada ética, basta que essa ignorância seja desculpável, ou seja, a princípio, basta que não haja dolo em sua conduta.²⁹³

A oposição à boa-fé subjetiva é a má-fé que, na concepção psicológica, somente se caracteriza diante de dolo ou culpa grave. Para se avaliar o grau de culpa de modo a estabelecer se ela é desculpável ou não, quanto ao homem comum, deve-se adotar o padrão médio do bom cidadão; quanto ao profissional, o parâmetro deve ser o bom profissional, se este for especialista, o padrão de um especialista do mesmo gabarito. Esses padrões se encerram na ideia do *bonus pater familias* dos romanos.²⁹⁴

Na concepção ética, o parâmetro de avaliação da desculpa da ignorância da situação de lesão a direito alheio é o dever de cuidado. Já se caracteriza a má-fé com um desconhecimento meramente culposos.²⁹⁵

A corrente dominante é a da concepção ética da boa-fé subjetiva, porém Fernando NORONHA sugere que se adote como fiel da balança para essa avaliação a autonomia privada. Argumenta que, quanto maior a autonomia privada presente no ato, mais próxima a concepção ética deverá ser a avaliação. E, ao contrário, quanto menor a autonomia privada, mais grave a culpa deverá ser para se caracterizar a má-fé.²⁹⁶

Já a segunda perspectiva, que possui natureza objetiva, constitui-se por “um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura honestidade, para não frustrar a confiança

²⁹² Ressalta ainda que: Numa linha de formalização descendente, pode considerar-se que as regras de conduta implicadas na boa fé subjectiva visam concretizar um dever de informação ou de indagação, face à realidade que rodeia o sujeito actuante no espaço jurídico; tal dever de informação é, ele próprio, instrumental em relação à regra material do não atingir as realidades básicas, perante as quais há que agir com esclarecimento; não é por preocupação intelectual que o Direito recorre à técnica proporcionada pela boa fé subjectiva, mas por pretender salvaguardar a ordem global por ele prescrita. (Op. cit., p.524)

²⁹³ NORONHA, op. cit., p. 134.

²⁹⁴ Id.

²⁹⁵ Id.

²⁹⁶ Id. p. 135.

legítima da outra parte de natureza objetiva, é o próprio comportamento leal e honesto”,²⁹⁷ também chamada de boa-fé lealdade.²⁹⁸

Para Paulo NALIN, surge a contradição na própria definição de boa-fé objetiva, enquanto unanimemente proclamada pela doutrina nacional como *standart* jurídico e o uso pouco refletido da abstrata figura do homem médio ou do bom pai de família, empregada para fins de interpretação do comportamento contratual dos sujeitos.²⁹⁹

Sobre esse mencionado *standart* leciona Cláudia Lima MARQUES que “inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standart*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”.³⁰⁰

Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, o dever de conduta da contraparte.

Porém, mesmo diante destes vários critérios de interpretação acima expostos, MENEZES CORDEIRO defende que inexistente uma definição precisa do princípio da boa-fé objetiva, então, só nos resta aplicar o princípio ao caso concreto, para buscamos uma definição “definitiva”:

²⁹⁷ Ibidem. p. 136.

²⁹⁸ “Embora a construção inicial da boa-fé objetiva – como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes – tenha prescindido de fundamentação axiológica precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando sobre a necessidade de conter o avanço desenfreado da autonomia privada dos contratantes.

Em muitos países, a construção deu-se com base em normas expressas da codificação civil. Em outros, desenvolveu-se como fruto da legislação pós codificada e até a margem de qualquer previsão legal, como ocorreu no Brasil, em que a aplicabilidade da boa-fé já era reconhecida desde, pelo mesmo, a década de 70, ainda que seu ingresso formal no ordenamento positivo só tenha se dado em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor”. (SCHREIBER. op. cit., p. 79-80)

²⁹⁹ NALIN, op. cit., p. 130.

³⁰⁰ MARQUES, op. cit., p. 106.

A boa-fé objectiva não corresponde à imagem comum da interpretação – aplicação do direito continental. Alicerçada, no seu desenvolvimento, em latitudes muito próximas da periferia jurídica, ela mais se afasta, mercê do irrealismo metodológico, da instrumentação teórica habitual. Numa realidade que, tantas vezes, à mingua da aplicação, do conhecimento ou da praticabilidade das directrizes teoréticas actuais, vive, num “positivismo da resignação”, a ausência de um texto, na verdadeira acepção, para interpretar, e a impossibilidade de confeccionar conceitos cristalinos nos quais se possa, ainda que de modo figurado, praticar uma subsunção, deixa vácuo considerável.

Esse vácuo tende a ser preenchido a nível lingüístico, com metáforas sucessivas destinadas a suprir carências substanciais. A “fuga para as imagens” a que o processo conduz pode seguir uma de duas vias. Ou se assimila a boa-fé à justiça, à equidade, a equilíbrio, à lealdade e assim por diante, numa série de locuções jurídicas cuja abstracção pouco ou nada fica a dever à da própria boa-fé e das quais o retirar de soluções práticas seria igualmente vão, ou se vê, nela, uma remissão para complexos ordenadores metajurídicos, como a Ética, a Moral, o Direito Natural – nas suas variantes não positivas – ou certas doutrinas sectoriais, que, à abstracção contínua, somam, na sua miscigenação com o Direito, dificuldades suplementares.³⁰¹

Dessa forma, diante dessas duas vias propostas por MENEZES CORDEIRO, para a solução da definição do princípio, é possível concluir que, no direito pátrio, a cláusula geral de boa-fé objetiva optou-se pela aplicação dos critérios de lealdade, boa-fé, confiança e os usos e costumes. Dessa forma, com tais critérios impostos para os negócios jurídicos, as partes devem agir (contratar) mutuamente com probidade, honestidade e lealdade, sob pena de estarem ferindo a boa-fé negocial.³⁰²

A essa indefinição de conceitos que ronda a construção doutrinária sobre o assunto, Fernando NORONHA tenta esclarecer a caracterização da boa-fé objetiva, destacando três pontos de extrema relevância:

Primeiro. A boa-fé objetiva pressupõe que haja duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação a outra, ou, pelo menos, de uma delas em relação à outra.

Segundo. Quando no conceito são referidos padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa, razoavelmente diligente, o que costuma tudo ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*.

Terceiro. Se a boa-fé objetiva é dever de agir de acordo com determinados padrões, nela é preciso verificar também a situação da contraparte. Em cada caso é necessário ver se estavam reunidas as condições suficientes para criar na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado: só então a expectativa desta será tutelada. Melhor dizendo, enquanto na boa-fé subjetiva se atende apenas à situação da pessoa que confiou, na objetiva considera-se, ao mesmo tempo, a posição de ambas as partes que estão em relação (ou de todas elas, se forem mais de duas). Por um lado, é preciso que uma delas, aquela sobre quem incumbia o dever de informar, esclarecer, ou agir com lisura, tenha procedido com a correção e a lealdade exigíveis no tráfico jurídico. Por outro lado, é preciso que a contraparte tenha confiado na

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, op. cit. p. 44.

³⁰² Id.

estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava, porque podia legitimamente alimentar a expectativa de que a outra parte procederá com correção e lealdade. O procedimento de uma parte, o respeito pelos padrões de conduta exigíveis, é que justifica a confiança da contraparte.³⁰³

Dessa forma, é razoável dizer que quando a atuação do particular for em desconformidade como os padrões de conduta exigíveis pelo caráter objetivo da boa-fé, estaria agindo de forma ilícita, buscando obter vantagens sobre a contraparte, ou seja, deixar de proceder com honestidade, lealdade, sempre possibilitará a caracterização do dever de indenizar, tendo em vista a violação da boa-fé.

Mas isso não significa que o indivíduo esteja agindo sempre ilicitamente, nem, muito menos, que esteja agindo necessariamente com dolo, por isso deve ser analisado cada caso. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual dos agentes naquele campo específico, a honestidade e a lealdade que se espera das partes em relações semelhantes, e outros tantos fatores.

Para vários doutrinadores, apesar das diferenças acima expostas, não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor - qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais -, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo.³⁰⁴

Nesse sentido, faz-se necessária a busca de uma definição com maior precisão das suas funções e os seus limites impostos pela boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico.

Com o advento do novo Código Civil Brasileiro, ao dispor no seu artigo 113 que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração refere-se diretamente à boa-fé objetiva, ou seja, como regra de comportamento, doutrina brasileira, passou a adotar três funções para a boa-fé: (i) a função interpretativa ou hermenêutica; (ii) a função

³⁰³ NORONHA, op. cit., p. 138-139.

³⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**.... p. 34.

integrativa, criando deveres para as partes; e (iii) a de limite ao exercício de direitos.

A primeira função configura a boa-fé como um critério hermenêutico, estabelecendo-se como regra, que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, impedindo assim interpretações prejudiciais à contraparte. Essa função revela-se na própria interpretação do contrato, atribuindo-se à norma contratual um significado mais leal e honesto entre as partes. Segundo Fernando NORONHA, essa função tem dois desdobramentos:

Primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-las, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável.³⁰⁵

Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a enganar ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.

No que diz respeito à segunda função indicada, de acordo com Anderson SCHREIBER:

a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. A boa-fé passa a servir de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Assim, impõe-se as partes, deveres outros ou anexos, que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante.³⁰⁶

De fato, os deveres anexos³⁰⁷, também chamados acessórios

³⁰⁵ NORONHA, op. cit., p.152

³⁰⁶ Ibidem p.82

³⁰⁷ Neste sentido leciona Fernando NORONHA: “De nossa parte, se não fosse contribuir para aumentar a confusão, preferíamos falar, numa terminologia que nos parece mais apropriada, em deveres principais, acessórios ou secundários e laterais ou correlatos. Em especial, não vemos por que “acessório” e “secundário” devam traduzir realidades diversas. Assim teríamos: a) Deveres principais, ou primários, seriam aqueles que se traduzem na realização da prestação debitória; seriam, afinal, o “débito” das análises clássicas da obrigação. Uma relação obrigacional pode ter apenas um dever principal (ex. devolver a coisa emprestada), ou dois ou mais, se várias forem as prestações, como sucede nos contratos com prestação correlacionada (ex.: as obrigações específicas do comprador e do vendedor). Tem também diversos deveres principais as relações obrigacionais duradouras, onde cada parte deve realizar repetidas prestações principais (pagamento do salário todos os meses, prestação do trabalho a cada dia útil, etc.); b) Deveres secundários, ou acessórios, seriam aqueles dirigidos à realização de prestações ainda específicas, mas diferentes da prestação principal.

instrumentais, ou tutelares, irão variar de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, que possuem como função a proteção das partes na relação contratual.

Dessa função, surgem aspectos interessantes. Ora, “tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes e podem surgir mesmo contra esta vontade. Para evitar dúvidas, alguns dos deveres anexos mais importantes, no Brasil chegaram a ser especificados em lei”,³⁰⁸ como é o caso do dever de informação, que está expressamente previsto nos artigos 6º, III, 31 e 46 do Código de Defesa do Consumidor.³⁰⁹

A rigor, entende TEPEDINO que as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são esses deveres anexos que, formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.³¹⁰

Algumas destas prestações são sucedâneas do dever principal, como a indenização por inadimplemento (CC, art. 1056), outras de mora (art. 956); outras ainda, e bem mais numerosas, são necessariamente acessórias da prestação principal, tendo por finalidade exclusiva assegurar a realização desta – como o dever de guarda a coisa a ser entregue, o de acondicioná-la para transporte, de providenciar o próprio transporte, quando tal tiver sido acordado. C) Deveres laterais, ou correlatos, (como chamados pelo Prof. Bittar), ou ainda deveres de proteção (*doveri di protezione*, na terminologia consagrada na Itália), ou simplesmente outros deveres de conduta, como lhe chama Larenz, seriam aqueles que não dizem respeito a prestação específica, ainda que só auxiliares para o cumprimento do dever principal de prestação, antes visam proteger a pessoa e os bens da outra parte contra riscos de danos e, em geral, auxiliar na realização das finalidades da própria relação obrigacional”. (NORONHA, op. cit., p. 161).

³⁰⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 83

³⁰⁹ “Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade, preço e garantia, bem como sobre os riscos que apresentem”.

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composições, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores”.

“Artigo 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

³¹⁰ As consequências são diferenciadas em um e outro caso. Quando um contratante exerce uma conduta não autorizada por qualquer norma jurídica, desta conduta resulta violação a um dever anexo imposto pela boa-fé, ocorre tecnicamente ato ilícito. Quando um contratante exerce uma conduta autorizada pela lei ou pelo contrato mas, com este exercício,

Porém, a doutrina majoritária ainda entende pela terceira e última função, que é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade recíproca à lealdade e à confiança que deve imperar nas relações privadas. “Trata-se da aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral. Estamos diante do princípio da proibição do comportamento contraditório.”³¹¹ Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.³¹²

Esse respeito pela parte contrária, partindo da reciprocidade entre a lealdade e a confiança, traduz um importante desenvolvimento do direito brasileiro, buscando a efetivação de uma solidariedade social, como se vê na definição apresentada por Claudia Lima MARQUES:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.³¹³

Resta evidenciado a grande importância que assume a definição da boa-fé objetiva a respeito da condição da contraparte, aos seus interesses, às suas expectativas, o que possibilita a análise mais aprofundada da terceira função da boa-fé objetiva, ou seja, a aplicação do princípio em seu sentido negativo, limitando direitos dos particulares.

O princípio da boa-fé objetiva surge como uma fonte de novos direitos e deveres de conduta nas relações jurídicas, obrigações estas que não se confundem com o objeto principal da relação mantida entre as partes.

Mas esse surgimento não ocorre apenas como fonte de deveres de conduta, também têm a boa-fé objetiva uma função limitadora do exercício dos direitos subjetivos. Essa função de controle está diretamente ligada à noção de autonomia privada e ao abuso do direito.

viola deveres anexos impostos pela boa-fé, ocorre ato abusivo. As figuras, apesar da redação do artigo 187, não se confundem. (TEPEDINO, Gustavo, **Obrigações**...p. 37).

³¹¹ SCHREIBER, op. cit., p. 83-84.

³¹² Id.

³¹³ MARQUES, op. cit., p. 107.

Nesse sentido, NORONHA menciona que, por um lado, o poder de auto-regulamentação de interesses, em que consiste a autonomia privada, exige que se conceda aos particulares ampla margem de discricionariedade, por outro lado, se todos os direitos têm uma função social, nenhum pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com tal função.³¹⁴

Enfim, não se pode garantir o exercício do direito, que tenha algum tipo de limite, sob pena de ser considerado ilegítimo ou ilícito. Tal função possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, estabelecida no artigo 187 do Código Civil de 2002:

Art. 187. 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.

Diante do contido no artigo acima mencionado, o que importa assinalar é, primeiro, que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, haja com moderação, e, segundo, que se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora, terá uma função de limite a tal autonomia.³¹⁵

Quando os limites, sejam estes estabelecidos por leis ou pelos bons costumes, forem violados, ou seja, o indivíduo que não agir de acordo com a boa-fé, restará evidenciado o abuso do direito, ou para alguns autores, o exercício inadmissível de direitos. Nesse mesmo sentido, quando se compromete, com o propósito de prejudicar, o modo de exercício do direito, que é mais danoso para a contraparte, é manifesta a violação do dever de agir com moderação, imposto pela boa-fé.

Em conformidade com essa interpretação, alinha-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que declarou abuso de direito ao negar conhecimento à apelação cível, quando o recorrente após o falecimento de seu filho, desativou a empresa Tma representações Ltda., da qual passaram a ser sócios os recorrentes, para criar uma nova firma, qual seja, a Temaram Ltda., visando representar a Cremer S.A., mas sem a participação dos netos. Segundo os recorridos, o fato em questão causou-lhes

³¹⁴ NORONHA, op. cit., p. 167.

³¹⁵ Id.

prejuízos, uma vez que a Tma representações Ltda. era sua principal fonte de renda, impondo-se a responsabilização do demandado em valor equivalente ao que deixaram de receber com a paralisação das atividades da referida empresa. Veja-se a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. ABUSO DE DIREITO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA SOCIEDADE POR UM DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DOS DEMAIS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

- após o falecimento de um sócio, os demais não estão obrigados a manter sociedade com os herdeiros daquele que faleceu, podendo dela se retirarem. Também não estão obrigados a abdicar da atividade desenvolvida. Contudo, vale lembrar que, em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, mormente em atenção ao princípio da eticidade, as relações devem ser pautadas pela boa-fé, ou seja, as pessoas devem se relacionar de forma que uma não frustre os interesses da outra e agir com correção e honestidade. Assim, é de se concluir que um direito subjetivo pode ser exercido, mas não de forma ilimitada, sob pena de se caracterizar o abuso do direito (art. 187, CC/2002) e o negócio ser invalidado pelo ordenamento jurídico (art. 2035, CC/2002).

- diz o art. 187 do CC/2002 que, "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".

- impõe-se a condenação por litigância de má-fé quando os elementos de prova dos autos demonstram que o litigante, durante todo o curso do processo, de forma deliberada, insistiu em distorcer os fatos, causando danos à parte adversa.³¹⁶

Ainda nessa perspectiva, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exemplifica a situação de quando o indivíduo tem como propósito de prejudicar a outra parte, considerada pela jurisprudência pátria como manifesta violação do dever de agir com moderação, imposto pela boa-fé.³¹⁷

³¹⁶ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n. 504.310-7, Relator Dárcio Lopardi Mendes, dj. 16.06.2005. Disponível em: [HTTP://www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 27 de julho de 2007.

³¹⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. IMPUTAÇÃO FALSA DE FATO TIPIFICADO COMO DELITO. ABUSO DE DIREITO. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Em sendo o julgador o senhor do processo, a prova a ser produzida nos autos tem a finalidade de formar a sua convicção. A comunicação feita à autoridade policial traduz, em princípio, exercício regular de direito. Porém, o abuso do direito resta configurado quando tal proceder é feito de forma açodada, causando à vítima transtornos que transcendem em muito aqueles afetos ao cotidiano. Imputação de autoria de fato delituoso ao demandante despida de mínima comprovação. Dano moral reconhecido. Indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atenção às particularidades das circunstâncias fáticas e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Indenização mantida. Apelação não-provida. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70016945941, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, dj. 12.07.2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009).

Atualmente, conforme jurisprudência acima colacionada, a boa-fé objetiva, assim como o princípio da função social do contrato, são também utilizados como limitadores da autonomia privada. Mas quando se almeja equilíbrio contratual, é a justiça contratual que deve ser invocada.

3.1.3 O Princípio da Justiça Contratual

Analisando a realidade clássica do contrato, por conta da falta de equidade³¹⁸ entre as partes, não cabia ao juiz interferir, tampouco alterar o que havia sido contratado entre elas.

Mas não demorou muito e as desigualdades nas relações jurídicas surgiram, em especial na esfera contratual, o que ensejou a necessidade de um novo modelo de Estado. Almejava-se um Estado atuante e interventor, para então corrigir as desigualdades e os desequilíbrios nas relações contratuais de forma justa e solidária.

Nos itens anteriores, restou claro que, dentre os fatores responsáveis pela transformação do contrato, assume fundamental importância a padronização dos contratos, ou seja, os contratos *standards*.

NORONHA destaca que, desde o surgimento desse tipo de contrato, os juristas, num primeiro momento, tenderam a admitir que se tratava de algo excepcional, anômalo e incompatível com o contrato: afinal, se esse era acordo de vontades, não parecia haver tal acordo nas novas formas contratuais. Mas num segundo momento, tenderam a aceitar a “anomalia”, lamentando que ela fosse mais um dado indicativo do “declínio” ou até da “morte” do contrato.³¹⁹

Foi só num terceiro momento que a doutrina passou a admitir que se tratava de figura tipicamente contratual e, por consequência, implicaria uma reconsideração do contrato.

Reconsideração essa considerada como o “novo” direito contratual, fundamentado em princípios contratuais para regulamentá-lo.

³¹⁸ Termo sempre utilizado, nessa matéria de justiça contratual, como imposição de equilíbrio e não na noção de justa decisão caso a caso, quando faltante previsão legal, com adverte Cláudia Lima MARQUES (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, op. cit., p. 422).

³¹⁹ NORONHA, op. cit., p. 75-76.

Assim, como os princípios da boa-fé objetiva e da função social, o princípio da justiça contratual ou do equilíbrio econômico do contrato³²⁰ também encontra-se fundamentado na Constituição da República de 1988³²¹ e se fundamenta em dois institutos do direito privado, o da lesão³²² e o da onerosidade excessiva.³²³

Mas, para uma perfeita compreensão do princípio da Justiça Contratual, faz-se imperioso abordarem-se algumas distinções trazidas por NORONHA que em muito contribuirão para o desenvolvimento do presente capítulo.

NORONHA propõe, em sua obra, a distinção entre justiça formal e justiça substancial, isso porque, segundo o autor, “a justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes”.³²⁴ E acrescenta que

A igualdade pressuposta pela justiça formal, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma igualdade de oportunidades: quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz.

Quem entende ser suficiente tutelar a justiça formal acredita que, garantida a posição pré-contratual de igualdade teórica de oportunidades, cada parte, igualmente livre, responsável e esclarecida, estará em condições de defender de forma adequada os seus interesses; em consequência, no contrato resultante, as prestações de uma e outra, os direitos e obrigações recíprocos, contrabalançar-se-ão, assegurando o equilíbrio da justiça.³²⁵

³²⁰ Segundo Karl LARENZ, o princípio da justiça contratual se manifesta, nos contratos que chama de recíprocos, em rigor bilaterais, sinalagmáticos e comutativos, quer pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, quer pela equitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes. (LARENZ, op. cit., p. 61.)

³²¹ A Constituição da República de 1988, erigiu, no seu art. 3º, inciso I, como objetivo fundamental da república, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

³²² Para Teresa NEGREIROS “O ressurgimento do instituto da lesão é um dos mais perfeitos símbolos da valorização do equilíbrio econômico – entendido como princípio da equivalência entre as prestações contratuais -, sendo tal ressurgimento decisivo para que o princípio em questão seja hoje considerado um dos três princípios que apóiam a construção de uma renovada teoria contratual”. (Op. cit., p. 169)

³²³ Onerosidade excessiva, justificativa da revisão de contrato, que pode levar à sua resolução ou redução, só é cogitável, em contratos em que o decurso do tempo acarrete alteração daquelas circunstâncias objetivas que as partes tinham como seguras. Destruídas a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, não se justifica que sejam exigidos de uma delas sacrifícios manifestamente desproporcionais em relação ao valor da contraprestação a que tinha direito. (NORONHA, op. cit. p. 240)

³²⁴ Id. p. 220.

³²⁵ Id.

Portanto, quando se diz que a justiça contratual é princípio fundamental dos contratos, tem-se em vista a justiça substancial, porque só esta contém a ideia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações.

NORONHA ressalta ainda que a justiça substancial pode ser vista por dois pontos de vista distintos, ou seja, um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, seria necessário que, na avaliação das partes, cada uma recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo. Já do ponto de vista objetivo, será necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, aos seus encargos.³²⁶

Diante da existência desses dois pontos de vista, qual seria então a melhor solução para a concretização da justiça contratual?

Mais uma vez, NORONHA propõe que a solução seria partir da distinção entre justiça formal e substancial, pois considera que

esta se deve presumir a partir daquela: em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma equitativa. Tal presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo das partes, consubstanciando no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseia não se verificarem – como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à presença de vícios de consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados ou de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).³²⁷

A incessante busca pelo equilíbrio entre prestação e contraprestação por meio da justiça contratual encontra inúmeros exemplos de positivação em nosso ordenamento jurídico. De acordo com Cláudio Luiz Bueno de GODOY,

³²⁶ Id. p. 221.

³²⁷ Id. p. 225-226.

São os casos de responsabilidade, aí incluída a possibilidade de abatimento do preço, por vícios da coisa e evicção, sintomaticamente só havia em ajustes onerosos, portanto em que há uma prestação (que precisa ser balanceada) em troca de coisa recebida, mas com defeito ou perda total ou parcialmente, por sentença, limitação ou redução de cláusula penal (Art. 924 do CC/1916 e art. 413 do CC/2002, este inclusive a consagra a possibilidade, em nome do princípio em comento, e mesmo em se tratando de relação paritária, de redução de cláusula penal, posto estabelecida dentro do limite legal máximo), ou, ainda, a própria *exceptio non adimpleti contractus*, enfim, disposições, todas, que procuram preservar a equilibrada correspondência, o razoável equilíbrio entre vantagens e desvantagens que, em um contrato, tocam às partes contratantes.³²⁸

Não é só no Código Civil que está presente a positivação do princípio da justiça contratual. A Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, visando o equilíbrio entre as partes, estabeleceu em seu art. 53³²⁹ vedação expressa quando da impossibilidade da perda de parcelas pagas, em contrato de venda e compra à prestação.³³⁰

GODOY observa que nem só em favor do consumidor operam essas regras de preservação da objetiva equivalência, de que é exemplo a norma que lhe impõe, nos casos de consórcio, de cuja participação venha a desistir, a recomposição dos prejuízos causados ao grupo, compensados ou abatidos das parcelas que tenham a ser restituídas. Previsão prevista no art. 53, §2^o³³¹ do Código de Defesa do Consumidor.³³²

Diante dos exemplos acima citados, NEGREIROS afirma que “é possível identificar uma crescente penetração deste princípio no direito positivo”³³³, e tal constatação fica mais evidente quando passa a prevalecer nos contratos a igualdade substancial³³⁴ e não mais a formal:

³²⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

³²⁹ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

³³⁰ Ainda a respeito do Código de Defesa do Consumidor, também podem ser citados como exemplos, o § 2º do art. 53, o § 1º, inciso II e o § 4º do art. 51.

³³¹ Art. 53 (...) § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

³³² GODOY, op. cit., p. 38.

³³³ NEGREIROS, op. cit., p. 158.

³³⁴ Quando se diz que a justiça contratual é princípio fundamental dos contratos, tem-se em vista, é claro, a justiça substancial, porque só esta contém a ideia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações. (NORONHA, op. cit., p. 221).

A vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional, constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial. Com efeito, à luz do princípio da igualdade substancial, pressuposto – como é notório – da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante.³³⁵

Contudo para a autora, a incidência do princípio da igualdade substancial nas relações contratuais traz para o seio da teoria contratual a tormentosa discussão acerca do que deva ser considerada uma relação contratual “justa”.³³⁶

De fato, a discussão sobre o “justo” contratual não deixa de suscitar dúvidas ou dificuldades de interpretação das relações contratuais, mas como não é o objetivo do presente trabalho esgotar o princípio da justiça contratual, considera-se que o justo somente poderá ser determinado pelo Poder Judiciário, que uma vez instado a se manifestar, poderá ponderar as questões de cada caso concreto, para então determinar o que é “justo”³³⁷ nas relações contratuais, visando sempre o equilíbrio econômico entre as partes.

Não é incomum o Poder Judiciário ser instado todos os dias a se manifestar e intervir sobre o equilíbrio do contrato, principalmente nas demandas em que se visam a revisão dos contratos bancários, por exemplo.

Sobre a possibilidade de intervenção do poder estatal no domínio econômico das partes, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial sob o nº 394.671-PR de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, que “uma vez obedecido o fato do príncipe, deve conjugar-se com os princípios da força vinculativa dos contratos e da execução segundo a boa-fé dos contratantes”. E mais, “incidindo a regra de ordem pública e sendo possível interpretar-se a novel incidência mantendo íntegra a vontade das partes, deve

³³⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 158.

³³⁶ Id.

³³⁷ O justo nos ensinamentos de Teresa NEGREIROS é entendido como sendo “um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configura está a inexistência de paridade”. (Op. cit., p. 168-169).

o Judiciário fazê-lo em nome dos princípios que prestigiam a justiça contratual e a comutatividade dos vínculos”.

No caso vertente, buscava-se o reconhecimento, pelo Banco ora recorrente, a possibilidade de alteração da cláusula de equivalência salarial, prevista em contrato de financiamento de habitação, com fundamento no princípio do equilíbrio contratual.

De acordo com o acórdão, as prestações do contrato eram atualizadas por meio de uma cláusula de equivalência salarial, ou seja, uma vez majorado o salário do mutuário, impunha-se a equivalência no valor das prestações.

Extrai-se ainda do acórdão que o salário do mutuário sofreu alteração qualitativa por conta da modificação do padrão monetário, para URV. Para melhor compreensão, cumpre observar a ementa do julgado:

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CLÁUSULA DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. PES. JUSTIÇA CONTRATUAL. MAJORADO O SALÁRIO DO MUTUÁRIO, A QUALQUER TÍTULO, EM NÍVEL INSTITUCIONAL OU LEGAL, IMPÕE-SE A EQUIVALÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO PADRÃO MONETÁRIO. ALTERAÇÃO QUANTITATIVA DO SALÁRIO PELA URV. INFLUÊNCIA NA PRESTAÇÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PORQUANTO A MOEDA DO SALÁRIO É A MOEDA DO CONTRATO. RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL DETERMINANDO O REPASSE ÀS PRESTAÇÕES DOS PERCENTUAIS DE REAJUSTE CORRESPONDENTE À VARIAÇÃO EM CRUZEIROS REAIS VERIFICADA NOS SALÁRIOS.

1. A norma que institui novo padrão monetário é de ordem pública e eficácia plena e imediata, conjurando alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido que obstem a sua aplicação.

2. As resoluções que se adstringem a essas normas e que regulam as relações jurídicas sobre as quais incide o novel padrão monetário, têm a mesma eficácia das regras originárias.

3. Plano de Equivalência Salarial. Resolução n.º 2.059/94 amparada pelo permissivo do § 1º, do art. 16, da Lei n.º 8.880/94. A resolução que determina que o mesmo percentual acrescido, decorrente da conversão dos salários em URV, seja repassado às prestações, não malfero o Plano de Equivalência Salarial mas antes prestigia a regra de justiça contratual que impõe o "equilíbrio econômico-financeiro do vínculo".

4. O E. STJ, à luz desses princípios tem assentado que a Lei n.º 8.004/90 estabeleceu que qualquer aumento, individual ou institucional, que se incorpore aos ganhos do mutuário, devem refletir no valor das prestações (RESP n.º 150.426/CE, Rel. Min.ª Eliana Calmon, DJ de 09.10.2000) para preservar a equação econômico-financeira do pactuado (RESP n.º 194.086/BA, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 26.03.2001).

5. A intervenção estatal no domínio econômico, obedecido o fato do príncipe, deve conjugar-se com os princípios da força vinculativa dos contratos e da execução segundo a boa-fé dos contratantes. Incidindo a regra de ordem pública e sendo possível interpretar-se a novel incidência mantendo íntegra a vontade das partes, deve o Judiciário fazê-lo em nome dos princípios que prestigiam a justiça contratual e a comutatividade dos vínculos.

6. O PES foi instituído em prol do trabalhador, de sorte que infirmá-lo será majorar a prestação sem alteração quantitativa para maior dos referidos salários.

7. Deveras, majorado o salário, automaticamente, contamina-se a prestação, posto consagrada a regra da "equivalência", que não autoriza exegese que rompa o pacto

ou implique locupletamento contrário à lei de ordem pública e à vontade dos contratantes.

8. Recurso especial provido.³³⁸

Por conta do aumento do salário do mutuário e, em respeito à cláusula de equivalência salarial, para a realização do perfeito equilíbrio econômico financeiro, a intervenção estatal no domínio econômico se fez necessária, para que fosse determinado o repasse às prestações do Sistema Financeiro de Habitação dos percentuais de reajuste correspondente à variação do salário do mutuário.

Mas não é somente em favor das grandes empresas e grupos econômicos que o Poder Judiciário intervém para o reestabelecimento da justiça contratual.

No caso em exame, os consumidores ingressaram com demanda de revisional de contrato contra a cooperativa de crédito, almejando o reestabelecimento da justiça contratual, por meio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor³³⁹ e, com isso, limitar os juros remuneratórios à taxa de 12% ao ano, afastar a incidência da cobrança de comissão de permanência, determinar a correção do débito pelo índice do IGP-M, e, para a mora, fixar os juros moratórios em 1% ao ano e a incidência da multa em 2%.

Em suas razões recursais, a Cooperativa de Crédito defendeu a tese de que a relação jurídica estabelecida com a parte contrária consiste em um ato cooperativo, que não pode ser equiparada às relações negociais estabelecidas com instituições financeiras. E, por conta disso, sustentou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese. Com relação à revisão do conteúdo contratual, defendeu a manutenção das cláusulas conforme pactuadas, pedindo a conservação dos juros remuneratórios em 2,2% ao mês, capitalizados anualmente, a conservação dos encargos da mora de acordo com o contrato e, sucessivamente, a incidência da taxa de 1% mensalmente e, por fim, a conservação da correção monetária segundo o CDI.

³³⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 394.671-PR, Relator Ministro Luiz Fux, dj. 16.12.2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

³³⁹ A incidência do Código de Defesa do Consumidor, é fundamental para o consumidor ter garantido os seus direitos básicos previstos no art. 6º, do referido código, dentre eles a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, inciso V da Lei 8.078/90).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou o entendimento sobre a aplicabilidade no Código de Defesa do Consumidor nas relações negociais com Cooperativas de Créditos e, por conseqüência, determinou a limitação da taxa de juros remuneratórios ao índice da Taxa Selic do mês da contratação, sem prejuízo da atualização monetária, pelo índice do IGP-M; e determinar a incidência dos juros moratórios em 1% ao mês, sob a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONCEDIDO POR COOPERATIVA DE CRÉDITO. PRETENSÃO REVISIONAL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

É tranqüila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte quanto à aplicabilidade do Estatuto de Proteção ao Consumidor às relações negociais estabelecidas com Cooperativas de Crédito quando estas atuam no mercado de consumo oferecendo crédito aos associados, integrando, assim, o sistema financeiro nacional e sujeitando-se, portanto, às suas regras.

JUROS REMUNERATÓRIOS.

Os juros remuneratórios limitam-se ao índice da Taxa Selic, que constitui a taxa média de mercado, estipulada pelo Banco Central, sem prejuízo da correção monetária. Parcial provimento.

JUROS MORATÓRIOS.

Aos contratos posteriores a entrada do Código Civil atual (11-1-2003), permite-se a cobrança dos juros moratórios no percentual de 1% ao mês, por força do artigo 406 do referido diploma legal. Parcial provimento.

CORREÇÃO MONETÁRIA.

Não é adequada a utilização dos CDI (Certificados de Depósito Bancário), pois este índice não reflete a desvalorização da moeda (inflação), mas o custo de captação do dinheiro e, por isso, não se presta à correção monetária. Confirmada a sentença no ponto em que determinou a incidência de correção monetária pelo IGP-M, índice que melhor representa a desvalorização da moeda no decorrer do tempo, amplamente utilizado pelo Poder Judiciário em sua atuação de intervenção nos negócios jurídicos bancários para restabelecimento da justiça contratual.

SUCUMBÊNCIA.

Mantida a distribuição dos ônus da sucumbência conforme determinada em sentença. Apelo parcialmente provido.³⁴⁰

Diante das decisões acima transcritas, é de suma importância considerar o relevante papel do Estado na formação dos contratos, exercido não só por meio do legislador, que limita o espaço de autonomia privada das partes contratantes, mas também através do Poder Judiciário, no controle da justiça contratual ao interpretar tais avenças.

Mesmo assim, vislumbra-se de forma inequívoca que um contrato livremente pactuado pode ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo

³⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70025059155, Relator Cláudio Baldino Maciel, dj. 13.08.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

integralmente rescindido. Trata-se, nas palavras de NEGREIROS, “de uma transformação profunda no conceito de justiça contratual”.³⁴¹

Diante de tantas modificações no papel do contrato, no âmbito do Estado Social, no próximo item, será abordada uma das principais atribuições constitucionais do contrato, nesse novo modelo contratual, qual seja a efetivação de direitos fundamentais entre os contratantes.

3.2 O CONTRATO COMO “PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Com a ruptura dos valores conquistados pela burguesia oitocentista e as transformações do modelo contratual, a vontade demite-se do contrato, sintetizando-o em um processo objetivo e impessoal.³⁴² Por outro lado, com a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana nos contratos, os conflitos entre direitos fundamentais dos contratantes surgem com muito mais evidência no Judiciário.

De acordo com PINHEIRO, “assiste-se ao avanço do fato democrático e coloca-se em causa o papel do contrato: sob decisiva influência do contexto econômico, político e social, esse instituto muda sua disciplina e funções, delineando sua relatividade”.³⁴³

Mas, para observar o papel do contrato sob a influência de diferentes contextos, não se pode deixar de lembrar que tanto o Direito Público quanto o Direito Privado sofreram modificações sob a égide do Estado Social. Diante da realização da função social, por exemplo, o contrato não se restringe à realização dos interesses individuais dos contraentes, ao passo que o Direito Público, sob o pressuposto de promoção dos direitos fundamentais, não mais se inspira na subordinação dos cidadãos.³⁴⁴

Com a intervenção do Estado e no domínio privado – sobretudo pelo dirigismo contratual – e a constitucionalização dos princípios norteadores do

³⁴¹ NEGREIROS, op. cit., p. 160.

³⁴² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**....p. 41.

³⁴³ Id. p. 41

³⁴⁴ SOMBRA, op. cit. p. 71.

contrato -, esse processo dinâmico de interdependência resta ainda mais nítido, pois um instituto, em geral, de conotação privada, recebe proteção constitucional de realização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.³⁴⁵

Nessa perspectiva, a incidência dos direitos fundamentais tão somente nas relações entre Estado e cidadão torna-se insuficiente. De acordo com PINHEIRO, “cabe à Constituição voltar-se contra os atentados praticados pelos poderes privados a esses direitos. Especialmente, quando está em jogo a vulnerabilidade dos grupos sociais”.³⁴⁶

Aduz ainda a autora que a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical, mas também horizontal e, por tal razão, o contrato recebe como atribuição constitucional a realização dos direitos fundamentais e, isso ocorre

em atenção à lógica do Estado Social, pois o poder privado pode se revelar ainda mais ameaçador aos direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, uma vez que não está democraticamente legitimado.

Neste ponto, destaca-se nova função ao contrato. Considerando-o como categoria jurídica que não está mais confinado aos limites do Direito Privado, passa a ser lido à luz da tábua axiológica, inscrita pela Constituição. Ele recebe como atribuição constitucional³⁴⁷ a realização dos direitos fundamentais.³⁴⁸

O contrato conquista, então, a atribuição constitucional para realização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, concretizando dessa forma a promoção da liberdade contratual, que em consonância com os ditames do Estado Social, permeia também a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do próprio princípio da liberdade.

Embora a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possua um amplo âmbito de configuração nas relações interprivadas, é nas relações contratuais que ela revela suas maiores

³⁴⁵ Id. 72.

³⁴⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato**.....p. 44.

³⁴⁷ “Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (Art. 5º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especiais, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, o consumidor. (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos**.....p. 256-257).

³⁴⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato**....p. 45.

controvérsias, afinal, ambos os contratantes também são titulares de direitos fundamentais.³⁴⁹

Tais controvérsias surgem quando os direitos fundamentais passam a limitar a manifestação da autonomia privada nas relações contratuais.

Com isso, o contrato, além das atribuições constitucionais, passa a realizar uma função social entre os contratantes que jamais havia acontecido antes, o que leva Claudia Lima MARQUES a concluir que “a concepção social do contrato, mais condizente com os ditames da ordem constitucional, seria um instituto jurídico notadamente flexível, de sorte que viabilizaria a identificação desse modelo de contrato como um “ponto de encontro dos direitos fundamentais”.³⁵⁰

Dentro desse novo modelo de contrato, faz-se imperioso abordar de que forma a autonomia privada pode ser limitada em virtude da incidência dos direitos fundamentais no contrato e, principalmente, de que forma pode ser garantido um mínimo existencial na aplicação dos direitos fundamentais sociais, no Direito Privado, especificadamente no Direito à Moradia e no Direito à Saúde.

³⁴⁹ Para Maria Celina Bodin de MORAES, “Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, da família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.” (MORAES, op. cit., p.28).

³⁵⁰ MARQUES, op. cit., p. 210-211. Deve-se a Erick JAYME a origem dessa posição doutrinária, sobretudo no que toca à necessidade de um revival; dos direitos fundamentais em tempos de pós-modernidade. Para JAYME, “o *Leitmotive*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI, serão os direitos humanos. Na teoria de Jayme, como já mencionamos, o revival dos direitos humanos é proposto como elemento guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microsistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas ‘normas fundamentais’ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.” Apud MARQUES, op.cit., p.219.

3.2.1 O mínimo existencial no contrato.

A Constituição Federal de 1988 não faz referência expressa ao mínimo existencial³⁵¹. Isso não quer dizer que não se pode buscar sua proteção nos diversos dispositivos constitucionais contidos na carta magna, como é o caso das garantias sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁵²

Teresa NEGREIROS afirma que a ordem constitucional vigente, ao consagrar a dignidade da pessoa humana³⁵³ como fundamento da República (art. 1º, III) e ao fixar como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), bem como, especificamente, a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III), estabeleceu, coerentemente com estes postulados, uma série de mecanismos visando a garantir a todo ser humano um mínimo existencial, considerando esta como a linha de separação entre a humanidade e a desumanidade³⁵⁴.

A ausência de previsão expressa na Constituição fez com que Ana Paula de BARCELLOS afirmasse em sua obra que “a Constituição de 1988

³⁵¹ Para SARLET, o mínimo existencial é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado – por muitos – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.) **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 572).

³⁵² A proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. Mas se estrema dos direitos econômicos e sociais. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13)

³⁵³ A cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, porém, certamente abrange a proteção de um nível mínimo de subsistência, tal como o proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU -, em 1948: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (art. XXV)”; “todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnica profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito”(art. XXVI)”.(TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**...p. 10).

³⁵⁴ NEGREIROS, op. cit. p. 401.

efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionais com o tema.³⁵⁵ Isso quer dizer que se a meta da Carta de 1988 pode ser resumida na promoção do bem-estar da pessoa humana, a Constituição assegura condições materiais mínimas de existência.³⁵⁶

Nesse sentido, também é a conclusão de Ricardo Lobo TORRES sobre o tema

O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3º, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5º, itens XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 2º, item II e § 4º, etc). As grandes Constituições do Ocidente também não proclamam o direito, salvo a do Canadá, indiretamente. A Constituição do Japão declara: 'Todos terão direito à manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e de saúde' (art. 25). Na Alemanha o Karl Bräuer Institut propôs recentemente que se acrescentasse ao art. 105 da Constituição de Bonn: 'o mínimo existencial é imune a impostos' (*Das Existenzminium ist steuerfrei*).³⁵⁷

A ausência de previsão expressa na Constituição de 1988 é fato.³⁵⁸ Resta agora compreender como e onde se desenvolveu o mínimo existencial e de que forma ele pode ser aplicado no contrato.

Na Alemanha, após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, os pesquisadores e doutrinadores³⁵⁹ deram início às pesquisas acerca do conceito de um mínimo existencial e chegaram à conclusão de que essas

³⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 223.

³⁵⁶ Id. p. 271-272

³⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial...**p. 08).

³⁵⁸ Ricardo Lobo TORRES, elucida que No art. 6º da Constituição Federal de 1988, que define os direitos sociais, há um certo espaço para o mínimo existencial, tendo em vista que este se aproxima dos direitos fundamentais sociais ou, em outro giro, o mínimo existencial marca a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Mas o só caráter topográfico da Constituição de 1988, que abre no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o capítulo II, que disciplina os direitos sociais (arts. 6º a 11), separando-os, entretanto, dos direitos individuais e coletivos, de que trata o capítulo I (art. 5º), não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais. (**O Direito ao mínimo existencial ...** p. 09).

³⁵⁹ Especialmente Otto Bachof, que considerava que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas, também, um mínimo de segurança social. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p.19).

condições mínimas integrariam o conteúdo essencial do Estado Social de Direito.³⁶⁰

Surge a teoria do mínimo existencial. Mas o núcleo dessa teoria não poderia ser reduzida à mera existência da vida humana. A existência, além de digna, deveria superar a mera sobrevivência física e o limite da pobreza absoluta.

De acordo com esse conceito, SARLET salienta que apenas impedir que alguém não morra pela fome não é o suficiente, “o individuo precisa de conhecimentos mínimos para fruição de todos os direitos fundamentais, para então, desenvolver plenamente, as condições básicas de vida, como moradia, saúde e complementado pela educação”.³⁶¹

TORRES define sinteticamente a Teoria do Mínimo Existencial como um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais e justifica tal conclusão ao afirmar que

A criação de uma Teoria dos Direitos Fundamentais coincide com o desenvolvimento da Teoria da Justiça e se faz a partir da “virada kantiana, isto é, do retorno do pensamento filosófico-jurídico às raízes lançadas por Kant. Nesse contexto são importantíssimas as obras de Rawls, que praticamente constituem a certidão de nascimento dessas idéias, e a de Alexy, que oferece a mais completa estruturação do pensar sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais.”³⁶²

Corroborando com este entendimento, Ana Paula de BARCELLOS buscou, na teoria de RAWLS³⁶³, o conceito de mínimo existencial. Segundo BARCELLOS, John RAWLS, na sua obra Teoria da Justiça, desenvolve, como anuncia, uma teoria da justiça – a justiça como equidade, partindo, para tanto, de uma concepção basicamente individualista e liberal a respeito do homem. Para Rawls, o homem é um ser racional que está só em essência e é dotado de suas próprias concepções particulares sobre a sociedade, a justiça e o bem, e objetivos pessoais que deseja perseguir.³⁶⁴

³⁶⁰ Id. p. 20.

³⁶¹ Id. p. 21-22.

³⁶² TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial** ... p. 26.

³⁶³ Para TORRES, A concepção de RAWLS sobre o mínimo social tem extraordinária importância para o pensamento jurídico nas últimas décadas. Marca o corte com a concepção utilitarista da justiça social, que pretendia promover a utópica redistribuição geral de recursos entre as classes sociais, sem instrumentos políticos adequados, sem limitações quantitativas e sem a indicação de beneficiários”. (TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**... p. 58).

³⁶⁴ BARCELLOS, op. cit. 124.

Diante disso, Rawls propõe um novo contrato social, situação em que os homens devem deixar de lado suas diferenças (*status* social, condição econômica, profissões) e estabelecer novas regras sociais que prevê condições idênticas para todos (Rawls vai denominar essa condição de “véu da ignorância”), visando estabelecer um consenso a respeito dos princípios básicos de funcionamento da sociedade e da distribuição de bens.

Rawls pretende com sua teoria estabelecer um procedimento equitativo que conduza a um resultado, se não justo, ao menos não injusto. A equidade do procedimento decorre do fato de que, em uma situação de racionalidade e imparcialidade, cada indivíduo concordará com um conjunto básico de princípios que ordene a sociedade, de modo a lhe assegurar uma inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível.³⁶⁵

Para a teoria de Rawls, são dois os princípios fundamentais de justiça escolhidos pelos indivíduos no estado original, o primeiro garante a liberdade igual para todos, ao prever que cada pessoa deve ter o direito igual ao mesmo extenso sistema de liberdades idêntico para as outras; e o segundo, o princípio da diferença³⁶⁶, determina que as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidade.³⁶⁷

Para BARCELLOS, em um primeiro momento “a evolução do pensamento de Rawls, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador.”³⁶⁸

Já em um segundo momento, Rawls vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. “O mínimo existencial, note-se, desde ser um

³⁶⁵ Id. p. 125.

³⁶⁶ O princípio da diferença é traduzido por RAWLS em três elementos (i) a maximização do bem-estar dos menos favorecidos, (ii) posições e funções abertas a todos e, (iii) igualdade equitativa de oportunidades. (Id. 129.)

³⁶⁷ Id. 126.

³⁶⁸ Id. 129.

fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independente da intervenção legislativa”.³⁶⁹

Cabe ao Legislativo promover as políticas de justiça social que realizam de forma mais ampla a justiça distributiva, garantindo o mínimo existencial para todos.³⁷⁰

Seguindo o raciocínio de Ricardo Lobo TORRES, a teoria de John RAWLS, sem dúvida, contribuiu e muito para o nascimento da teoria do mínimo existencial, mas foi a teoria elaborada por Robert ALEXY que trouxe à baila a mais completa estruturação do pensar sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Robert ALEXY propôs o modelo de ponderação, distinguindo entre o mínimo existencial ou direitos fundamentais sociais mínimos e os direitos fundamentais sociais.

De acordo com sua teoria, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro, estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.³⁷¹

O modelo criado por ALEXY não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, embora diga que ele pode ter alguns, o que é relevante para sua existência e seu conteúdo.

De acordo ainda com o autor, a resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais.

Almejando uma resposta geral para tal indagação, ALEXY afirma que somente poderá ser garantido um direito à prestação se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente

³⁶⁹ Id.

³⁷⁰ Id.

³⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed. Traduzida por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 512.

aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração.³⁷²

Conclui ALEXY que essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial a uma moradia simples, à educação fundamental e médica, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.³⁷³

No Brasil, conforme anteriormente abordado, embora não exista previsão expressa em sua Constituição ao mínimo existencial, grande parte dos doutrinadores, dentre eles Ingo SARLET e Teresa NEGREIROS, lecionam que a ausência de disposição expressa não subtrai essa garantia da Constituição da República de 1988. Para SARLET, o reconhecimento ao mínimo existencial apóia-se no princípio da dignidade da pessoa humana e em um núcleo essencial de direitos fundamentais.³⁷⁴

Nesse mesmo sentido, para PINHEIRO, “a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana envolve a proteção de um mínimo de subsistência. Tal dignidade, somente se verá assegurada, se Estado e sociedade moverem-se em direção a assegurar uma vida digna aos indivíduos”.³⁷⁵

Mas a garantia de uma vida digna ou de mínimo existencial, para muitos, significa provocar o Judiciário, para que este obrigue os Poderes Legislativo e Executivo a garantir esse mínimo existencial, que, na grande maioria das demandas judiciais, envolvem a garantia dos direitos sociais³⁷⁶.

Ao se realizar pesquisa jurisprudencial sobre o tema, facilmente é

³⁷² Id.

³⁷³ Id.

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais...**, p. 572.

³⁷⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos** ...p. 110.

³⁷⁶ José Afonso da SILVA, entende por direitos sociais: “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**...p. 289-290).

possível de se constatar que a justificativa do Poder Executivo, na grande maioria dos casos, é de que não possui orçamento para cumprir as decisões judiciais, ou pode-se dizer, não existe previsão orçamentária para garantir o mínimo existencial.

Exemplo clássico é o caso da disponibilização pelo Estado de medicamento que não está sendo distribuído pelo SUS e que possuiu um alto custo para o cidadão. São inúmeras as decisões sobre o tema.³⁷⁷

Os juízes todos os dias são obrigados a implementar, por meio de deferimento de medidas liminares, políticas públicas, e interferirem de certa forma no orçamento de um Município, para garantir a existência digna de um enfermo, por exemplo.

Várias críticas poderiam ser realizadas, afinal, justiciabilidade dos direitos sociais não seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes? A inexistência de previsão orçamentária? Será que aquela liminar, que deferiu a disponibilização do medicamento que possuiu um alto custo para o Município, não estaria prejudicando outros cidadãos?

Para responder tais questões, recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça decidiu que uma determinação judicial pode assegurar a efetivação de direitos fundamentais, mesmo que impliquem custos ao orçamento do Executivo.³⁷⁸

³⁷⁷ APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. DOENÇA CARDÍACA HIPERTENSIVA (CID C11). - Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal). - A responsabilidade solidária entre a União, os Estados-Membros e os Municípios pelo fornecimento gratuito de tratamento a doentes necessitados decorre de texto constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). - Orçamento. Necessidade de previsão orçamentária afastada frente ao dever constitucional de garantir a saúde dos cidadãos. Precedentes dessa Corte. - Determinação judicial de fornecimento de tratamento médico que não infringe o princípio constitucional da independência dos Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar lesão a direito - artigo 5º, XXXV da Constituição Federal -. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70028437960, Relatora Matilde Chabar Maia, dj. 25.06.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 19 de fevereiro de 2009).

³⁷⁸ Nestes termos, já havia decidido a Min. Denise Arruda: "As doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional não verificada no caso concreto". (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 816064, decisão monocrática, Ministra. Denise Arruda, dj 04.04.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009).

Esse foi o entendimento firmado no julgamento de uma Ação Civil Pública do Ministério Público de Santa Catarina, cujo objetivo principal era garantir que o Município de Criciúma atendesse crianças até seis anos de idade nas creches e pré-escolas.

Ao decidir sobre o tema, o Ministro Relator Humberto Martins ressaltou que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada um mero argumento. Para o ministro, a tese da reserva do possível³⁷⁹ — a qual se assenta na ideia de que a obrigação do impossível não pode ser exigida — é questão intimamente vinculada ao problema da escassez de recurso, resultando em um processo de escolha para o administrador.

O ministro Humberto Martins ainda pondera, ao afirmar que, “a realização dos direitos fundamentais, entre os quais se encontra o direito à educação, não pode ser limitada em razão da escassez orçamentária” e , “que os referidos direitos não resultam de um juízo discricionário, ou seja, independem de vontade política”.

A ementa do acórdão, de tão elucidativa, vale a pena ser transcrita.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na

³⁷⁹ Cabe mencionar a distinção doutrinária entre reserva do possível fática e jurídica. “A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica” (GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 217)

ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.³⁸⁰

Com esse entendimento, firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é e não pode ser uma opção do governante, pois não se encontra dentro de um juízo discricionário e nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política e previsão orçamentária.

De acordo ainda com o relator, “aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”.

Contudo, se no âmbito público a justificativa era e continua sendo a ausência de recursos financeiros, no âmbito privado, a justificativa utilizada para questionar as decisões judiciais são, em resumo, as previsões contratuais (ausência de cobertura³⁸¹), bem como a força obrigatória dos contratos e a quebra do equilíbrio contratual.³⁸² Mas, será que é possível garantir um mínimo existencial nos contratos?

³⁸⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.185.474 – SC, Relator Ministro Humberto Martins, dj. 29/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2010.

³⁸¹ No caso do direito à saúde, também já se registram casos de uma imposição – inclusive na esfera jurisdicional – de prestações materiais a entidades privadas, em favor de outros particulares. Isto se verifica com certa frequência (e, é claro, em determinadas circunstâncias e sob determinados pressupostos) em hipóteses envolvendo empresas mantenedoras de planos de saúde que, mesmo alegando não haver cobertura contratual, são obrigadas, com base nos direitos fundamentais à proteção do consumidor e à saúde constitucionalmente assegurados, a arcar com as despesas médico-hospitalares relativas a seus segurados. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais** ...p. 592.)

³⁸² DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA AUTORIZADA. AUSÊNCIA DE COBERTURA DA COLOCAÇÃO DE PRÓTESES INDISPENSÁVEIS PARA O SUCESSO DO PROCEDIMENTO.

1 - É legal em contrato de plano de saúde a cláusula que limite os direitos do consumidor, desde que redigida com as cautelas exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2 - Entretanto, se a colocação de próteses é necessária para o tratamento cirúrgico autorizado pela seguradora, é abusiva a cláusula que prevê sua exclusão da cobertura.

Recurso Especial provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 811.867/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Dj 22.04.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2010).

Para SARLET, “é precisamente no campo da eficácia direta nas relações entre particulares que o mínimo existencial – na sua dimensão prestacional – há que ter operatividade”³⁸³, pois, para o autor,

se uma eficácia “prestacional” já é possível até mesmo fora do âmbito do que tem sido considerado o mínimo existencial (poder-se-á aqui citar o exemplo atual da disponibilização, ainda que cogente, por imposta pelo poder público, de vagas – portando de um acesso a prestação no campo do direito à educação também por instituições particulares de ensino superior), o que não dizer quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas para uma vida com dignidade, com apoio também – mas como argumento adicional tão-somente – no princípio da solidariedade que, à evidência, não vincula apenas aos órgãos estatais, mas a sociedade como um todo.³⁸⁴

Dentro de uma perspectiva Civil-Constitucional, Teresa NEGREIROS parte do paradigma da essencialidade³⁸⁵ para garantir o mínimo existencial no contrato. A autora entende que “uma vez transposto para o contrato, qualifica o objeto contratual e, assim, delinea um regime jurídico que se traduza na primazia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais”.³⁸⁶

Para a teoria da essencialidade³⁸⁷, os bens devem ser classificados segundo a utilidade que eles representam para a pessoa que deles se serve.³⁸⁸

Mas “é importante reconhecer, que a tutela da dignidade da pessoa humana não se alcança em contraposição ou em detrimento da tutela do patrimônio”. Para NEGREIROS,

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais...** p. 592.

³⁸⁴ Id.

³⁸⁵ De acordo com a teoria de Teresa NEGREIROS, “o paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado.” De acordo ainda com a autora, esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria...** p. 334-335).

³⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria...**, p. 327 e sgs.

³⁸⁷ Para Ricardo Lobo Torres, é precisamente a noção de essencialidade o que diferencia os direitos sociais dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, embora não originalmente direitos fundamentais, adquirem esta condição “no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. Assim, mesmo no campo do direito à saúde haveria uma gradação, pois para o autor, “O grande problema do ‘direito à saúde’, por conseguinte, é definir os limites dentro dos quais é considerado *direito fundamental*, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero *direito social*, fora do campo do mínimo existencial”. (TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 133 e ss.)

³⁸⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos...**p. 119.

Da codificação aos dias de hoje, é possível identificar, a esse respeito, três momentos distintos: um primeiro momento em que a propriedade foi merecedora de tutela em bases individualistas, quando então a dimensão patrimonial parecia ser a mais importante (o que se explica, dada a homologia estabelecida entre propriedade e liberdade). A este primeiro estágio segue-se a emergência dos direitos da personalidade e, sobretudo, do reconhecimento de uma cláusula geral de tutela destes direitos da pessoa como tal – a dimensão existencial, praticamente inexistente nas primeiras codificações, conquista lugar de primazia nos Códigos e nas Constituições mais recentes. Finalmente, talvez seja o caso de afirmar que o momento, hoje, é o de compenetração de ambas as dimensões, sendo a tutela da propriedade um instrumento a mais para a tutela da personalidade.

É nestes quadros que se torna importante distinguir aquelas situações patrimoniais – especificamente as relações contratuais – qualificadas em função de sua utilidade existencial, como tal entendimento o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita.³⁸⁹

Isso quer dizer que a destinação do bem objeto do contrato é um elemento fundamental na determinação do relativo poder negocial dos contratantes e, por isso, deve ser levada em conta na solução do conflito de interesses que eventualmente sobrevenha.³⁹⁰

No desenvolvimento de sua teoria, NEGREIROS conclui com base na essencialidade, que “os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essências, estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável”.³⁹¹

No extremo oposto, “os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma”.³⁹²

Para a autora, essas são as premissas que fundamentam o estabelecimento do paradigma da essencialidade.

Tão importante quanto o critério da essencialidade, é o fato de se introduzir a pessoa no centro da contratação. Somente dessa forma seria possível a essencialidade assumir o papel instrumental do mínimo existencial frente à tutela do direito do consumidor. De acordo com PINHEIRO, esse papel instrumental ocorre em dois momentos distintos

³⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria...**p. 463.

³⁹⁰ Id.

³⁹¹ Id.

³⁹² Id.

Em um primeiro momento, com vistas a explicitar a vulnerabilidade daqueles que não se encaixam no paradigma de destinatário final, tecido pela doutrina e jurisprudência consumerista, a partir do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Em um segundo momento, para explicitar diferenças entre os próprios consumidores, escapando da vulnerabilidade como mera pressuposição indiscriminada e delineando seus contornos mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto.³⁹³

Com o critério da essencialidade aplicado na interpretação dos contratos e a pessoa no centro da contratação, o mínimo existencial, no que diz respeito à garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade³⁹⁴, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais e, portanto, vincula o próprio particular que, por consequência, “também acaba por gerar um correlato e direito dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte de outros particulares”.³⁹⁵

De fato, as consequências práticas que se podem alcançar por meio da argumentação fundada no paradigma da essencialidade e no princípio da dignidade humana são muitas, mas para tentar demonstrá-las, elege-se, no presente trabalho, o direito fundamental à moradia e o direito fundamental à saúde, visando, de forma sucinta, demonstrar de que maneira eles podem prevalecer, ou melhor, como eles podem atuar como limites à autonomia privada.

³⁹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos**....p. 119 a 131.

³⁹⁴ Visando garantir a satisfação das necessidades básicas, existem inúmeras decisões judiciais que impedem a penhora, mesmo que parcial, do salário de empregado. A título de exemplo, extrai-se do acórdão a seguinte argumentação: “o bloqueio ou a penhora de saldos bancários cria, no que tange aos vencimentos dos servidores e pagamento dos empregados de empresas privadas, riscos de violência ao mínimo existencial, agredindo o princípio da dignidade humana. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Agravo de Instrumento no 2008.04.00.007202-2/RS, Relator Otávio Roberto Pamplona. dj. 19.06.2008. <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009).

Os mesmos argumentos impediram que instituições bancárias debitasse valor superior a 30% sobre os vencimentos líquidos do devedor, em caso de empréstimos com descontos automáticos em conta corrente para amortizar o débito. Extrai-se do julgado a seguinte argumentação a este respeito: “Desse modo, preserva-se a eficácia dos contratos de empréstimos bancários celebrados entre as partes, bem como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial”. (RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2008.001.48760, Relatora Conceição Mousnier, dj. 25.09.08. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010).

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais**.... p. 595.

3.2.2 O Direito à Moradia no Contrato

Foi em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, quando, pela primeira vez e, na esfera internacional, os assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia, foram objeto de previsão expressa na condição de direitos humanos e fundamentais.³⁹⁶

Diante dessa previsão inaugural, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, onde, no artigo 11, consta que "os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida."

Já no Direito Constitucional brasileiro, em que pese o direito à moradia ter sido incorporado ao texto da nossa Constituição vigente, foi apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que ocorreu o acolhimento expresso no artigo 6º³⁹⁷, conferindo à moradia contornos de direito social.

Em que pese o que foi exposto, para SARLET, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana

³⁹⁶ De acordo com o artigo 25 da Declaração: "todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."

³⁹⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

(...) já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial.

Por outro lado, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, tendo em conta ser o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente (e isto por si só já bastaria) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já formalmente incorporado ao direito interno, e partindo-se da premissa largamente difundida pela melhor doutrina da hierarquia constitucional destes tratados, poder-se-á sustentar que o direito à moradia já era até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental.³⁹⁸

Feitas algumas considerações sobre a trajetória que teve como resultado a inserção do direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, percebe-se, ao longo do tempo que, além de algumas alterações na esfera legislativa, ocorreu um aumento significativo do número de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia na sua condição de direito fundamental social.³⁹⁹

Realizando uma análise da experiência brasileira, SARLET elucida que o direito à moradia acabou assumindo uma posição de destaque na discussão em torno da proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar:

(...) após uma série de decisões judiciais - inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - vedando a penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, por ora no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação. Tal decisão diz respeito a um número expressivo de situações concretas e a vida de inúmeras pessoas, sem falar na sua conexão com casos semelhantes, como ocorre com a previsão legal da penhora em se cuidando de dívidas condominiais, assim como nos casos de execuções promovidas pela fazenda pública, dentre outros. Por outro lado, em se considerando a jurisprudência do STJ, notadamente a recente Súmula de nº 364, verifica-se que esse Tribunal tem buscado, em diversas situações, ampliar a proteção legal conferida ao assim chamado “bem de família”, assegurando tal tutela mesmo ao devedor solteiro (incluindo viúvos e descasados), isto apenas para ilustrar a questão mediante recurso a um exemplo recentíssimo. Da mesma forma, ainda no campo da assim designada função defensiva (negativa), vale colacionar os casos de proteção da moradia contra despejos arbitrários, reintegrações de posse, ou qualquer outro modo de restrição ou violação do direito à moradia por ação ou mesmo omissão.⁴⁰⁰

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: Notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** - RBEC, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92. p. 59.

³⁹⁹ Id. p. 60.

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos...**p.

Nessa perspectiva, o bem de família revela uma ruptura com a classificação tradicional dos bens, e em razão das necessidades humanas elementares, revela-se a garantia de um mínimo existencial.⁴⁰¹

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I. Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cediço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social.

II. A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

III. Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeição aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina.⁴⁰²

Tamanha repercussão, o “bem de família”⁴⁰³ foi objeto da súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

O ministro Humberto Gomes de Barros, ao julgar o Recurso Especial n.º 450.989⁴⁰⁴, destacou que a Lei Nº 8.009 não visa apenas à proteção da

⁴⁰¹ NEGREIROS, Teoria..., p. 433.

⁴⁰² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 218.882/SP, Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, dj 02.09.1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de maio de 2007.

⁴⁰³ Criado pela Lei Nº 8.009 de 1990, o Bem de Família é definido como o imóvel residencial do casal ou unidade familiar que se torna impenhorável para pagamento de dívida.

⁴⁰⁴ "PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário."(EREsp 182.223-SP, Corte Especial, DJ de

entidade familiar, mas de um direito inerente à pessoa humana: o direito à moradia. Nesse processo, uma pessoa residia sozinha no imóvel, não tendo sido considerada protegida pela 8.009. No entendimento do ministro relator, entretanto, a proteção deve ser estendida para esses casos, agora garantidos pela súmula.

Não resta dúvida que é íntima e indissociável a vinculação com a dignidade da pessoa humana, resultando de forma inequívoca que o direito à moradia reflete um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna.⁴⁰⁵

Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida e, nessa perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana), é sustentada a sua inclusão⁴⁰⁶ no rol dos direitos de personalidade.⁴⁰⁷

Nesse sentido, é importante referir também o Comentário Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datado de 13 de dezembro de 1991, que versa sobre o direito à moradia adequada (mínimo).

Nesse documento, o parágrafo 8º, expressa o que constitui uma moradia adequada:

07/04/2003). (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 450.989/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, dj. 07.06.2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009).

⁴⁰⁵ De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. (SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos...**p. 61).

⁴⁰⁶ De opinião divergente, Paulo LÔBO, sustenta que “A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para se alcançar essa relevância jurídica, pois os direitos da personalidade, ambientados nas relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais, porque corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos da personalidade.”(LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137).

⁴⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. “Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro”, in: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros (Org), **Diálogos sobre Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81 e ss., identifica no direito à moradia uma dimensão essencial à personalidade humana, consignando que “a não-habitação ou habitação das ruas representa não apenas a perda da moradia, mas a perda da própria condição de pessoa”, bem explorando esta perspectiva.

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.⁴⁰⁸

É claro, que os Estados não podem satisfazer imediatamente todos os elementos que integram o conteúdo do direito a uma moradia adequada. Trata-se de direito de satisfação progressiva, mas que, de modo algum, pode ser confundido com postergação eterna das obrigações estatais. Há a obrigação, ao menos, de satisfazer o mínimo dessas condições pelo Estado.

Para SARLET, tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos.⁴⁰⁹

Definidos os critérios para uma moradia adequada, - em que pese o direito à moradia possua duas dimensões (negativa e positiva⁴¹⁰), a que possui

⁴⁰⁸ Disponível em <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>. Acesso em 02.02.2010.

⁴⁰⁹ SARLET ainda acrescenta “que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada”. (**O direito fundamental à moradia aos vinte anos...**p. 61)

⁴¹⁰ Na sua dimensão positiva ou prestacional, o direito à moradia implica um dever do Estado de editar normas jurídicas para efetivar o direito, e de promover a satisfação do interesse mediante atuação judicial ou administrativa. Nesse sentido, deve-se atuar contra a falta e a subcondição da moradia, utilizando instrumentos legais, administrativos e financeiros, tais como: confisco e distribuição de terras, desapropriações, assentamentos, regularização fundiária, facilitação de financiamentos e da usucapião, criação, implementação e destinação de recursos públicos para políticas públicas habitacionais, parcelamento do solo e edificação compulsórios, imposto progressivo sobre a propriedade predial e territorial urbana e legislação sobre as locações residenciais, dentre outros meios. Ou seja, para assegurar o acesso à moradia “existe um elenco de alternativas que não pode ser prévia e definitivamente estabelecido, cuidando-se, em suma, de questão necessariamente aberta ao debate e carente

maior relevância para a presente dissertação diz respeito à dimensão negativa – o que torna imperioso abordar de que forma o direito à moradia, por meio da jurisprudência brasileira, está sendo cancelado pelo poder judiciário brasileiro.

No âmbito da dimensão negativa, constata-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial.⁴¹¹

Nas relações entre particulares, nas quais o direito à moradia, notadamente na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e aplicabilidade, igualmente são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, como pode ocorrer precisamente numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino.⁴¹²

Justamente nessa perspectiva se enquadra, por exemplo, a discussão em torno da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia para o devedor e/ou sua família, que constitui justamente o exemplo a seguir.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a impenhorabilidade do imóvel com fundamento da continuidade da entidade familiar. De acordo com informações extraídas do acórdão, o falecido pai da recorrente possuía uma dívida junto a um respectivo banco, decorrente de um contrato de mútuo, o qual foi executado judicialmente.

Durante a execução foi realizado levantamento de bens do devedor, sendo constatada a existência apenas do imóvel em que ele residia na companhia de sua filha, ora recorrente.

Após o falecimento do devedor, o banco postulou a penhora do imóvel, o que foi deferido pelo Juízo da execução, gerando a irresignação da

de desenvolvimento” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 187).

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos...**p. 61.

⁴¹² Id.

recorrente, que alega a proteção do bem de família, uma vez que o imóvel continuou sendo utilizado para moradia da entidade familiar da recorrente, mesmo após a morte de seu pai.

Vejamos a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM DE FAMÍLIA. MORTE DO DEVEDOR. FILHA QUE CONTINUA A RESIDIR NO IMÓVEL. PROTEÇÃO LEGAL A ENTIDADE FAMILIAR. PERMANÊNCIA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

A proteção ao bem de família, cujo assento constitucional está previsto no direito social à moradia (art. 6º da CRFB), constitui materialização da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana, assegurando o chamado mínimo existencial, como afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse compasso, o fato de o devedor/proprietário ter falecido não altera a finalidade residencial do bem, devendo permanecer a proteção legal em favor dos demais integrantes da entidade familiar que continuam a residir no imóvel.

Interpretação que se entende mais consentânea com a realidade atual, garantindo efetiva e real proteção a entidade familiar, a qual não se extingue com a ausência de um de seus componentes.

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. PREJUDICADO O APELO DO BANCO. UNÂNIME. ⁴¹³

Entendeu o relator do Recurso de Apelação Cível que a questão nodal da lide residia na discussão sobre a continuidade da proteção legal prevista na Lei n.º 8.009/90, após a morte do devedor/proprietário do imóvel.

De acordo ainda com os argumentos utilizados pelo relator, “o fato de o devedor/proprietário ter falecido não altera a finalidade residencial do imóvel, devendo permanecer a proteção legal em favor dos demais integrantes da entidade familiar que continuam a residir no bem”.⁴¹⁴

Atualmente, o tema que gera um maior desconforto, ou em outras palavras, uma maior tensão entre os locadores de imóveis, é a problemática inserida na possibilidade ou não da penhora do bem de família do fiador.

Para PINHEIRO, “há uma tensão valorativa entre mercado e pessoa. De um lado, os interesses do mercado, representados pela prevalência do direito de crédito do locador que agrega consigo valor tão-somente patrimonial; de outro, os interesses da pessoa, representados pelo direito à moradia do fiador, que agrega um valor existencial, mensurado por sua dignidade”.⁴¹⁵

⁴¹³ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70026431627, Relator Pedro Celso Dal Prá, dj. 23.10.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009).

⁴¹⁴ Id.

⁴¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos....**p. 130.

A tensão surge em virtude da exceção a impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 3º, da Lei 8.009/90. Toda discussão passa pela aplicabilidade ou não do direito à igualdade e o direito à moradia no caso do fiador.

Diante de algumas decisões em sentido contrário⁴¹⁶, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a exceção prevista no art. 3º da Lei 8.009/90, não ofende, não viola o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal:

FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INC. VII, DA LEI 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91.

Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.⁴¹⁷

O voto vencedor, proferido pelo relator Min. Cezar Peluso, sustentou a constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador, fundamentando seu voto na prevalência do direito à moradia do locatário, desvinculado do direito de propriedade, sob pena de romper o equilíbrio do mercado imobiliário.

Para o relator, “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para a locação residencial, como conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.”

⁴¹⁶ CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 449657/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, d.j 09.05.2005. Disponível em <http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009).

⁴¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, Relator Ministro Relator Cezar Peluso, dj. 06.10.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de maio de 2007.

Em que pese a excelência jurídica dos argumentos que fundamentaram a referida decisão e os motivos que levaram o legislador a prever tal exceção na Lei 8.009/90, tal entendimento vai de encontro a Teoria do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson FACHIN.⁴¹⁸

Assim como nos votos divergentes, contrários à penhora do bem de família do fiador, FACHIN entende que, “a existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.”⁴¹⁹

Com amparo no princípio da igualdade substancial, suscita-se, no reconhecimento das desigualdades materiais, um novo sentido de patrimônio, pois, para FACHIN, “a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um Direito Civil repersonalizado – o qual tão só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional.”⁴²⁰

Nos mesmos termos, o Min. Eros Grau, em voto divergente ao do relator e portanto vencido, defendeu a incidência do princípio da igualdade e da não aplicabilidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador, nos seguintes termos:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades, de sorte a prover à sua subsistência. Ai, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade da Constituição de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitações adequadas, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Acompanhando o voto do Min. Eros Grau, o Min. Celso de Mello também divergiu do voto do relator, entendendo também pela impossibilidade de se penhorar o único bem de família do fiador, por entender que:

⁴¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico...** p. 298-299.

⁴¹⁹ Id.

⁴²⁰ Id. p. 269.

A “ratio” subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser penhorado, muito embora o fiador – que se qualifica como garante meramente subsidiário (CC, art. 827) – possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falecer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa mesma constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Nesse mesmo sentido, FACHIN elucida que a penhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação suscita uma colisão de valores: “entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, opta-se por esta que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência.”⁴²¹

Para o autor, a garantia de um patrimônio mínimo encontra-se ancorada na dignidade da pessoa humana. Em face dessa vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia integra parâmetros mínimos para uma vida saudável, tomando lugar em um conjunto de direitos que compõe o mínimo existencial.⁴²²

Mas, lamentavelmente, por maioria de votos, não foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que considerou que a penhora do único bem de família do fiador não viola o art. 6º da Constituição Federal de 1988.

3.2.3 O Direito à Saúde no Contrato

A Constituição Federal de 1988, seguindo os passos da Declaração Universal de Direitos Humanos⁴²³, situa-se como marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil, consagrando, também, as garantias e direitos fundamentais e a proteção de

⁴²¹ FACHIN, **Estatuto jurídico**..., p. 184.

⁴²² SARLET, **A eficácia**..., p. 331-332.

⁴²³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10.12.1948, pela Organização das Nações Unidas resgatou os ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade, tornando-se um marco de grande relevância, por promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A declaração delinea tanto os direitos civis e políticos (art. 3º a 21) como os direitos sociais, econômicos e culturais (art. 22 a 28).

setores vulneráveis da sociedade brasileira, ao asseverar os valores da dignidade da pessoa humana,⁴²⁴ como imperativo de justiça social.

No sistema constitucional positivo brasileiro, todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressamente ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da Constituição Federal de 1988 (direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regulamente firmados e incorporados pelo Brasil.⁴²⁵

A saúde está, assim, organizada sistematicamente na Seção II, sendo concebida ao lado da previdência e assistência social, como um dos três grandes programas definidos no Capítulo da Seguridade Social. Tais programas estão ordenados individualmente, mas orientados de modo integrado, ressaltando que a saúde, assim como a assistência social, consiste em sistema protetivo a ser garantido pelo Estado, sem estar condicionado ao pagamento de contribuição prévia pelo cidadão.

Além disso, a temática da saúde percorre diversos pontos do Texto Constitucional. É mencionada expressamente como um direito social (art. 6º, caput) e como garantia no âmbito das relações de trabalho (art. 7º, XXII). A Constituição também trata de estabelecer competências, comuns e concorrentes, para a União, Estados e Municípios para dar consecução às políticas públicas de saúde (arts. 23, II; 24, XII; e 30, VII), fixando sua forma de financiamento (arts. 165, III; 167, IV; 195; 198, §§ 1º a 3º; e 212, §4º), bem como determinar a adoção de programas particularmente voltados para crianças e adolescentes, idosos e portadores de deficiência (arts. 208, VII; e 227, §1º).

⁴²⁴ “A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988**. 5ª edição. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2007. p. 62).

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial”**... p. 560.

Saúde, portanto, é um direito social básico, fundada nos princípios da universalidade, equidade e na dignidade da pessoa humana.

Conforme já mencionado no item anterior, a dignidade da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada, é o fundamento norteador de todo o sistema constitucional vigente e, para respeitá-la, é preciso assegurar também os direitos sociais.

Pois bem, com a Carta Magna de 1988, o direito à saúde, apesar de já ser consagrado como um direito fundamental de todo cidadão, passou a ser um dever do Estado, devendo estar plenamente inserido nas políticas públicas governamentais.

Nesse sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções.

Cabe salientar, ainda, que a saúde, como bem de grande relevância à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante aos ditames da justiça social.

Tal conclusão não poderia ser diferente, se for realizada a interpretação conjunta dos artigos 170 e 193 da referida Lei Maior, dispondo em seus artigos 196, 197 e 199, a saber:

Art. 196 - "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Art. 197 - "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

Art. 199 - "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada".

Ressalta-se, que o legislador, diante da grande evolução do país, previu a impossibilidade de o Estado desempenhar de forma autônoma o referido dever constitucional⁴²⁶, e acabou por permitir que a assistência à saúde também fosse prestada através da livre iniciativa, ou seja, por meio dos particulares.

A prestação dos serviços em saúde pode ocorrer pelo Estado (de forma direta) ou pela iniciativa privada e, por consequência, não havendo monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de assistência à saúde, à medida que o setor privado a eles também pode ter acesso. No entanto, dada sua relevância pública, as ações e serviços de saúde devem ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público, consoante dispõe o art. 197 da Constituição Federal de 1988.

O marco regulatório do mercado da saúde suplementar é fato recente no ordenamento jurídico brasileiro. Até então, o mercado de saúde suplementar atuava sem estar subordinado a uma legislação específica.

Somente no final da década de noventa, com a entrada em vigor da Lei 9.656, de 03.06.1998, e das Medidas Provisórias que sucessivamente a alteraram, a normatização específica passou a existir⁴²⁷.

De acordo com Maria Stella GREGORI, “os fins dos anos 80, com desdobramento para a década de 90, foram marcados pelo crescimento da comercialização de planos individuais e familiares. Em alguma medida, esse processo se deu por conta do paulatino aumento do mercado informal do trabalho e também pela crise fiscal e financeira do Estado brasileiro”.⁴²⁸

⁴²⁶ O fato é que justamente o avanço da globalização e o impacto de seus efeitos colaterais de cunho negativo, como é o caso do incremento dos níveis de exclusão social e de opressão por parte dos poderes sociais, cuja influência tem crescido vertiginosamente na mesma proporção em que o Estado se demite ou é demitido de suas funções regulatórias e fiscalizatórias, mediante a fragilização de sua capacidade de atuar efetivamente na proteção e promoção dos direitos fundamentais, revela o quão atual é a discussão em torno da eficácia social da Constituição e dos direitos Fundamentais para além das relações entre o Estado e os particulares. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais...**p. 578)

⁴²⁷ Os consumidores desse segmento, nas décadas anteriores, encontraram o suporte jurídico para o encaminhamento dos problemas advindos dos contratos, na legislação civil, em particular o Dec. Lei 73, de 21.11.1966, que dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, e nas tratativas conciliatórias, passando, posteriormente, a dispor do Código de Defesa do Consumidor para a salvaguarda de seus direitos. Mas ainda, assim, o Código de Defesa do Consumidor, em função de seu espectro geral na abordagem das relações de consumo, não tratava das peculiaridades que envolviam o setor de saúde. (GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007. p. 36)

⁴²⁸ Id. p. 31.

Ainda nessa época, houve também uma grande entrada no Brasil das grandes seguradoras internacionais que almejavam atuar no ramo de saúde, várias delas ligadas a grandes bancos.

Com a proliferação das entidades de medicina de grupo e seguradoras, foi aprovada a Lei 6.839, de 30.10.1980, que obrigou essas empresas a se registrarem junto aos órgãos competentes para a fiscalização do exercício profissional relacionado com sua atividade básica, no caso, o Conselho Federal de Medicina e os respectivos Conselhos Regionais em cada Estado.⁴²⁹

No início, e até hoje, o desequilíbrio contratual era regra. Sem uma normatização específica, a inexistência de um sistema de coordenação e fiscalização dessa atividade e também diante das dificuldades de financiamento e organização do sistema público, assistiu-se um crescimento desordenado desse setor, dando margem a toda sorte de abusos e ilegalidades contra os beneficiários dos planos de saúde existentes na época.

Somente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, as empresas e cooperativas de planos de saúde passaram a figurar como um dos assuntos de maior destaque nas denúncias por parte dos consumidores e, por consequência, cresceram e muito o número de ações judiciais em todo Brasil.

Diante do quadro caótico e instável da saúde (privada) no Brasil, o Estado foi instado a se manifestar e editou em 03 de junho de 1998 a Lei n.º 9.656, que passou a regulamentar os planos e seguros privados de assistência à saúde e, mais tarde, criou uma agência reguladora⁴³⁰, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS⁴³¹, para fiscalizar e regular o setor privado no país.

A lei n.º 9.656/1998 veio delinear a regulação dos planos e seguros privados de saúde sobre três aspectos principais: (1) o institucional, com a

⁴²⁹ Id.

⁴³⁰ De acordo com Leila CUÉLLAR “as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”. (CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 81)

⁴³¹ “A ANS, criada pela Lei 9.961, de 28.01.2000, tem como objetivo precípua a regulação, a normatização, o controle e a fiscalização das atividades que garantam a manutenção e a qualidade dos serviços privados de atenção médico-hospitalar ou odontológica prestados por intermédio da operação de planos de saúde. Além disso, também lhe compete a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país”. (GREGORI, op. cit. p. 61).

fixação de regras de entrada, permanência e saída das operadoras no mercado de saúde suplementar; (2) o econômico-financeiro, ao estabelecer normas relativas à solvência e liquidez dessas operadoras; (3) e o assistencial, mediante o disciplinamento da cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais.⁴³²

O item três é o que tem maior relevância para a presente dissertação, considerando que grande parte dos limites impostos à autonomia privada dos contratados (aqui leia-se fornecedores) diz respeito a questionamentos e discussões judiciais que dizem justamente a cobertura assistencial, abrangência dos planos, redes credenciadas, procedimentos e eventos cobertos e não cobertos, carências, doenças e lesões preexistentes e cumprimento de cláusulas contratuais.

Atualmente, pode-se dizer, em que pese o advento da Lei n.º 9.656/1998, que foi o Código de Defesa do Consumidor que protegeu e garantiu o tratamento adequado e a continuidade da vida de inúmeros consumidores frente ao planos de saúde.⁴³³

Tal fato decorre da inequívoca incidência da força normativa da Constituição no Direito Privado e da flagrante eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares.

Oportuna são as considerações realizadas por Claudia Lima MARQUES a respeito desse assunto:

Queira-se ou não, a verdade é que a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), como 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 exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, etc.⁴³⁴

A autora ainda aduz que o fato de um dos sujeitos da relação contratual ter recebido direitos fundamentais, ao ocupar o papel de consumidor,

⁴³² Id. p. 136.

⁴³³ Id.

⁴³⁴ MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código...**p. 257.

influencia diretamente a interpretação da relação contratual pactuada pelas partes. O contrato de consumo passa a ser um ponto de encontro de direitos individuais, sendo que os direitos dos consumidores *stricto sensu*, em especial, das pessoas físicas, são direitos da mais alta hierarquia constitucional, direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea, portanto imutáveis.⁴³⁵

Dessa feita, o particular, autorizado a prestar os serviços médicos e de saúde, pelo Estado, possui os mesmos deveres deste, consistentes no fornecimento de assistência médica para os aderentes dos respectivos serviços, por mais que estes não estejam pactuados no contrato de prestação de serviços.

Ademais, partindo dessa previsão constitucional, o fato de a assistência à saúde afigurar-se livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de conceder ao conveniado assistência integral, à vista de não se constituir como absoluta a liberdade econômica.

Buscando coibir abusos deflagrados contra os particulares, a Constituição de 1988 identificou os consumidores como pessoas mais vulneráveis e que deveriam ser protegidas pelo Estado.

Tal conclusão se confirmou, diante da ordem dada pelo Constituinte, para que o legislador elaborasse o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proteger esses sujeitos de direitos especiais, o que acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas desse sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.⁴³⁶

O Código de Defesa do Consumidor, ao consagrar os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da vulnerabilidade, trouxe importantes inovações no âmbito das relações contratuais, permitindo, portanto, o

⁴³⁵ Id. p. 259

⁴³⁶ O contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º, da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º c/c art. 170, V da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal). (MARQUES, op. cit. p. 257 e 258).

restabelecimento de uma igualdade e um equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor.

No Brasil, a prestação de serviços de assistência à saúde é oferecida aos consumidores por meio de um contrato de adesão⁴³⁷, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor.

Essa contratação gera obrigações recíprocas, em que o consumidor assume o compromisso de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, ao passo que a este cabe prestar o serviço de cobertura dos procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos, quando o consumidor deles necessitar.

Por vigorarem por tempo indeterminado e serem de execução continuada, os contratos são chamados de trato sucessivo.

MARQUES define, entre os contratos com essa característica, os planos privados de assistência à saúde, previdência privada, cartão de crédito etc., classificando-os como contratos cativos de longa duração:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de 'catividade' ou 'dependência' dos clientes, consumidores.⁴³⁸

Nos contratos de planos privados de assistência à saúde, o consumidor paga um preço fixo por uma expectativa da prestação dos serviços de cobertura assistencial, em patamares previamente estipulados pelo fornecedor, com a possibilidade real de nem mesmo utilizar os procedimentos médicos e hospitalares contratados.

O contrato se justifica, no entanto, para dar segurança ao consumidor de que, caso ocorra o evento, terá assegurada a cobertura contratada. É também nesse mesmo sentido o entendimento de Cláudia Lima MARQUES:

Trata-se, igualmente, de contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores – clientes ou de seus dependentes.

⁴³⁷ De acordo com o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁴³⁸ Contratos, p. 91

(...)

Em outras palavras, a prestação nos contratos de assistência médica ou de seguro-saúde, quando necessária, deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se espera, fim contratual muito mais exigente do que a simples diligência.

Neste sentido, a relação contratual básica do seguro-saúde é uma obrigação de resultado, um serviço de que deve possuir a qualidade e adequação imposta pela nova doutrina contratual. É obrigação de resultado porque o que se espera do segurador ou prestador é um fato, um ato preciso, um prestar serviços médicos, um reembolsar quantia, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos esforços (diligentes ou não) para obter os atos e fatos contratualmente esperados.⁴³⁹

Dessa forma, conclui-se que se a relação contratual básica do seguro-saúde é uma obrigação de resultado, o serviço deve possuir a qualidade e adequação imposta pela nova doutrina contratual.⁴⁴⁰

Mas, adequação e qualidade do serviço nem sempre são usufruídas pelo consumidor. Inúmeras são as cláusulas abusivas inseridas nos contratos de planos de saúde, inúmeras também são as limitações impostas nos contratos para os consumidores, que, quando mais precisam de um tratamento adequado a sua enfermidade, recebem, em contrapartida, respostas negativas de seus planos de saúde.

Conforme será analisado adiante, a jurisprudência pátria tem constantemente se manifestado a respeito e, em cem por cento das decisões, aplica o Código de Defesa do Consumidor para dirimir os conflitos entre fornecedor e consumidor de planos de saúde.

Quando invocado, cabe ao Poder Judiciário impor certos limites aos fornecedores, que, por conta do alto custo de alguns tratamentos, acabam negando a cobertura aos consumidores. Limites esses facilmente encontrados no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e na garantia de um mínimo existencial⁴⁴¹.

No que se refere à adequação do serviço acima referida, o artigo 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é bastante claro e preciso ao

⁴³⁹ MARQUES, op. cit., p. 489-490.

⁴⁴⁰ Id.

⁴⁴¹ No Recurso Especial no 466.667/SP, entendeu-se que a aplicação de cláusula de carência estabelecida em contrato de prestação de saúde merece temperamento frente à ocorrência de circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento emergencial de doença grave que, se não prestado a tempo, tornará inócuo o próprio fim do pacto celebrado – a manutenção da vida. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** Recurso Especial nº 466667/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ. 17.09.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009).

estabelecer a necessidade de adequação dos serviços à expectativa legítima do consumidor. Nesse sentido, oportuno transcrever julgado do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - UNIMED - REVASCULARIZAÇÃO CORONÁRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - IMPLANTE DE "STENTS" POR INDICAÇÃO MÉDICA - COBERTURA PREVISTA NO PLANO DE SAÚDE - REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO PRESENTES - DISPENSA DE CAUÇÃO - POSSIBILIDADE - AGRAVO DESPROVIDO.

1. A indicação criteriosa por médico especialista sobre a absoluta necessidade do implante, traz a verossimilhança e o fundamento da demanda.
2. A grave situação médica, que necessita de implante cardíaco, por si só já indica a possibilidade de lesão grave ou de dano de difícil reparação e o justificado receio de ineficácia do provimento final.
3. A prestação de caução deve obedecer a critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, que inexistem em casos onde o bem jurídico ameaçado (a vida) é de valor imensamente maior que o bem que a caução pretende garantir (o patrimônio). A prestação de caução é ato discricionário do juiz, que pode deixar de determiná-la quando entenda que a reversibilidade pode ser conseguida de outro modo.
4. Agravo a que se nega provimento.⁴⁴²

Em Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, interessante argumentação foi tecida. Tratava-se de paciente acometido de moléstia grave, com necessidade de assistência médica constante e em nível nacional. O relator, então, examinou a questão dos contratos de saúde cativos, de longa duração, que vinculam contratante, contratado e beneficiários por longo tempo⁴⁴³ e assim se expressou:

O Estado liberal de antes, preocupado apenas em proteger o indivíduo isoladamente considerado e sua propriedade, cede espaço ao estado social interventor e provedor de tudo e de todos, e este, por sua vez, a um modelo intermédio, de um estado regulador, que intervém nas relações privadas quando necessário a assegurar a satisfação das necessidades básicas – mínimo existencial – em ordem a implementar uma sociedade mais livre, justa e solidária. A intervenção nos contratos é gradual e proporcional ao relevo das necessidades humanas postas em jogo e são alcançados em cheio por políticas intervencionistas aqueles contratos que põem em jogo as

⁴⁴² PARANÁ. **Tribunal de Alçada do Paraná**. Agravo de Instrumento nº 0233245-4, Relator Paulo Hapner, dj. 07.12.2004. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

⁴⁴³ Cláudia Lima Marques defende a importância de, nas relações contratuais (especificamente planos de saúde e planos funerários), ser concedida maior proteção aos direitos fundamentais das pessoas idosas. Os idosos são vulneráveis, tanto fisicamente, quanto na condição de consumidores. Considerando que tais contratos são de longa duração, defende a implantação de “ações afirmativas” no sentido de priorizar a manutenção do vínculo, afastar cláusulas-barreira, prestar informações claras quanto aos reajustes em cada faixa etária, dentre outras alternativas que protejam a expectativa depositada por essa especial classe de contratantes. (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. p. 185-222).

condições mínimas de bem-estar dos contratantes. Ao contrário, contratos que não interfiram sobre essas condições mínimas, são regidas por uma disciplina menos intervencionista, sendo aí ampliada a liberdade de contratar. Assim, os contratos que envolvam a aquisição de bens ou serviços considerados essenciais, se sujeitam a um regime tutelar próprio que vai buscar sua justificativa na necessidade de proteção da parte mais vulnerável, em atenção ao princípio da igualdade material, ou factual que, nas palavras de Alexy, se constitui, *ultima ratio*, em autêntico pressuposto da liberdade efetiva que a todos assiste em decorrência da singela condição de ser e devir, e que a lei constitucional consagra com as galas de princípio estruturante do próprio Estado de Direito Democrático, comprometido não só com o respeito, mas com a proteção, promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais.⁴⁴⁴

De igual forma, o Código de Defesa do Consumidor determina, em seu artigo 47, que as cláusulas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao destinatário do serviço. Observe-se o art. 47: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Nesse sentido, oportuna a transcrição da doutrina de Claudia Lima MARQUES a respeito do tema:

A nova proteção contratual assegurada através da norma de interpretação do art. 47 do CDC traz como grande contribuição o fato de não distinguir, como até então fazia a jurisprudência, entre cláusulas claras e cláusulas ambíguas. Nesses casos, a jurisprudência brasileira geralmente lança mão não só do recurso de interpretação mais favorável ao consumidor, com base no art. 47 do CDC, mas também da idéia de interpretação do contrato teoricamente, com cláusulas claras, conforme sua função econômica. Logo, as cláusulas claras serão interpretadas conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores, conforme as imposições da boa-fé.⁴⁴⁵

Nessa seara, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, por meio da aplicação do art. 47 do CDC, reconheceu o direito de reembolso ao consumidor:

APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - EXAME "PET SCAN" (TOMOGRAFIA POR EMISSÃO DE POSÍTRONS) - NEGATIVA DE COBERTURA, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS) - ILEGALIDADE - RELAÇÃO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA, QUE TRAZ APENAS A REFERÊNCIA BÁSICA DOS PROCEDIMENTOS MÍNIMOS A SEREM ASSEGURADOS - PROCEDIMENTO NÃO EXCLUÍDO EXPRESSAMENTE PELO CONTRATO - AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 16, VI, DA LEI 9.656/98 - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - PLANO QUE PREVÊ A COBERTURA PARA O TRATAMENTO DA DOENÇA INVESTIGADA - DEVER DE ASSEGURAR A COBERTURA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MANUTENÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1 - A Resolução nº 82/2004, da ANS, invocada pela ré, dispõe sobre procedimentos e eventos de saúde que constituem referência básica de cobertura obrigatória, nos

⁴⁴⁴ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro** Apelação nº 2008.001.29567, Relator Maurício Caldas Lopes, dj. 18.06.08. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010.

⁴⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. pág. 645.

termos do art. 4º, III, da Lei 9.961/00, e não de exclusão obrigatória, como pretende a operadora.

Seu objetivo foi estabelecer uma relação meramente exemplificativa, com os atendimentos mínimos aos usuários de plano de saúde privado, servindo apenas como referência, para que as operadoras de plano de saúde elaborem sua própria lista, não impedindo, por certo, o oferecimento de coberturas mais amplas.

Não se evidencia do contrato cláusula de exclusão expressa do exame "Pet Scan", tampouco dos procedimentos não constantes da Resolução nº 82/2004, da ANS, em afronta ao disposto no art. 16, VI, da Lei 9.656/98, e do princípio da transparência, trazido pelo artigo 54, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, não se olvidando, ainda, que a interpretação dos contratos de consumo deve ser feita visando à proteção do interesse do consumidor (art. 47, do Código de Defesa do Consumidor).

A par disso, considerando que há cobertura prevista no plano, para o tratamento da doença a ser diagnosticada, negar autorização para a realização de um exame mais moderno e eficaz, relacionado à própria doença, fere a finalidade básica do contrato, colocando o segurado em posição de extrema desvantagem.

2 - O valor fixado a título de honorários advocatícios deve ser mantido, já que assim o foi com razoabilidade, e em atenção aos critérios estabelecidos em lei.⁴⁴⁶

Extrai-se ainda do acórdão:

Dispõe o art. 16, da Lei 9.656/98 (planos e seguros privados de assistência à saúde), de forma expressa que dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos de saúde, devem constar dispositivos que indiquem com clareza, dentre outros, "os eventos cobertos e excluídos" (inv. VI).

Destaco, ainda, e a fim de corroborar o entendimento atrás alinhavado, que omissis o pacto, qualquer margem interpretativa ao contrato em comento deve-se resolver em favor do consumidor, nos termos do que dispõe o artigo 47, do Estatuto Consumerista, razão pela qual, também por este motivo, a tese aventada pela apelante não merece acolhida. Destarte, não se tratando de procedimento clara e expressamente excluído da cobertura contratual, esta é devida.

De outra ótica, denota-se que a doença que possivelmente o autor está acometido - neoplasia, CID 34.3 (fl. 17) - possui cobertura pelo plano de saúde, consoante se extrai do art. 1º do contrato, e legislações nele indicadas.

Portanto, negar-lhe autorização para a realização de um exame mais moderno e eficaz de diagnóstico e terapia, relacionado à própria doença, fere o princípio da boa-fé, equidade e razoabilidade, e a própria finalidade básica do contrato, ou seja, a preservação da saúde do segurado, colocando-o em posição de extrema desvantagem, em afronta ao art. 51, IV, e § 1º, II, do CDC.

Não se trata, aqui, de fazer com que a Cooperativa recorrente suporte encargos indevidos ou ofereça cobertura irrestrita, maculando o equilíbrio contratual, mas sim, de fazer com que ela esclareça suficientemente o usuário dos direitos que possui, segundo o plano de saúde por ele escolhido.

O que não se admite é que a apelante, deliberadamente, se obrigue a prestar determinado serviço e, posteriormente, não o satisfaça adequadamente.⁴⁴⁷

Observa-se que o relator, suscitou como finalidade básica do contrato, a preservação da saúde do segurado. Isto quer dizer que o direito à saúde, em que pese não tenha sido expressamente utilizado no referido acórdão, motivou de forma direta e mediata, a aplicação deste direito fundamental no contrato.

⁴⁴⁶ PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível nº 576.015-6, Relator Luiz Lopes, dj. 04/06/2009. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 02 de dezembro de 2009.

⁴⁴⁷ Id.

Corroborando o que foi exposto, o Poder Judiciário pode, ainda, utilizando-se do Código de Defesa do Consumidor, considerar cláusulas previstas em contratos de planos de saúde abusivas, por ferir os princípios da boa-fé e da equidade, em face do que dispõe o inciso IV, e § 1º, II, do art. 51 do referido diploma legal:

"Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o objeto ou equilíbrio contratual".

A título de exemplo, a cláusula que limita tratamento pode e deve ser considerada nula por contrariar a boa-fé, criando um desequilíbrio no contrato ao restringir o tratamento de saúde que necessita o consumidor.

Inúmeras são as decisões a esse respeito, e a maioria dos Tribunais brasileiros estão sendo unânimes nas decisões sobre a impossibilidade de limitação do tratamento a ser dispensado ao consumidor em virtude de cláusulas abusivas dos contratos de planos de saúde.⁴⁴⁸

A problemática sobre o tema da impossibilidade de limitação do tempo de tratamento foi tão debatida nos tribunais brasileiros, que para dirimir o

⁴⁴⁸ APELAÇÃO - COBRANÇA DE PLANO DE SAÚDE - APLICABILIDADE DO CDC - LIMITAÇÃO DO TEMPO INTERNAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - IMPOSSIBILIDADE. Aplicável é o CDC nos contratos de plano de saúde, vez que a administradora do plano se enquadra na figura de fornecedora, já que presta serviços médico-hospitalares de forma direta ou indireta, mediante remuneração. A cláusula que estipula limite de tempo de internação a beneficiário de plano de saúde é abusiva, sendo nula de pleno direito, a teor do art. 51, IV, do CODECON, isto porque não compete ao paciente estipular o tempo que ficará internado, sendo tal estipulação feita pelo médico responsável. (MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n.º 1.0024.03.990131-9/001, Relator Antônio de Pádua, d. j. 25.07.2006. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 01 de outubro de 2009).

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL. ATENDIMENTO PSIQUIÁTRICO. SÚMULA 302 DO STJ. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROCEDÊNCIA MANTIDA. A cláusula contratual que prevê a limitação da internação hospitalar é considerada abusiva, consoante entendimento já pacificado e teor da Súmula 302 do STJ. Afastaram a preliminar e negaram provimento ao agravo retido e ao apelo. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Nº 70027469790, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 25.03.2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010).

assunto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 302⁴⁴⁹, utilizada no julgado abaixo colacionado:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA DO TEMPO DE INTERNAÇÃO EM UTI. ABUSIVIDADE MANIFESTA. SÚMULA No 302/STJ. COMUNICAÇÃO DE QUE O PRAZO DE INTERNAÇÃO ESCOOU. NÃO-INTERRUPÇÃO DO TRATAMENTO MÉDICO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. PREJUÍZO PATRIMONIAL NÃO-DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento segundo o qual são abusivas as cláusulas de contrato de plano de saúde limitativas do tempo de internação, "notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum". Súmula 302/STJ.

2. No caso, porém, a recusa da empresa de saúde não foi materializada por nenhum ato concreto. Limitou-se a prestação de informações de que o plano de saúde não cobria internações em UTI superiores a 10 (dez) dias, sem interrupção do tratamento médico da segurada, não sendo capaz de infligir ao autor sofrimento ou dor moral relevantes além daqueles experimentados pela própria situação de enfermidade pela qual passava sua esposa.

3. Por outro lado, o autor não experimentou qualquer prejuízo pecuniário concreto, mas apenas uma "cobrança amigável" do hospital. Ademais, as instâncias ordinárias não se manifestaram acerca da existência de qualquer dano material, não podendo esta Corte investigar a sua existência sob pena de afronta ao Verbete Sumular nº 7.

4. Especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, apenas para reconhecer a nulidade da cláusula contratual limitativa do tempo de internação.⁴⁵⁰

Mas, provavelmente a jurisprudência mais completa e que mais se aproxime do tema que está sendo tratado na presente dissertação seja o Recurso de Apelação Cível n.º 363059-9 de relatoria da Juíza Substituta de 2º Grau Astrid Maranhão de Cavalho RUTHES, julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná no ano de 2007.

No caso em exame, a relatora aborda de forma magistral todos os conceitos até aqui abordados, para reconhecer a abusividade de cláusula contratual que negava cobertura para utilização de próteses, sob a seguinte ementa:

⁴⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça. Súmula 302: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

⁴⁵⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 361.415-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, dj. 16.06.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

DIREITO CIVIL - CONSUMIDOR - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO MÉDICO - NEGATIVA DE COBERTURA - HERMENÊUTICA CONTRATUAL - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DA LEI 8.078/90 - VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO CONSUMIDOR - DESCONHECIMENTO DE TERMOS DE CONOTAÇÃO ACADÊMICO - CIENTÍFICO - ADOÇÃO DO CONCEITO DE HOMEM MÉDIO "BONUS PATER FAMILIAE" - AUSÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR QUANTO AO OBJETO E EXTENSÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES INSERTOS NO INSTRUMENTO DE TRÂNSITO JURÍDICO - RECONHECIDA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL - NULIDADE - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE - PREVALECIMENTO DO DIREITO BÁSICO À SAÚDE ARTIGO 6º DA LEI 8.078/90 -- FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO - PREEMINÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL, BOA FÉ OBJETIVA, DEVER DE COOPERAÇÃO E SOLIDARIEDADE CONTRATUAL - CLÁUSULAS ABERTAS - INTEGRAÇÃO JUDICIAL AXIOLÓGICA E VINCULATIVA AO CASO CONCRETO - INTELIGÊNCIA LEGAL DOS ARTIGOS 112 E 113 E 421 E 422 DO CÓDIGO CIVIL - VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA STANDART DO ORDENAMENTO JURÍDICO ARTIGO 1º, INCISO III, DA CF/88 - CONCEPÇÃO ÉTICO - JURÍDICA DO SER HUMANO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.□

1. O Estado Social e Democrático de Direito, tem obrigação de prestar assistência médica aos seus integrantes. Na evidente falta deste, o particular vê-se obrigado a contratar na modalidade adesão, plano de saúde privado, justamente na expectativa de melhor atendimento e emprego de técnicas novas, por este e outros motivos compromete parte de sua suada remuneração ou salário que percebe, não podendo obter negativa, diante cláusulas obscuras e contraditórias que visam apenas o intento de ganho, afastando-se do mandamento nuclear da dignidade da pessoa humana, na concepção, ético - jurídica do ser humano como sujeito de direito concreto.

2. Com a maciça utilização dos contratos de adesão, o contrato somente traduz na realidade a vontade de uma das partes contraentes, qual seja, a vontade da parte que redigiu as cláusulas contratuais, restando ao outro a simples adesão. Ainda, assim, não se pode afastar a necessidade do contrato cumprir com os interesses e expectativas da parte aderente.

3. "Cabe ao juiz impedir que seus efeitos se produzam, não permitindo que desvirtuem o espírito de cláusulas essenciais ou que tenham eficácia se não forem reconhecidas suficientemente pela outra parte aderente. Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão".

4. Desobserva, os deveres laterais ou acessórios de adimplemento contratual o fornecedor de serviços que não opera na conclusão e execução do contrato, com transparência e informação devida ao consumidor reputado na relação jurídica como vulnerável por definição e em muitos casos hipossuficiente, carente que é de conhecimentos técnicos para operacionalizar adequadamente sua declaração de vontade negocial.⁴⁵¹

Diante das peculiaridades do caso, entendeu a relatora que cabe ao Poder Judiciário adaptar-se a essa nova visão do direito contratual, reconhecendo não só que deve prevalecer o direito básico à saúde, mas também, que a vontade das partes na celebração do contrato (vontade esta anterior, contemporânea e posterior ao ajuste) deve ser preservada,

⁴⁵¹ PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível nº 363059-9. Relatora Astrid Maranhão de Cavalho Ruthes, dj. 24.05.2007. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

independentemente da redação do respectivo instrumento e em atenção ao princípio da conservação do pacto contratual, uma vez que geralmente a negativa de revisão da avença conduz ao inadimplemento contratual, que é prejudicial a ambas as partes contratantes, já que assim restarão frustradas as expectativas dos contratantes.⁴⁵²

Extrai-se ainda do acórdão que

O Estado Social e Democrático de Direito, tem obrigação de prestar assistência médica aos seus integrantes. Na evidente falta deste, o particular vê-se obrigado a contratar na modalidade adesão, plano de saúde privado, justamente na expectativa de melhor atendimento e emprego de técnicas novas, por este e outros motivos compromete parte da suada remuneração ou salário que percebe, não podendo obter negativa, diante cláusulas obscuras e contraditórias que visam apenas o intento de ganho afastando-se da dignidade da pessoa humana, na concepção, ético - jurídica de pessoa como sujeito de direito concreto.⁴⁵³

Por derradeiro, visando contribuir com o que foi exposto, subscreve-se o entendimento do Min. Celso Mello, quando no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em tudo auto-explicativo, que reflete de forma irretocável a importância de uma existência digna e saudável do paciente frente a interesses financeiros

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da república (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.⁴⁵⁴

O consumidor, ao contratar um plano de saúde, tem a legítima expectativa de receber um atendimento adequado e eficaz quando necessitar.

No momento em que direitos fundamentais como a vida ou saúde estão em risco, situação que por si só acarreta uma sobrecarga emocional, os consumidores têm de ingressar em juízo para obter a assistência médica que acreditavam fazer *jus* desde o momento em que celebraram contrato de prestação de serviço com a empresa que comercializa planos de saúde.

Nesse caso, o Poder Judiciário não pode ser complacente com os abusos cometidos pelas empresas que exploram esse seguimento de mercado

⁴⁵² Id.

⁴⁵³ Id.

⁴⁵⁴ BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 1246-SC, Relator. Ministro. Celso Mello, dj. 13.02.1997. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 06 de março de 2008).

em razão da total ineficiência do Estado em prestar assistência médica à população, não obstante esteja obrigado pela Constituição Federal a fazê-lo.

Deste modo, e considerando os entendimentos acima colacionados, é possível constatar que o direito à saúde encontrou, no ordenamento jurídico brasileiro, lugar de destaque e tem sido aplicado de forma direta e imediata na relação entre particulares.

4. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica e, mais importante do que reconhecê-los, é torná-los efetivos não só na esfera pública (eficácia vertical), mas também entre os particulares (eficácia horizontal). Esse foi o grande desafio desta dissertação, em que pese não tenha sido o objetivo esgotar o tema.

Voltando ao tempo, mais precisamente ao Estado Liberal, convém lembrar que o Estado estava adstrito a assegurar e a proporcionar a todos os cidadãos os elementos necessários à convivência social, de modo que não cabia ao Estado qualquer intervenção na autonomia das partes.

Com a ausência de intervenção estatal nas relações jurídicas entabuladas entre particulares, essas passaram com o tempo a sofrer com a prevalência do poderio econômico. Não se pode olvidar que nessa época prevalecia a igualdade formal entre as partes.

Surge então o Estado Social, que veio assegurar a concretização do princípio da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos, não só entre o Estado e o cidadão, mas também nas relações entre particulares.

O Direito Privado passa a ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, ocasionando superação entre o público e o privado. Está-se diante da Constitucionalização do Direito Privado.

Com a Constituição no topo do ordenamento jurídico, acima, portanto, de todas as normas infraconstitucionais, reconhece-se a possibilidade e a necessidade de proteger o cidadão não somente contra o Estado, mas também e principalmente contra os entes privados.

Diante dessa nova realidade, impõe-se uma nova definição de questões que classicamente se desenvolviam sob os paradigmas liberais de autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*) e abstenção do Estado frente aos direitos dos particulares.

Como visto, o Estado mudou, as relações entre particulares mudaram, os direitos fundamentais passaram a ser mais efetivos, mas isso não quer dizer que o Estado Social de Direito tenha todas as respostas aos anseios da sociedade.

Passou-se então a se reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, justificando-se a extensão desses direitos às relações privadas no princípio da dignidade da pessoa humana e na essencialidade do bem contratado.

Essa incidência, que foi negada pela doutrina americana (*state action doctrine*), reconhecida de forma indireta e mediata pela doutrina alemã e, ainda, embora existam aqueles que defendam a aplicabilidade como um dever de proteção do Estado, foi reconhecida de forma direta e imediata pela doutrina portuguesa e brasileira.

Ficou claro, durante a pesquisa desenvolvida, que, no Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem, ou melhor dizendo, são favoráveis à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Isso quer dizer que os direitos fundamentais passam a limitar a autonomia privada, ou seja, a autonomia privada deixa de ser um espaço de livre exercício de interesses privados, para integrar-se ao ordenamento jurídico, submetendo-se, como todos os demais institutos jurídicos, aos valores consagrados em nível constitucional.

Com a incidência dos direitos fundamentais como limites à autonomia privada, o contrato ganha uma função social, a qual vai muito além da circulação de riquezas ou de uma mera função de regulação da economia e encontra seu fundamento na previsão constitucional de proteção à vida, à dignidade, de proteção do consumidor e da função social da propriedade.

O contrato passa então a ser lido e interpretado à luz da Constituição, afastando-se a igualdade formal, para obter uma interpretação solidária do contrato, o que viabilizou a identificação desse modelo de contrato como “ponto de encontro dos direitos fundamentais”.

Atualmente, na esfera privada, os interesses são monopolizados por grandes grupos que acumulam grande parcela de poder perante a sociedade, tais como bancos, associações, cooperativas médicas entre outros.

Em que pese o poder do Estado tenha deixado de ser absoluto, como acontecia no Estado Liberal, hoje o poder está sendo compartilhado por toda a sociedade, porém utilizado apenas por grandes grupos econômicos.

Diante desse novo modelo de contrato e dessa nova realidade de mercado, almejou-se demonstrar durante a pesquisa, por meio de decisões jurisprudenciais, de que forma a autonomia privada poderia ser limitada em virtude da incidência dos direitos fundamentais no contrato e, principalmente, de que forma poderia ser garantido um mínimo existencial na aplicação dos direitos fundamentais sociais, no Direito Privado, especificadamente no Direito à Moradia e no Direito à Saúde.

Conclui-se que o mínimo existencial assumiu a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais e, portanto, vincula o Estado e, por consequência, os particulares. Trata-se de uma garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade.

A moradia encontra-se protegida contra toda e qualquer sorte de interferências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial. Garantindo-se, assim, um patrimônio mínimo para se viver com dignidade.

A saúde, em que pese o particular tenha sido autorizado a prestar os serviços médicos pelo Estado, concluiu-se que este possui os mesmos deveres daqueles, consistentes no fornecimento de assistência médica para os aderentes dos respectivos serviços, por mais que esses não estejam pactuados no contrato de prestação de serviços, em prol da dignidade da pessoa humana. A incidência do Código de Defesa do Consumidor foi fundamental para interpretar a lei que regulamenta os planos de saúde no Brasil, evitando-se, assim, abusos e arbitrariedades por parte dos planos de saúde, que, até hoje, lamentavelmente são cometidos.

Em suma e parafraseado o Min. Celso de Mello, a realidade jurídica brasileira permite que o julgador possa, dentro de seu juízo de discricionariedade, escolher entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, à saúde, ao mínimo existencial, à moradia, que se qualificam como direitos subjetivos inalienáveis assegurados a todos pela própria Constituição da República (art. 6º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro de outro particular.

Entende-se que no seio de um Estado Democrático de Direito só é possível uma opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, que na contemporaneidade, a eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações entre particulares, surge como um limite necessário à autonomia privada, e caberá ao Judiciário, a missão de impor esses limites e buscar, em cada decisão, o equilíbrio necessário para que não ocorra o aniquilamento da liberdade individual, e possibilite a manutenção das relações interprivados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed. Traduzida por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, n. 63, p.45-56, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 750.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 04 de outubro de 2008.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Temas de direito constitucional**, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-46

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Campinas: Red Livros, 2000.

BINENBOJM, Gustavo, **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 218.882/SP, Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, dj 02.09.1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de maio de 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus nº 12.547-DF, Relator. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, dj. 01º.06.2000. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 251024 -SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dj. 04.02.2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 394.671-PR, Relator Ministro Luiz Fux, dj. 16.12.2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 450.989/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, dj. 07.06.2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** Recurso Especial nº 466667/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ. 17.09.2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 816064, decisão monocrática, Ministra. Denise Arruda, dj 04.04.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 361.415-RS, Relator Mininstro Luis Felipe Salomão, dj. 16.06.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 811.867/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Dj 22.04.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.185.474 – SC, Relator Ministro Humberto Martins, dj. 29/04/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 158215/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, dj. 30.04.1996. Disponível em <http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009.

BRASILIA. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 1246-SC, Relator. Ministro Celso Mello, dj. 13.02.1997. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 06 de março de 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº. 201.819/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, dj. 11.10.2005. Disponível em <http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 449657/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, d.j 09.05.2005. Disponível em

<http://www.stjf.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP, Relator Ministro Relator Cezar Peluso, DJ. 06.10.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de maio de 2007.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Embargos ao Recurso de Revista nº 439041/1998-5, Relator Ministro João Oreste Dalazen, dj. 05.05.2003. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos contratos de consumo**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do: **A obrigação como processo São Paulo**: Bushatsky, 1976.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2010.

CHAUÍ, Marielena. Público, privado, despotismo. In NOVAES, Adauto. (Org.), **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista Crítica Jurídica** nº 22, jul-dez. 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988.

_____. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Principiologia Axiológica Constitucional. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Ano 2003. V. 3.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trota: Madrid, 2003.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra código e costituzione**. Bologna: Zanichelli. [s.d].

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea – Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**. A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007.

GRISI, Giuseppe. **L' Autonomia privata**. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – El caso italiano. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trota: Madrid, 2003.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez, Madrid: Civitas, 1995.

HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. Trad Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LARENS, Karl. **Tratado de Derecho Alemán**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, p. 99 -109. jan./mar. 1999.

_____. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 23 de dezembro de 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 3. Ed. Madrid: Tecnos, 1988.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. 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. p. 185-222

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n. 504.310-7, Relator Dárcio Lopardi Mendes, dj. 16.06.2005. Disponível em: [HTTP://www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 27 de julho de 2007.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n.º 1.0024.03.990131-9/001, Relator Antônio de Pádua, d j. 25.07.2006. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 01 de outubro de 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad.: Luiz Fernando Rodrigues de Abreu. Curitiba: Juruá, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, v. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional (introdução). In: NALIN, Paulo (org.). **Contrato & Sociedade II**. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Civitas: Madrid, 1998.

PARANÁ. **Tribunal de Alçada do Paraná**. Agravo de Instrumento n° 0233245-4, Relator Paulo Hapner, dj. 07.12.2004. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível n° 363059-9. Relatora Astrid Maranhão de Cavalho Ruthes, dj. 24.05.2007. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível nº 576.015-6, Relator Luiz Lopes, dj. 04/06/2009. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 02 de dezembro de 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. CICCICO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, p. 491 - 508, 2007.

_____. Contrato e Democracia: Contornos de uma tensão valorativa entre pessoa e mercado. In: **ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Brasília, nov. 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/16_427.pdf. Acesso em 10 de maio de 2010.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson (Org.) **Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29. 1998.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70016945941, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, dj. 12.07.2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01 de outubro de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70026431627, Relator Pedro Celso Dal Prá, dj. 23.10.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70028437960, Relatora Matilde Chabar Maia, dj. 25.06.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 19 de fevereiro de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação

Cível nº 70025059155, Relator Cláudio Baldino Maciel, dj. 13.08.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Nº 70027469790, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 25.03.2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Agravo de Instrumento no 2008.04.00.007202-2/RS, Relator Otávio Roberto Pamplona. dj. 19.06.2008. <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro** Apelação nº 2008.001.29567, Relator Maurício Caldas Lopes, dj. 18.06.08. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2008.001.48760, Relatora Conceição Mousnier, dj. 25.09.08. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 02 de maio de 2010.

ROPPO, Enzo. **O contrato**, Coimbra: Almedina, 1988.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breve notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SAMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Orgs) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 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, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: Notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988**. 5a edição. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2003.

_____. A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário**. São Paulo: Del Rey, 2003.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

SCHIER, Paulo R. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. “Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro”, in: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira e outros (Org), **Diálogos sobre Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. SCHREIBER, Anderson. Org. TEPEDINO, Gustavo – Obrigações. Estudos na perspectiva Civil Constitucional. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Renovar. Rio de Janeiro, 2001.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Análisis de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios políticos e constitucionales, 1997.

_____. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trota: Madrid, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In **A reconstrução do Direito Privado**, Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002.