

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito – Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no
Contexto do Estado Democrático de Direito

Victor Duarte Almeida

**O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS AO DIREITO
CIVIL CONSTITUCIONAL, AO SOLIDARISMO CONTRATUAL E À EFICÁCIA
DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS – A
NECESSÁRIA REPRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL**

Belo Horizonte

2019

Victor Duarte Almeida

O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, AO SOLIDARISMO CONTRATUAL E À EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS – A NECESSÁRIA REPRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Privado.

Linha de pesquisa: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza.

Belo Horizonte
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A447c	<p>Almeida, Victor Duarte</p> <p>O contrato e a constituição: críticas e alternativas ao direito civil constitucional, ao solidarismo contratual e à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais – a necessária reprivatização do direito privado no Brasil/ Victor Duarte Almeida. Belo Horizonte, 2019. 224 f.</p> <p>Orientador: César Augusto de Castro Fiuza Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Contratos - Legislação. 2. Direito privado. 3. Direitos fundamentais. 4. Defensores públicos - Poderes e atribuições - Brasil. 5. Direito de defesa - Brasil. 6. Direitos fundamentais - Brasil. I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
CDU: 347.44	

Victor Duarte Almeida

O CONTRATO E A CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS E ALTERNATIVAS AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, AO SOLIDARISMO CONTRATUAL E À EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS – A NECESSÁRIA REPRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito.

Professor Doutor César Augusto de Castro Fiuza (Orientador)

Professor Doutor Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Doutor Luciano Benetti Timm

Professor Doutor Christian Sahb Batista Lopes

Professor Doutor Eduardo Goulart Pimenta (Suplente)

Belo Horizonte, 14 de março de 2019.

Aos meus pais, por tudo e para tudo.

AGRADECIMENTOS

Não há como iniciar um texto de agradecimentos sem honrar a meus pais, em primeiro lugar. Meu pai, modelo de perseverança e caráter. Minha mãe, exemplo maior de busca pelos sonhos, não importando as adversidades. Sem vocês essa conquista não seria possível.

Indispensável também agradecer ao meu orientador Professor César Fiuza, grande mestre de todos nós estudiosos e entusiastas do Direito Privado. Muito obrigado pelas orientações e por compartilhar um pouco de seu indelével conhecimento. É sempre uma honra.

Manifesto meu profundo agradecimento ao escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados por todo o incentivo e por ter possibilitado a conjugação de tão nobres missões: a pesquisa acadêmica e a advocacia. À equipe Consultoria Empresarial pela parceria e pelo companheirismo diários. Especial gratidão ao Luís Gustavo e ao Paulo pela constante troca de ideias e pelos ensinamentos diários, ao Danilo Emanuel pelo valioso apoio com a pesquisa de julgados e com as compreensões dos textos em alemão, e ao Filipi pela indispensável revisão da formatação.

A todos os valorosos e queridos membros do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas pela dedicação e pelo suporte constantes. Em especial ao nosso Coordenador, Professor Leonardo Poli pela magistral representação e defesa do Programa e de todos nós discentes, e ao Breno pelas boas conversas e solícitude de sempre.

Carinhosa gratidão à Gabi, por ter tornado a caminhada sempre mais leve e prazerosa.

Last, but not least, registro minha sincera gratidão a todos que de alguma forma contribuíram na minha trajetória, seja por apoio técnico ou pessoal. Seria tremenda injustiça tentar nomeá-los e deixar alguém de fora. Espero retribuí-los igualmente, sempre.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo do atual estado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias no Brasil, sob uma visão do Direito Privado. Por meio da apresentação do entendimento majoritário atual da doutrina e da jurisprudência nacionais, pretende-se demonstrar como tem sido a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias. A partir disso, promove-se uma análise crítica do cenário apresentado, apontando as incorreções e os equívocos da teoria sustentada pela doutrina majoritária sobre o Direito Privado, o Direito Civil e o Direito Contratual. Ao mesmo tempo, revela-se a ausência de critério pertinente para delimitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias, com a revisão crítica de julgados sobre a temática. Após, busca-se apresentar alternativas de modelo contratual e de teoria de eficácia dos direitos fundamentais que permitam que a metódica e a autonomia epistemológica dos Direitos Privado e Civil sejam preservadas, bem como que o contrato siga sendo o principal e mais eficiente instrumento de consecução de interesses privados e circulação de riquezas.

Palavras-chave: Contrato. Direito Privado. Direitos fundamentais.

ASBTRACT

The scope of this work is to study and analyze the current state of the fundamental rights' (individual rights and liberties) enforcement to contracts in Brazil, under a Private Law perspective. The majority of scholars advocates in favor of the constitutionalization of Private Law, a theory that allows a direct approach and enforcement of the fundamental rights to contracts. Moreover, the Brazilian Courts of Justice hold the same theory, resulting in a harmful judicial activism to society and especially to Contract Law. Considering this scenario, the study promotes a critical analysis pointing out the inaccuracies and misconceptions of the dominant doctrine on Private Law. Finally, this work presents alternatives to endure the autonomy of Private Law and the efficiency of Contract Law at circulation of wealth.

Key-words: Contracts. Private Law. Individual rights and liberties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERTINÊNCIA DA TEMÁTICA	14
CAPÍTULO 2 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES	21
2.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares	23
2.2. A eficácia dos direitos fundamentais no Brasil	30
CAPÍTULO 3 – DELIMITAÇÃO DO OBJETO: AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DOS CONTRATOS PARITÁRIOS.....	38
3.1 Considerações gerais sobre o contrato.....	38
3.2 Delimitação do objeto: os contratos paritários e a natureza de suas relações	42
CAPÍTULO 4 – O CONTRATO NO DIREITO CIVIL ATUAL (PARTE I): DOUTRINA MAJORITÁRIA BRASILEIRA E O JUDICIÁRIO	52
4.1 O direito civil constitucional.....	52
<i>4.1.1 Aspectos gerais</i>	<i>52</i>
<i>4.1.2 O axioma (absoluto) da dignidade da pessoa humana e sua multifuncionalidade</i>	<i>66</i>
4.2 O contrato na perspectiva civil constitucional: o solidarismo contratual	71
<i>4.2.1 Compreensão geral</i>	<i>71</i>
<i>4.2.2 Os princípios contratuais e a realização dos direitos fundamentais no solidarismo jurídico</i>	<i>76</i>
4.3 Judiciário e solidarismo contratual: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais.....	80
CAPÍTULO 5 – O CONTRATO NO DIREITO CIVIL ATUAL (PARTE II): ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, DO MODELO SOLIDARISTA DE CONTRATO E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	113
5.1. O problema da autonomia	114
<i>5.1.1. A autonomia epistemológica</i>	<i>114</i>

5.1.2. <i>O princípio da autonomia privada</i>	124
5.1.2.1. <i>O processo de superação do dogma e da teoria da vontade</i>	125
5.1.2.2. <i>A compreensão da autonomia privada</i>	134
5.2 Revisitando a antinomia autonomia privada versus dignidade da pessoa humana no âmbito contratual	138
5.2.1 <i>Dignidade da pessoa humana: princípio jurídico ou valor? De axioma valorativo a sofisma jurídico</i>	138
5.2.2. <i>Autonomia privada: conceituação e conformação</i>	144
5.2.3. <i>Superioridade técnico-hermenêutica da autonomia privada</i>	150
5.3. O auxílio metodológico da Análise Econômica do Direito	152
5.4. Crítica ao Modelo Solidarista de Contrato	163
5.4.1. <i>A compreensão equivocada de contrato e sua descaracterização pelo modelo solidarista</i>	163
5.4.1.1. <i>Princípio da função social do contrato</i>	169
5.4.1.2. <i>Princípio da boa-fé objetiva</i>	173
5.4.2 <i>O equívoco solidarista e civil constitucionalista acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais</i>	180
5.5 Crítica à aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais pelo Judiciário	189
CAPÍTULO 6 – MODELO TELEOLÓGICO PRIVADO DE CONTRATO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PARITÁRIAS	196
6.1. Alternativa ao Modelo Solidarista: Modelo Teleológico Privado de Contrato	196
6.2. Critérios de aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias	202
6.3. A possibilidade de realização de direitos fundamentais por meio dos preceitos e funções do Direito Contratual	205
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS	211

INTRODUÇÃO¹

O futuro do Direito Privado é dar um passo atrás.

Diante do tsunami de críticas ideologizadas e do quase-consenso em torno da onda de “flexibilizações”, “socializações” e “publicizações” do Direito como um todo, mesmo que pouco se saiba com precisão o que isso signifique, parece ser não só importante que o Direito Privado retome a trilha central de seu caminho, mas, acima de tudo, extremamente necessário à sua sobrevivência.

Em 2018 completaram-se, concomitantemente, trinta anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil e quinze anos de vigência do atual Código Civil brasileiro. Por coincidência, mas não surpreendentemente, parece ter se chegado, no país, ao auge da dificuldade em se definir as fronteiras entre Direito Privado e Direito Público, sem que se olvide, igualmente, da ocorrência do período de maior conflito entre tais searas na discussão jurídica.

Entre comemorações, homenagens e exaltações de um lado, e críticas, indisposições e aclamações revisionistas de outro, um fato chama bastante atenção – mas, igualmente, não surpreende: a Constituição recebeu muito mais comemorações, manifestações e repercussão, inclusive no mundo jurídico, que o Código Civil.

Certamente, pode-se atribuir esse cenário à maior longevidade do diploma constitucional, ou mesmo a certas conquistas que ele possa ter representado em campos que ultrapassam a seara jurídica, sobretudo, a retomada de um Regime Democrático. Entretanto, a realidade é que há no país um fenômeno consolidado e ainda em movimento que domina as discussões jurídicas nos campos profissional, judicial ou acadêmico: a defesa da tese de “constitucionalização do Direito”.

Esse fenômeno ocorre e é percebido mundialmente, tendo início a partir da segunda metade do século passado na Europa e nos Estados Unidos, e mais tardiamente, com a Constituição de 1988, no Brasil². O Direito Constitucional passa a ter papel de protagonista no Direito, pretendendo subjugar as outras searas jurídicas a seus preceitos.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

² Conforme afirma Luís Roberto Barroso: “o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar [...] a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”. BARRROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. FGV Direito Rio. v. 240. abr./jun. 2005. Rio de Janeiro: FGV, 2005,

O fenômeno se espalha para todas as esferas jurídicas e em diversos países do mundo, que testemunham a constitucionalização do Direito nos Estados Unidos³ e no sistema *Common Law* de maneira geral⁴, e, de maneira específica, do Direito Privado nesse sistema⁵ e no sistema *Civil Law* da Europa Continental⁶. Da mesma forma percebe-se uma constitucionalização do próprio Direito Internacional⁷.

Todo esse contexto, somado à má compreensão e recepção teórica dessas doutrinas internacionais pelos estudiosos brasileiros nos anos 1990, possibilitou a consolidação de uma agenda para os Direitos Privado e Civil do país. Trata-se de um movimento de parte da dogmática jurídica nacional de constitucionalização e socialização do Direito Privado, sobretudo o Direito Civil.

De um modo geral, os referenciais e a metódica do Direito Privado desenvolvidos por experiência empírica ao longo de milênios passam a ser desconsiderados e desconstruídos para dar lugar a um novo referencial e a uma nova metódica social, de bases constitucionais e estatizantes.

A normatividade constitucional, sustentada no país por recepções acríticas de teorias como as da “força normativa da Constituição” de Konrad Hesse⁸, acaba fundamentando a defesa da unificação do ordenamento jurídico pela unidade axiológica da Constituição.

Diversas proposições formulaicas são aceitas e passam a dominar o cenário jurídico brasileiro: uma “renovada” e peculiar compreensão sobre as “fronteiras” entre o Direito Público e o Direito Privado; a tutela da dignidade da pessoa humana; o recurso constante aos princípios e às cláusulas gerais; o ataque a espantalhos jurídicos como o formalismo e o textualismo; a “releitura” de institutos civilísticos; a “despatrimonialização” e a “repersonalização” das

p.3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>> Acesso em: 30 out. 2018.

³ FISCH, William B.; KAY, Richard S. The Constitutionalization of Law in the United States. **University of Missouri School of Law Scholarship Repository**. v. 46. 1998. pp. 437-462. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=facpubs>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁴ STONE, Adrienne; HILL, Graeme. The Constitutionalisation of the Common Law. **Adelaide Law Review**. v. 24. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1660236>>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁵ COLLINS, Hugh. Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization. **London School of Economics Legal Studies Working Paper**. n. 6. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1011727>> Acesso em: 05 nov. 2018.

⁶ HESSELINK, Martijn W. Private Law and the European Constitutionalisation of Values. **Amsterdam Law School Research Paper**. n. 26. 2016. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2785536>> Acesso em: 15 nov. 2018.

⁷ KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford Scholarship Online, February 2010.

⁸ O autor, na verdade, defende a permanência da dicotomia público e privado e sustenta fortemente a preservação da autonomia do Direito Privado. V. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

situações jurídicas. Mas nenhuma dessas proposições atinge tanto o cerne da questão quanto a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Pode-se dizer que o marco inicial dessa temática se deu com o internacionalmente notório Caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na primeira decisão judicial a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que, ao mesmo tempo, delimitou a ingerência estatal no âmbito privado mesmo nos casos de repercussão de direitos fundamentais.

De lá para cá, as concepções mudaram bastante, e novas teorias e sistemas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foram desenvolvidos. No Brasil, a discussão apenas encontrou repercussão judicial no julgamento do RE 219. 819/RJ, em 11 de outubro de 2005, pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa decisão em diante, a temática tomou cada vez mais espaço nas discussões doutrinárias e decisões judiciais no Brasil, de forma que as referências à constitucionalização do Direito e à eficácia dos direitos fundamentais nunca estiveram tão em voga no país.

Esse caso acabou por consolidar, judicialmente, um entendimento defendido por parte da doutrina brasileira desde a promulgação da Constituição de 1988: com o fenômeno da constitucionalização do Direito, ter-se-ia tornado necessária a revisão das estruturas e dos preceitos do Direito brasileiro, em especial, do Direito Privado e do Direito Civil nacionais, que foram acusados de se sustentarem em noção “ultrapassada”, ainda vinculada ao Estado Liberal clássico do século XIX, muito formalista.

No Brasil, a defesa da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas também decorre da má recepção doutrinária de teorias desenvolvidas e aplicadas em outros ordenamentos jurídicos. Além disso, percebe-se que, salvo algumas exceções, não foi seriamente cultivado no país um debate sólido e estruturado sobre a questão da eficácia e da operacionalização dos direitos fundamentais no âmbito privado, sobretudo se considerado o Direito Contratual.

Parece-se ter sido simplesmente aceita a ideia de máxima realização constitucional. Como corolário, justifica-se tanto uma teoria das normas constitucionais com efeitos modificativos e interpretativos do Direito Civil, quanto uma teoria de decisões jurídicas passíveis de serem alargadas indefinidamente para a efetivação de tais normas.

Os valores constitucionais a tudo corrigem e a tudo fundamentam, pelo que qualquer interpretação judicial se torna possível. Sob essa batuta, a axiologia constitucional permite ao julgador abrir espaço à aplicação dos direitos fundamentais sem qualquer vinculação à norma jurídica como parâmetro decisório.

Por óbvio, o Direito Contratual e os contratos são imensamente afetados por essa visão que se tornou majoritária no Brasil na última década e meia, e influenciou e dominou a academia, o Judiciário e até mesmo o Legislativo. Afinal, o Direito Contratual – ou “direito dos contratos”, na terminologia de Enzo Roppo – é obra da doutrina, do legislador e da jurisprudência, que usualmente estão vinculados a certa ideologia que se traduz em determinada concepção do próprio instituto do contrato, que passa a ter seu modelo teórico por eles definido⁹
10.

Em decorrência, essa visão civil constitucional promove o alargamento das “vias de acesso” das relações contratuais à entrada dos direitos fundamentais, “efetivados” por meio de interferência do Judiciário, que os aplica sob o argumento de “defesa da Constituição” e realização da “justiça social”. Esses fundamentos vagos e subjetivos servem para ampliar a “livre atuação do magistrado”, que se vale disso para incrementar seus poderes e justificar seu ativismo.

E justamente essa vagueza e essa subjetividade, características à axiologia e às normas constitucionais, é que têm contribuído para a falta de critério na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais. A intervenção nos contratos tem ocorrido de maneira irrestrita e esparolada, sem que haja critérios bem definidos para pautar e limitar a interferência estatal nas relações contratuais entre particulares.

Presencia-se um cenário que promove uma releitura socializante do Direito Contratual e do contrato, que permite um território jurídico pouco afeito a regras e modelos estruturados que propiciem a delimitação da interferência estatal no espaço particular e o controle das decisões judiciais. A segurança jurídica passa a ser atacada e teses solidaristas e “garantistas” passam a estar sobrepostas àquilo que partes livre e legitimamente acordaram no contrato, abrindo maior espaço na vida privada para a ocupação do Judiciário.

O efeito imediato disso é a imensa perda do espaço reservado ao indivíduo. Toda essa ânsia por uma suposta defesa da “coesão social” e tutela dos direitos individuais tem se revelado, na verdade, mais uma ferramenta de controle do agir individual. A obscuridade na definição de critérios definidos e limitados de interferência estatal acaba por restringir a autonomia e a liberdade das pessoas – naturais ou jurídicas.

Mesmo nos contratos em que as partes não apresentam vulnerabilidade ou fragilidade clara a ser tutelada, a interferência estatal tem sido corriqueira e aguda para uma “concretização

⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21-22.

¹⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.4.

contratual” dos direitos fundamentais. Com o fortalecimento do movimento de abandono da metódica do Direito Civil, o contrato vem perdendo seu espaço de instrumento de atuação livre e autônoma dos indivíduos para regular a relação entre si com as garantias legais de segurança jurídica.

Percebe-se uma considerável imprecisão e absolutização do alcance da aplicação das normas constitucionais às relações privadas. Mais especificamente, não há delimitação da correta aplicação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais.

Em razão disso, o presente trabalho objetiva aclarar concepções, elementos e critérios que possam ensejar a objetivação e a definição de uma sistemática de aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais em que sejam preservadas a metódica e a autonomia do Direito Privado e Direito Civil, e dos preceitos basilares do Direito Contratual e do contrato.

Por meio de revisão crítico-analítica do atual entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, serão apontadas as implicações da nova estrutura civilística e contratual formatada pela dogmática civil-constitucionalista no ordenamento jurídico brasileiro e nas relações contratuais.

A partir disso, pretende-se demonstrar seus equívocos e inconsistências, extremamente danosos às dinâmicas jurídica, econômica e social do país. Serão apontados os elementos que fizeram e ainda fazem do Direito Privado o principal campo de todo o Direito, tendo inclusive servido de base de construção para todos os demais. São precisamente esses elementos os responsáveis por dotar o Direito Privado da sua extrema capacidade de autocorreção e atualização, devendo, portanto, serem preservados.

Para que esse retorno às origens seja possível e eficaz, propor-se-ão teorias e modelos alternativos de eficácia dos direitos fundamentais e de contrato que permitam: (i) que o Direito Privado retome sua autonomia epistemológica; (ii) que o Direito Civil siga seus preceitos e suas bases; e, mais fundamentalmente e, em decorrência, (iii) que o contrato continue subsistindo como principal e mais eficiente instrumento de exercício de autonomia privada, de livre atuação dos indivíduos na busca natural de seus objetivos sem a interferência de terceiros alheios a seus interesses.

O cenário brasileiro atual indica que o processo de “modernização” e “atualização” da sistemática privada foi longe demais. É necessária uma reprivatização do Direito Privado.

CAPÍTULO 1 – DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERTINÊNCIA DA TEMÁTICA

Quando se pesquisa, discute e estuda a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, está-se, sobretudo, diante do mais profundo e complexo ponto de interseção da clássica dicotomia divisora do Direito: público e privado.

Como é de conhecimento, uma das primeiras divisões que encontramos na seara jurídica é aquela feita pelos romanos, entre Direito Público e Direito Privado¹¹⁻¹². Sua origem advém do famoso trecho de Ulpiano (Digesto, 1.1.1.2): “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*”, que significa “o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à pólis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares”¹³.

No direito romano, o critério de distinção entre os dois ramos era o finalístico ou teleológico; o fim é o que servia como marco separador: a ordem pública e a organização da república romana e do Estado romano eram o campo do Direito Público (*jus publicum*), ao passo que, a utilidade, o interesse particular eram tutelados pelo Direito Privado (*jus privatum*)¹⁴.

Entretanto, ainda prevaleceria em tempos hodiernos essa concepção dicotômica entre utilidade privada e organização e atuação pública? Permanece válida a distinção estanque entre Direito Público e Direito Privado? O entendimento atual quase unânime é que não, embora haja conteúdo e formas de respostas variadas.

A começar pelo fato de que essa dicotomia alterou-se radicalmente a partir da Idade Média. Por exemplo, o direito privado romano tinha divisões e subdivisões, sendo a mais famosa delas a tripartição em direito civil (*Jus civile*), direitos das gentes (*Jus gentium*) e direito natural (*Jus naturale*)¹⁵.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 339.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

O *Jus civile* era o direito próprio dos cidadãos romanos, sendo o mais antigo, mais restrito e mais rígido¹⁶. Mais tarde, quando Roma estende seu império e conquista outros povos, surge o *Jus gentium*, mais amplo e comum a todos os povos sob os domínios de Roma¹⁷.

Por sua vez, o *Jus naturale*, com origem grega, compreendia duas concepções dos juristas romanos: uma chocante, que considera que direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais, racionais e irracionais; outra, de cunho jurídico, de que direito natural seria aquele comum a todos os seres racionais, abrangendo bárbaros e escravos, fora do grupo de cidadãos e do mundo romano¹⁸.

Portanto, a distinção entre público e privado como se conhece hoje teria sido consolidada pela construção do Estado moderno e das sociedades capitalistas¹⁹.

Atualmente, há uma consolidação por um critério diverso para distinguir as esferas pública e privada. Agora, o elemento distintivo destas é o sujeito ou titular da relação jurídica, consolidando a associação dos fatores objetivo e subjetivo²⁰.

O Direito Público passa a ser aquele que regula as relações em que o Estado seja parte, enquanto o Direito Privado se torna aquele que disciplina as relações entre particulares, nas quais predominam imediatamente os interesses privados²¹.

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta outros elementos caracterizadores da transformação do Direito Privado e do Direito Público, com o advento da Idade Média, em que a distinção perde muito de sua nitidez:

É ainda Hannah Arendt quem observa a sutil diferença na tradução que Santo Tomás faz da expressão aristotélica *politikon zoon* (animal político) que passa a ser, em latim, *animal sociale*. A noção de *social*, em lugar de *político*, embaralha um pouco a distinção. Afinal, se *política* era apenas a esfera pública, *social*, mais amplamente, cabe tanto à pública como à privada. O âmbito doméstico também era social. Com isso principia-se uma projeção do privado sobre o público que vai ter importantes consequências para o modo como o jurista moderno irá entender a dicotomia direito público e privado. [...] Já na Era Moderna, a generalização do social como noção comum à esfera do governo e da família permitirá uma nova oposição que, pouco a

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21.

¹⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 245-246.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

pouco, caracteriza o público e o privado. Referimo-nos á dicotomia entre o social e o individual.²²

Como tanto a esfera pública quanto a esfera privada são sociais, a diferença entre ambas exige seja concebido um sistema elementar capaz de conformar o que é público e o que é privado; e esse elemento é um artifício, um ente artificial: o Estado Moderno²³.

A partir de então, embora consolidada a dicotomia, a alteração fundamental na teoria romana impõe uma melhor determinação dos seus elementos distintivos, em função da correlação existente entres ambos os sistemas de Direito, cuja síntese traduz a unidade da experiência jurídica²⁴.

Supor que exista uma antítese absoluta entre Direito Público e o Direito Privado torna-se então um equívoco²⁵. Não mais é cabível vislumbrar que ambos sejam dois compartimentos estanques e incomunicáveis, de forma a se estabelecer uma separação integral entre as normas de Direito Privado e de Direito Público, pois passam a se intercomunicar e interinfluenciar amiúde²⁶.

Por conta disso, muito tem se dito que o Direito tem testemunhado uma interpenetração entre ambos os sistemas cada vez mais intensa. Num primeiro momento, teria se acentuado uma tendência de publicização do Direito, numa espécie de “publicização do Direito Privado”.

O principal fenômeno de demonstração dessa tendência seria uma nítida “constitucionalização do Direito” como um todo, a partir da metade do século passado, que denotaria claro processo de evidenciação do caráter inerente de interesse geral às mais particulares atividades, e a um interesse coletivo nos direitos e liberdades individuais²⁷.

Os direitos e princípios da esfera privada teriam sido revestidos tanto de interesses subjetivos, no âmbito da autonomia privada, quanto de interesses públicos e sociais. Ao mesmo tempo em que trazem a garantia e a proteção ao agir individual, eles atrairiam a dimensão pública por serem, em sua realização e observação, de interesse geral, posto que tocam a individualidade de cada sujeito de maneira que resultam uma complexa identidade coletiva.

²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

²⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 340.

²⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 10.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 274.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

Mas, a par disto, vê-se por outro lado igualmente uma “privatização do Direito Público”. O Estado, ao longo século XX, passa por profundas transformações, e inevitavelmente deve se adaptar; suas estruturas administrativas, econômicas e políticas são revistas e adequadas às noções de autonomia privada; sem privilégios, segue-se no intuito de controlar o poder absoluto e as unilateralidades.

Nesse sentido, por todo o mundo, o Estado sofre modificações, que vão desde o fortalecimento das relações de interdependência, que extrapola os limites supranacionais, passando por uma redefinição das funções estatais; trespassa-se de um “Estado garante”, coeso socialmente, por um “Estado supervisor”, que atua distante, mas presente regulando a economia para “assegurar a manutenção dos equilíbrios e criar condições propícias a seu desenvolvimento”, até a reavaliação do “Estado protetor”, que vai além do princípio da igualdade de direitos, e busca um novo princípio de equidade²⁸.

Com essa redefinição ocorre a fragmentação da estrutura estatal. Isso se dá com as descentralizações e desconcentrações das funções estatais, que tomam nova dimensão, pois o Estado passa a delegar responsabilidades. Ocorre a desmistificação da estrutura gerencial pública, que agora não está mais calcada em regras absolutas e exclusivas, pois há uma aproximação e certa sujeição da Administração Pública às regras gerais de funcionamento do mercado, e, ainda, a absorção de práticas de gestão da atividade privada.

Trespasa-se o isolamento da esfera estatal, de suas regras e funcionamento, pois o fato de que o Estado seja submetido a regras derogatórias do direito comum é percebido como contrário tanto à exigência da reaproximação da gestão pública e da gestão privada como à preocupação de proteção dos direitos individuais²⁹.

O envolvimento do Estado na economia já vinha sendo acompanhado de uma aplicação, em princípio, das regras do Direito Privado, indispensável para evitar a criação de um mundo à parte no seio da economia de mercado. Todavia, o regime jurídico ao qual essas atividades econômicas eram submetidas se caracterizava por uma mistura complexa, com a permanência das regras derogatórias do direito administrativo encontrando seu fundamentado na noção de serviço público³⁰.

²⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-88.

³⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 89.

Ocorre que esse equilíbrio foi rompido: enquanto o movimento de privatização e de desregulamentação reduzia a esfera das atividades colocadas sob o controle do Estado, a intervenção das instâncias comunitárias contribuía para interditar todo regime derogatório apto a falsear o jogo da concorrência; a influência do direito administrativo é, desse modo, obstada pela extensão da lógica do mercado³¹.

Ainda que tal gestão pública tenha sido doravante submetida ao imperativo da eficácia, ela continua a apresentar um conjunto de particularidades que impedem a sua integral assimilação à gestão privada: não apenas as finalidades não são as mesmas, mas ainda as organizações públicas não têm o mesmo universo de referência e não se submetem ao mesmo tipo de restrições; as referências axiológicas e jurídicas que marcam as diferenças entre público e privado são talvez menos visíveis, mas não desapareceram³².

Esse fenômeno aparentemente paradoxal de publicização do privado e privatização do público confirma a ideia de que a representação dicotômica de um espaço social dividido em duas esferas estanques, regidas por princípios de gestão radicalmente diferentes, senão antitéticos, torna-se ultrapassada³³. Ainda assim, a divisão do Direito nesses dois sistemas, ainda prevalece, agora com outras características e exigências.

João Baptista Villela também destaca que a nova dinâmica da dicotomia não se trata de mera publicização do Direito Privado. Na visão do autor, considerar essa “fórmula” só mostra um aspecto do fenômeno, nem sendo esse aspecto sequer o mais relevante. Citando José Geraldo do Valle Ferreira, Villela aponta que o direito visa a um objetivo único, qual seja, o de disciplinar a conduta e a colaboração humanas³⁴.

Na esteira do que destacou Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirma que público não é sinônimo de social, nem privado é sinônimo de individual, e a publicização de um ramo do Direito não implica necessariamente sua melhor adequação aos valores sociais e humanos; pelo contrário, pode até exprimir direção inversa³⁵.

Essa ânsia pela publicização é explicada pela visão de relevante parcela da doutrina jurídica. Ainda atrelados e dominados pela estrutura clássica do Direito Privado do Estado

³¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 89.

³² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 98.

³³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 98.

³⁴ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975. p. 330.

³⁵ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975. p. 330-331.

Liberal, e “aterrorizados” com a distância dessa estrutura em relação aos anseios humanos e novos esquemas socioeconômicos contemporâneos, muitos não resistem à tentação de transferir ao Direito Público cada vez mais categorias e relações até então situadas na seara privada³⁶. Villela cunha esse fenômeno de “*esvaziamento do Direito Privado*”³⁷.

Em sentido semelhante, Otavio Luiz Rodrigues Junior sustenta não ser mais possível defender a publicização com base em argumentos de meados do século XX, nem mesmo suscitar uma privatização do Direito Público em decorrência de uma ideologia neoliberal; mesmo essas ondas históricas não são suficientes para se eliminar a divisão sistemática entre público e privado³⁸.

Vale lembrar que a publicização do Direito Privado, durante o Estado Novo, foi importante ferramenta do discurso autoritário oficial, servindo como elemento pragmático e ideológico para fundamentar a reforma dos códigos nos anos de 1940³⁹. Da mesma forma, a autonomia do sistema de Direito Privado era considerada incompatível com o “regramento da vida nacional” e com a ordem jurídica nacional/popular, pilares do direito nazista⁴⁰.

Extinguir a dicotomia por conta de sobreposições, intercomunicações e aproximações recentemente aprofundadas é substituir critério multissecular, com “pequenas escaramuças de fronteira”, por questões ideológicas e vantagens do casuísmo generalizado na aplicação das regras jurídicas, que, como se verá no decorrer do trabalho, já reverberam e espraiam seus efeitos em vários sentidos e campos do Direito⁴¹.

O que se tem, então, é uma comunicação mútua entre as searas pública e privada, em que se identifica o ressurgimento de entidades com interesses público e privado entrelaçados. Associações, fundações e vários outros agrupamentos da sociedade civil – tais como cooperativas e federações – retomam papel de grande relevância, defendendo interesses que não são apenas dos indivíduos, e tampouco da generalidade de todos os cidadãos; são sim de uma dada e específica coletividade⁴².

³⁶ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975. p. 331.

³⁷ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975. p. 331.

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 121.

³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 132.

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 133.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 122.

⁴² VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975. p. 332.

Em conclusão dessa breve exposição, no sentido do que confirma Konrad Hesse, no pós-guerra a dicotomia Direito Privado e Direito Público passa de “*la originária yustaposición ampliamente incomunicada*” para uma “*relación de recíproca complementariedad y dependencia*”⁴³. Mais que isso, a dicotomia público-privado constitui óbice à unidade do Direito como “ordenamento da vida nacional”⁴⁴.

Assim, no seio dessas novas concepções, a mudança na capitulação da distinção e da interação entre Direito Público e Direito Privado reflete implicações importantes para todo o Direito, especialmente para a forma como a autonomia privada é concebida e como os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares.

⁴³ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001. p. 69-70.

⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 133.

CAPÍTULO 2 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

Já se antecipou que o trabalho tem o desidrato de proceder ao estudo da eficácia e do alcance dos direitos fundamentais no âmbito das relações contratuais.

Para tanto, porém, considera-se fundamental definir e conceituar *o que são direitos fundamentais*. Afinal, como bem aponta Sarlet, a utilização do referido termo já supõe a adoção de caminho terminológico específico⁴⁵, o que deve ser, ainda que introdutória e superficialmente, contextualizado e esclarecido.

Como fenômeno concomitante à dinâmica contemporânea entre Direito Público e Direito Privado, a discussão em torno da temática da eficácia dos direitos fundamentais encontra berço mais solidificado a partir da metade do século XX, no período pós-guerra, em que ordenamentos jurídicos por todo o mundo passaram a se modificar, se reestruturar, como referido no capítulo anterior.

Nesse período, o clima de tensão e assombramento decorrente dos horrores experimentados no período abrangente das duas Grandes Guerras reacendeu nas pessoas o alerta para os perigos do poder e do autoritarismo. Incentivados e motivados por esse “*zeitgeist*” de grande parte do planeta, surgem organizações, tratados e acordos internacionais na busca de mitigar os conflitos, numa tentativa de garantia e proteção dos direitos das pessoas.

Como resultado dessa suposta intenção de busca pela paz entre os povos e valorização do ser humano, é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), símbolo máximo desse movimento de “proteção humana”, mormente com a “proclamação” da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Reinicia-se, então, o movimento intenso de proteção dos indivíduos face aos abusos estatais, que, a partir disso, fica transposto ao Direito Constitucional, que se tornou o depositário das salvaguardas e mecanismos de tutela da “cidadania”. Por meio das Constituições, os ordenamentos jurídicos buscaram acomodar, de maneira mais extensa e “impositiva”, os direitos dos cidadãos na convivência em sociedade e em face do Estado.

Surgem daí os conflitos entre indivíduos que suscitam, na esfera judicial, a discussão acerca da eficácia desses direitos constitucionalmente previstos nas relações jurídicas entre particulares.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

Ocorre que, como precisamente denunciado por Ingo Wolfgang Sarlet, há uma utilização plural de expressões sob a premissa de que implicam a transmissão do mesmo conceito, do mesmo significado. Tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional) são amplamente utilizadas como sinônimas as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos”, “direitos individuais” e “direitos humanos fundamentais”⁴⁶.

Por tal motivo, parte da própria doutrina vem advertindo para os problemas dessa heterogeneidade, ambiguidade e ausência de consenso na esfera conceitual e terminológica⁴⁷, inclusive quanto à confusão de cada termo utilizado, o que reforça a imperiosidade de se compreender com maior precisão a expressão “direitos fundamentais” adotada no trabalho.

Propõe-se para tanto, seja feito corte metodológico, em que o desenvolvimento da delimitação conceitual e terminológica se dará por meio da compreensão dos termos “direitos naturais”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”; afinal, a pesquisa objetiva o estudo da eficácia e do alcance dos direitos fundamentais nas relações contratuais, e não um estudo aprofundado conceitual-terminológico desses direitos. Em razão disso, mesmo essa metodologia proposta o fará de maneira breve e contida, ainda que isso possa, não inadvertidamente, significar aparente contradição ao que exatamente se está propondo.

Contudo, reitera-se: o que se busca é uma distinção e uma delimitação conceitual e terminológica apenas bastante para o enfrentamento, pelo trabalho, do problema proposto, que somente necessita, portanto, da definição e da compreensão do termo “direitos fundamentais” a ser aqui considerado.

Dito isso, promove-se a distinção necessária para compreensão dos termos supramencionados: O que são direitos naturais? No que consistem os direitos humanos? O que caracteriza os direitos como fundamentais?

Tomando-se por base a noção defendida por Thomas Paine, um dos grandes jusnaturalista dos séculos XVII e XIX, *direitos naturais* são aqueles correlatos ao homem, surgidos de suas características inatas, pelo fato de ser membro da sociedade⁴⁸, e seriam adquiridos naturalmente. Os direitos naturais, portanto, advêm da corrente jusnaturalista, que

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 27.

⁴⁸ PAINE, Thomas. Letter Addressed to the Adressers on the Late Proclamation. In: FOOT, Michael; KRANICK, Isaac (ed.). **The Thomas Paine Reader**. Londres: Penguin Classics, 1987. p. 374. Para uma visão mais ampla ver: PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989. Para maior contextualização ver: HITCHENS, Christopher. **Uma biografia**: os direitos humanos de Thomas Paine. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

apregoa uma noção de direitos básicos imutáveis e inatos ao ser humano, principalmente se considerado em sociedade. A concepção desses direitos é intuída, e não acordada ou consensada. Algumas correntes de fundação teológica apontam até, que tais direitos teriam sido atribuídos divinamente.

Por sua vez, os *direitos humanos* costumam ser vinculados a construções teóricas mais empíricas, e decorrem de consenso ou contrato social. Na esteira do que explica Ingo Sarlet, direitos humanos são aqueles relacionados aos documentos de direito internacional, e referem-se às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, aspirando, assim, validade universal, para todos os povos e em todos tempos, pelo que apresentam caráter transnacional⁴⁹.

Apesar dessa característica de universalidade, muitos defendem ter havido uma separação de caminhos entre os direitos naturais e os direitos humanos. Conforme preceitua Bobbio, pelo fato de os direitos humanos apresentarem dimensão histórica e relativa, teria havido um descolamento desses em relação aos direitos naturais, já que estes apresentam características pré-sociais e pré-estatais⁵⁰.

Finalmente, trata-se a seguir da noção de *direitos fundamentais*. De maneira bem direta e sucinta, direitos fundamentais são aqueles direitos presentes e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo, isto é, previstos expressamente numa constituição escrita de determinado Estado⁵¹. Mais especificamente, ao se falar no trabalho dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, estar-se-á fazendo referência aos direitos contidos no Título II da Constituição da República de 1988.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se agora a navegar pelas principais e diversas teorias jurídicas de definição da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares

O termo eficácia, considerado nesse estudo sob a concepção clássica de eficácia jurídica, consiste na possibilidade, na aptidão de a norma vigente gerar efeitos e de ser aplicada aos casos concretos.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26 e segs.

⁵¹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29. CANOTILHO, José Jairo Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 528.

Quando se fala da *eficácia* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível tomá-la por dois principais aspectos: o *se* e o *como*. O *se*, trata da aceitabilidade de os direitos fundamentais repercutirem nas relações interprivadas num dado ordenamento jurídico. Já o *como*, diz respeito à forma que essa eficácia se dá nessas relações a partir da verificação prévia do *se*. Em função disso, o primeiro âmbito de consideração é a possibilidade ou não de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nesse primeiro plano, as teorias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares dividem-se em *eficácia vertical* e *eficácia horizontal*. Ambas não são necessariamente excludentes uma da outra, podendo ou não coexistir a depender do ordenamento jurídico que se analise.

A eficácia vertical consiste na eficácia dos direitos fundamentais em relação ao Estado, isto é, a proteção dos direitos dos cidadãos face o poderio estatal. Por isso o termo “vertical”. Considerada isoladamente, a eficácia vertical fundamenta um ordenamento jurídico no qual os direitos fundamentais são concebidos apenas como direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, numa espécie de tutela negativa face ao Estado.

Nesse sentido, tem se aduzido que a exigência na Constituição de 1988 de que as normas definidoras dos direitos fundamentais tenha eficácia imediata⁵² traduz o imperativo de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais⁵³.

Dos principais sistemas jurídicos do mundo, o único a adotar em seu ordenamento *apenas* a eficácia vertical é o dos Estados Unidos. No sistema norte-americano, não se admite a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, somente nas relações entre os particulares e o Estado⁵⁴. Isto significa, então, que as lesões aos direitos fundamentais causadas por particulares não são objeto de proteção judicial? Contraditoriamente, não. E, para entender essa contradição, é preciso compreender o *como* desenvolvido nos EUA para esses casos.

A chamada *teoria da equiparação* foi desenvolvida para proteger os direitos fundamentais – *individual rights and liberties* – das ofensas cometidas por particulares, e promove a equiparação de certos atos privados aos atos estatais, a chamada “*state action*”. Para tornar mais eficiente a tutela dos direitos fundamentais, a Suprema Corte norte-americana ampliou, ao longo dos anos, a abrangência e o alcance do conceito de *state action*, para abarcar

⁵² Art. 5 [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. In: Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31.

⁵⁴ VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 118.

também as situações as quais o Poder Público não figure como agente responsável pela ameaça ou ofensa ao direito fundamental particular.

São duas as categorias desse âmbito de abrangência de proteção: (i) a “*public function doctrine*”, que disciplina os atos privados que exercem funções tipicamente públicas; e (ii) a “*symbiotic relationships*”, também chamada de “*state commandment or encouragement of private activities*”, relativas às tutelas das situações as quais atos privados são equiparados aos públicos em função de uma relação simbiótica entre ambos ou de cumplicidade entre a presença estatal (*governmental hand*) e o ato privado.

Em outras palavras, a tutela jurisdicional de *individual rights and liberties* previstos na Constituição americana e nas emendas que conformam o *Bill of Rights* somente pode ser invocada em face de uma *state action* ou *government action*⁵⁵.

Como se nota, a sistemática norte-americana utiliza-se de subterfúgio para proteger os direitos fundamentais das ofensas por particulares ao mesmo tempo em que nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que há um reconhecimento velado, “envergonhado”, implícito. Não sem razão, inúmeros estudiosos, tais como Ubillos e Wilson Steinmetz, afirmam que essa dinâmica de equiparação foi a solução encontrada pelos órgãos judiciais norte-americanos para promover uma eficácia entre particulares sem explícita e diretamente reconhecê-la^{56 57}.

De maneira geral, os sistemas jurídicos tanto de *Common Law* quanto de *Civil Law* aderem à eficácia vertical dos direitos fundamentais, haja vista o contexto do pós-guerras do século passado em que a proteção dos cidadãos frente aos autoritarismos estatais foi a bandeira mais hasteada e defendida⁵⁸. Porém, voltando-se ao *se* da questão, a maioria desses sistemas, principalmente de *Civil Law*, consideram também a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Como já deve se ter percebido, a *eficácia horizontal* consiste na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais merecem proteção até mesmo de atos e ameaças de particulares, e não só do Estado.

⁵⁵ VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 119.

⁵⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madri: McGraw-Hill, 1997. p. XV-XVI.

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁸ De fato, desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, foi promovida proteção aos indivíduos face ao poderio autocrático estatal – representado à época pelos monarcas, que viram o início da perda de seu poder absoluto, a exemplo da Revolução Gloriosa e da Revolução Francesa. Contudo, até meados do século passado, essa proteção não era universal, ficando restrita a uma ou algumas camadas da sociedade. A partir de então é que, de maneira geral, os ordenamentos jurídicos passaram a estabelecer uma tutela ampla e universal dos indivíduos, protegendo todos os cidadãos perante o Estado.

Pode-se atribuir ao direito alemão a origem da eficácia horizontal. Embora, como dito, a teoria da equiparação desenvolvida nos EUA já fosse, desde a década de 1940, um inequívoco vislumbre do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, foi na Alemanha que, a partir de 1950, a temática ganhou de fato notoriedade e densidade teóricas.

A jurisprudência e a dogmática alemãs desenvolveram a *Drittwirkungstheorie*, teoria da eficácia em relação a terceiros, que fundamentou a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado⁵⁹. Os direitos fundamentais passam a ser, a partir de então, valores objetivos a serem observados por toda a sociedade, e não apenas direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado.

Na doutrina, é possível apontar Karl Larenz⁶⁰ e Konrad Hesse⁶¹ como pioneiros da formatação de uma eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (*Die Drittwirkung der grundrecht*). Na jurisprudência, o originário foi o emblemático caso Lüth⁶², julgado pelo Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – abreviado *BVerfGE*), em 15 de janeiro de 1958.

O julgamento versou sobre análise de recurso interposto por Eric Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes do diretor de cinema Veit Harlan, por seu suposto passado nazista. A ocasião mais emblemática dessas manifestações se deu num festival cinematográfico, em que Lüth proclamou a todos contra o diretor, defendendo o boicote ao seu filme “Amada Imortal” (“*Unsterbliche Geliebte*”).

O motivo do boicote não estava ligado a essa película, mas a uma outra produção de Veit Harlan, o filme-propaganda antisemita “Judeu Süß” (“*Jud Süß*”), de 1940, ainda sob o regime nazista, coordenado pelo ministro da propaganda nazista Joseph Goebbels. Posteriormente, findo o regime nazista, o diretor chegou a ser processado em razão da produção, mas foi absolvido por um tribunal ordinário alemão.

“Amada Imortal” foi o primeiro filme pós-guerra de Veit Harlan, e seu passado inglório serviu de mote para um indignado Lüth protestar e convocar o boicote, alegando que a absolvição do realizador teria sido apenas formal, pois existiria na fundamentação da sentença

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

⁶⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001.

⁶² BVerfGE, vol. 7, 198-230.

uma condenação moral, com o que se podia e devia exigir dos empresários e dos proprietários das salas de cinema um comportamento moralmente digno de se negarem a exhibir produção de diretor com inclinações nazistas.

A empresária de Lüth e a empresa produtora do novo filme ajuizaram ação contra Lüth pedindo que fosse condenado a abster-se de emitir suas opiniões, o que foi aceito pela Justiça alemã, que o proibiu de manifestar-se a favor do boicote do filme, seja propugnando que o filme não fosse emprestado, seja buscando sua não apresentação ou divulgação, ou mesmo simplesmente convidando o público para não frequentar as salas de cinema que o apresentasse. A decisão teve como fundamento o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), ao considerar sua conduta contrária à moral e aos bons costumes (§826 do BGB), aplicando considerável pena pecuniária.

Julgando o recurso de Lüth, o Tribunal Federal Constitucional reformou as decisões anteriores, sustentando que a condenação e consequente proibição dos protestos e incitação a boicote de Lüth violaram seu direito constitucional de liberdade de manifestação de pensamento.

O caso, então, se tornou o marco de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, solidificando o entendimento de que a ordem jurídica deve ter compatibilidade com a Constituição. Hoje, é internacionalmente reconhecido como base fundamental da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive para os sistemas de *Common Law*.

Por isso, é quase unanimidade em tempos atuais, que os direitos fundamentais produzem efeitos para os particulares, pelo que estes devem observá-los. À exceção do sistema norteamericano de equiparação, os sistemas ocidentais geralmente reconhecem, sem artimanhas evasivas, a horizontalidade dos direitos fundamentais.

Porém, esse quase consenso diz respeito ao *se*, e não ao *como* da teoria da eficácia horizontal. Essa é a grande questão a permear a análise deste trabalho: *como* essa eficácia horizontal deve ser concretizada, e qual o alcance e a extensão deve ela ter no âmbito das relações privadas – mormente as contratuais. Nesse espectro de horizontalidade, diversas construções teóricas foram desenvolvidas.

Dentre elas, duas grandes correntes se destacam e disputam o prestígio maior da comunidade jurídica nacional e internacional. De um lado, coloca-se a *teoria da eficácia direta ou imediata* dos direitos fundamentais nas relações privadas. De outro, apresenta-se a *teoria da eficácia (apenas) indireta ou mediata*.

Segundo a concepção da *eficácia direta ou imediata*, os direitos fundamentais não necessitam de qualquer transformação para incidir direta e irrestritamente nas relações privadas, contendo em si uma proibição legal de restrição.

Pode-se considerar precursor dessa teoria Hans Carl Nipperdey⁶³, juiz do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha de 1954 a 1963, que defendia uma eficácia absoluta, plena e incondicionada dos direitos fundamentais às relações privadas. Essa visão não mais encontra adesão na doutrina ou jurisprudência, que adotaram diversos matizes teóricos num caminho mais moderado.

Atualmente, os próprios adeptos dessa corrente admitem não haver um caráter absoluto dos direitos, bem como reconhecem e sustentam que nem todos os direitos fundamentais e nem todas as situações jurídicas são compatíveis com essa aplicação direta. Ainda assim, para todos os matizes da eficácia imediata, as normas instituidoras de direitos fundamentais geram direitos subjetivos de dimensão objetiva diretamente oponíveis ao Poder Público e aos particulares⁶⁴.

A teoria da eficácia imediata fundamenta ser a norma constitucional a razão primária e justificadora de toda decisão, haja ou não uma norma legal de seu desenvolvimento⁶⁵. Assim, ao apreciarem um caso concreto, os órgãos jurisdicionais podem valer-se diretamente das normas de direitos fundamentais e aplicá-las imediatamente às relações entre particulares, extraíndo delas a solução do litígio.

Por sua vez, a *teoria da eficácia indireta ou mediata* sustenta a impossibilidade de aplicação direta e eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Em razão disso, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas como princípios objetivos ou ordem objetiva de valores.

Günter Dürig pode ser considerado o principal precursor dessa teoria. O autor aduziu que os direitos fundamentais têm uma influência apenas mediata sobre o Direito Privado, de modo que os direitos fundamentais sejam aplicados, tão somente, de maneira mediata⁶⁶. Outros

⁶³ NIPPERDEY, Hans Carl. **Grundrechte und Privatrecht**. Scherpe, 1961. p. 27.

⁶⁴ DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los límites de los derechos fundamentales na las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madri: Centreo de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 215.

⁶⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 316-317.

⁶⁶ DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor. **Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung** – Festschrift zum 75. Munique: Geburtstag von Hans Nawialski, 1956.

autores, tais como Konrad Hesse⁶⁷, Karl Larenz⁶⁸ e Claus-Wilhelm Canaris⁶⁹ aperfeiçoaram e realizaram ajustes nas bases firmadas por Dürig.

Pela teoria da eficácia indireta, as normas de direitos fundamentais necessitam de intermediação para produzirem seus efeitos nessas relações. Ou seja, é tarefa primária do legislador a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, que definirá como será processada a eficácia de cada direito fundamental nas relações privadas.

Secundariamente, havendo omissão por parte do legislador, seria aberto espaço para atuação do Judiciário, a depender da necessidade e especificidade do caso concreto, concretizar os direitos fundamentais por meio da adequação da norma legal cabível à norma constitucional correspondente. Nesse cenário, as cláusulas gerais do ordenamento privado serviriam como porta de entrada a permitir a passagem dos direitos fundamentais aos cômodos essencialmente privados.

Desta forma, a teoria da eficácia mediata afasta a oponibilidade direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, condicionando sua eficácia à mediação legislativa ou jurisdicional. Em função disso, um litígio entre particulares submetido às normas jurídico-privadas, ainda que tenha sofrido influência dos direitos fundamentais, seguiria sendo um conflito jurídico-civil⁷⁰.

Assiste vantagem à eficácia indireta/mediata o fato de o caso Lüth ter justamente aplicado e fortificado essa teoria. Das mais notórias formulações do caso Lüth foi a ideia geral de que o legislador do campo do direito privado apenas está vinculado aos direitos fundamentais “por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito”⁷¹.

A decisão emblemática sedimentou o entendimento na Alemanha de que, os casos regidos pelo Direito Civil, devem ser apreciados prioritariamente com base nos princípios, métodos e nas regras do próprio Direito Civil. Somente em casos raros e extremos, em que se imponha necessário recorrer aos direitos fundamentais, esses acabam incidindo indiretamente e são filtrados pelas normas privatísticas.

Desde então, considerados aperfeiçoamentos e ajustes posteriores, é essa a teoria prevalecente e quase unânime na jurisprudência e na doutrina alemãs: a eficácia indireta ou

⁶⁷ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 74.

⁶⁸ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Caracas: Edersa, 1978.

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷⁰ 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 as pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 125.

⁷¹ BVerfGE, vol. 7. p. 198, frase 2, e p. 205.

mediata. A adoção desse entendimento representa, também, a ideia ainda vigente de parcimônia, de autocontenção da jurisdição constitucional e do respeito às soluções dos casos concretos com base no que foi definido pelo legislador⁷² – e não pelo constituinte.

Na Alemanha, tanto a doutrina quanto a jurisprudência coadunaram e consolidaram o entendimento de que os Poderes devem ter preservados sua separação, impedindo os excessos de um Poder Judiciário cada vez mais convocado a intervir em conflitos que deveriam ser resolvidos adstritamente na arena política ou na esfera privada⁷³.

Mas esse é o entendimento alemão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. E no Brasil, qual seria a teoria adotada? É o que se irá apresentar a seguir.

2.2. A eficácia dos direitos fundamentais no Brasil

No Brasil, a discussão e a própria concepção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais tardou a desembarcar, sobretudo comparando-se a países como Estados Unidos e Alemanha, que promovem esse debate desde as décadas de 1940 e 1950, respetivamente.

Aqui, o enfrentamento dessa temática ganhou relevância apenas com a promulgação da Constituição de 1988. A partir da inauguração dessa nova ordem constitucional e jurídica, a dogmática e a jurisprudência passaram a dar maior atenção ao tema da interpenetração constitucional-privada. Ainda assim, as pesquisas e os debates doutrinários e jurisdicionais somente tomaram contornos sólidos e aprofundados com a chegada do século XXI.

Em função disso, a discussão acerca da definição de qual teoria de eficácia horizontal o país teria adotado se desenvolveu ao longo da primeira década deste século, e ainda segue seu curso de debates, embora já transpareça uma clara predominância para uma das teorias, conforme se verá adiante.

Muito se disse – e ainda se diz – que o texto do §1º do artigo 5º da Constituição por si já teria definido a questão, indicando uma aderência do constituinte à teoria da eficácia direta ou imediata, conforme redação: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁷² Conforme bem apontam Dias Toffoli e Otávio Luiz Rodrigues Junior, em artigo publicado na Folha de São Paulo do dia 02 de setembro de 2018, e replicado, na mesma data pela Revista Eletrônica Consultor Jurídico. TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 2 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniao-60-anos-luth-autocontencao-judicial>> Acesso em: 30 set. 2018.

⁷³ Faz-se referência novamente ao texto de Dias Toffoli e Otávio Luiz Rodrigues Junior: TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 2 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniao-60-anos-luth-autocontencao-judicial>> Acesso em: 30 set. 2018.

Contudo, conforme bem aponta Virgílio Afonso da Silva, pelo artigo da Constituição não é possível afirmar isso, pois a problemática não guarda relação com a questão de eficácia das normas constitucionais pura e simples, já que se tem consenso acerca da horizontalidade dos direitos fundamentais, mas sim com a extensão e o âmbito de aplicação destas aos sujeitos passivos⁷⁴.

O divisor de águas da discussão no Brasil se deu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8 do Rio de Janeiro, em que o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, fez menção expressa à eficácia direta dos direitos fundamentais para resolver um caso concreto.

O caso diz respeito a litígio entre a União Brasileira de Compositores (UBC) e um de seus sócios que fora por ela excluído. O estatuto da UBC previa em seu artigo 16 o seguinte: *“a diretoria nomeará comissão inquérito composta por três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos”*.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ decidiu que o sócio deveria ser reintegrado ao quadro da UBC pelo fato de sua exclusão ter se dado em descumprimento às normas constitucionais, embora o estatuto tenha sido respeitado. O sócio teria sido excluído sem que tenha tido oportunidade de defender-se e apresentar provas a seu favor. Por isso, a Corte fluminense entendeu ter havido violação ao direito constitucional de ampla defesa, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição, anulando a punição aplicada ao sócio.

Inconformada com a decisão, a UBC recorreu ao STF alegando que a ampla defesa seria inaplicável ao caso “pois não se trata de órgão da administração pública, mas, de entidade de direito privado – sociedade civil – dotada de estatutos e atos regimentais próprios, que disciplinam seu relacionamento com o sócio”⁷⁵. Em outras palavras, a UBC defendeu que os direitos fundamentais apenas teriam eficácia vertical, e não horizontal, e que as normas definidas pelos sujeitos privados seriam aquelas aplicáveis e eficazes ao caso.

A relatora do caso, ministra Ellen Gracie, aceitou o recurso interposto pela UBC para anular a decisão do TJRJ, no que foi seguida pelo ministro Carlos Velloso. Coadunando com os fundamentos apresentados pela UBC, a ministra assim se pronunciou:

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 57-58.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 579. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

[...] as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no artigo 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de ingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do ocorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa [...].⁷⁶

O voto vista do ministro Gilmar Mendes abriu a divergência, aprofundando a discussão ao nível da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para introdução e explanação das controvérsias e dificuldades da temática, o ministro se valeu de ensaio por ele escrito e apresentado em conferências proferidas na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Destacando o fato de que a própria Corte em poucos casos havia se debruçado sobre o tema até então, Gilmar Mendes adota a posição de que seria possível “delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas pode assumir”⁷⁷, em razão dos entendimentos proferidos nas decisões dos Recursos Extraordinários nº 160.222/RJ, nº 161.243/RJ e nº 158.215/RS.

O ministro considerou que, pelo fato de integrar a estrutura do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“ECAD”) – órgão responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais das músicas aos seus autores no país, a UBC exerceria múnus público, por atuar em função de relevante interesse público, embora não estatal. Mendes fez raciocínio analógico ao *state action* americano para atribuir à atuação da UBC característica de serviço público por delegação legislativa.

Assim, a questão ultrapassaria a mera atuação autônoma de indivíduo e instituição, no exercício de direito livre associação, e repousaria na proteção do direito de defesa:

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 581. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 602. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivam de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

[...] Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade⁷⁸.

Ou seja, o ministro valeu-se da *state action* americana para dar caráter de serviço público à atuação da UCB, de forma a permitir a aplicação direta dos direitos fundamentais na relação entre o associado e a associação, numa peculiar fusão entre a teoria da equiparação e a teoria da eficácia direta ou imediata. Dessa forma, Gilmar Mendes abriu a divergência para negar o recurso interposto pela UBC e manter a decisão do TJRJ.

Seguindo o entendimento inaugurado por Gilmar Mendes, o ministro Joaquim Barbosa entendeu pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, com advertência de adoção de “parcimônia”.

Ainda assim, o ministro não deixou de pontuar que, desde o século passado, a dicotomia incomunicável entre Direito Público e Direito Privado foi rompida. Além disso, como consequência desse rompimento, teria surgido o fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, e em específico, do Direito Civil, de forma que os direitos fundamentais seriam diretamente aplicáveis às relações interprivadas, desde o reconhecimento da “supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional”:

O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós, o primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 609, 612-613. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

De fato uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado⁷⁹.(grifou-se)

Como se apercebe, Joaquim Barbosa atribui à publicização do Direito e à constitucionalização dos Direitos Privado e Civil, decorrentes da quebra da dicotomia estanque do Direito em público e privado, a consolidação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não mais restando apenas a eficácia vertical. Como consequência, teria havido a submissão quase unânime do Direito à Constituição e à jurisdição constitucional.

A partir disso, o ministro afirma que o ordenamento jurídico brasileiro, por ser encabeçado por Constituição rígida e dirigente, com elevado número de normas incidentes nas relações privadas, conceberia uma sistemática de aplicação plena e imediata dos direitos fundamentais nessas relações. Dessa forma, concluiu que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal se aplicariam ao caso para afastar a exclusão do sócio recorrido.

Após esse voto, abriu-se discussão na sessão, em que, de um lado, Joaquim Barbosa sustentava se tratar de questão constitucional, pelo caráter impositivo da Constituição para tornar eficaz os direitos fundamentais nas relações privadas, e de outro, a ministra Ellen Gracie e o ministro Carlos Velloso aduziram não haver questão constitucional, mas apenas verificação de questão legal, nos termos do Código Civil, qual seja, a conformidade ou não com a previsão do estatuto.

Ficou a cargo do ministro Celso de Mello a missão de desempatar e decidir a divergência na Corte. O ministro decano de início levantou a questão da eficácia em relação a terceiros dos direitos fundamentais. Fazendo referência a Ingo Wolfgang Sarlet, aduziu que a discussão sobre a eficácia direta ou não dos direitos fundamentais assumiria caráter político; a defesa da eficácia imediata significaria a posição em favor de um “constitucionalismo de igualdade, objetivando a efetividade de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito”,

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 622 e 623. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

enquanto a eficácia apenas indireta estaria atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”⁸⁰.

Partindo dessa lógica, Celso de Mello pôs-se ao lado da decisão do TJRJ e do entendimento do ministro Gilmar Mendes, no sentido de afirmar a eficácia direta dos direitos fundamentais. Em razão disso, sustentou Celso de Mello, a autonomia privada encontraria a mais importante de suas limitações – a limitação constitucional. A autonomia privada não poderia ser “exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aquelas positivadas em sede constitucional”⁸¹.

Demonstração disso seriam, segundo o ministro, os artigos 57 e 1.085, § único⁸², do Código Civil, que expressamente expressariam a necessidade de sujeição das entidades civis às normas que compõem a Constituição, o que implicaria numa vinculação imediata dos particulares, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política⁸³. O curioso é que, à época do início do julgamento do RE 201.819/RJ, o referido artigo 57 tinha redação distinta da que apresenta atualmente.

O voto da relatora do caso, ministra Ellen Gracie, se deu na sessão de julgamento do dia 8 de junho de 2004. A divergência aberta por Gilmar Mendes ocorreu em 16 de novembro de 2004, enquanto a adesão da divergência pelo ministro Joaquim Barbosa se deu já no dia 26 de abril de 2005, mesma data e sessão em que o ministro Carlos Velloso empatou a decisão colegiada. Até esse momento, a redação do dispositivo civil era a seguinte:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim.
Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 639. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 646. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁸² Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 648. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Nota-se que a disposição do artigo não fazia qualquer referência ao ordenamento constitucional, nem mesmo ao direito de defesa do associado num eventual processo de exclusão. Diferente disso, o dispositivo exigia “somente” que a exclusão fosse fundamentada e ocorresse em conformidade ao estatuto da associação, o que demonstraria que o entendimento de Ellen Gracie e Carlos Velloso seria o acertado.

Contudo, com a Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005, esse e outros dispositivos tiveram suas redações modificadas, numa espécie de processo de “constitucionalização”. A Lei 11.127/05 estabeleceu a seguinte modificação no artigo 57: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

Por isso e por ter proferido seu voto em 11 de outubro de 2005, após a alteração pela Lei 11.127/05, o ministro Celso de Mello suscitou o artigo na discussão para demonstrar que os direitos fundamentais vinculariam direta e imediatamente os particulares no caso, sendo eficaz a aplicação da ampla defesa e do contraditório no processo de exclusão do associado da UBC. Seria então uma evidente limitação à livre atuação dos sujeitos privados.

Em razão disso, fala-se até hoje que o ordenamento e a jurisdição brasileiros teriam adotado a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. A decisão do RE 201.819/RJ tornou-se o *leading case* sobre a temática de aplicação e eficácia dos direitos fundamentais no Brasil.

A partir desse caso, outros mais foram na mesma direção, e parte da doutrina nacional passou ainda mais a defender a consolidação da teoria da eficácia direta ou imediata. Os principais nomes dessa construção teórica são: José Afonso da Silva⁸⁴, Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵, Wilson Steinmetz⁸⁶, Daniel Sarmento⁸⁷, André Rufino da Vale⁸⁸, Maria Helena Diniz⁸⁹, Luiz

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁸ VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

Roberto Barroso⁹⁰⁻⁹¹ e Gilmar Mendes⁹²; todos de alguma forma já assim entendiam e influenciaram o julgamento do RE 201.819/RJ, inclusive alguns deles tendo sido referenciados pelos ministros.

Em linhas breves, é esse o panorama atual da dogmática e da jurisprudência no Brasil sobre o tema. Como se deve ter reparado, o detalhamento referente à eficácia nas relações contratuais não foi aprofundado, embora o *leading case* supra tenha versado justamente sobre relação contratual – estatuto da UBC.

Mas antes, é preciso explicar como se dará a análise do ponto de vista contratual e para quais tipos de relações contratuais a presente pesquisa esteve voltada. Por isso, no próximo capítulo será tratada a questão da metodologia da análise contratual.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CAPÍTULO 3 – DELIMITAÇÃO DO OBJETO: AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DOS CONTRATOS PARITÁRIOS

3.1 Considerações gerais sobre o contrato

O contrato é instituto jurídico dos mais fundamentais. Mais que isso, transpassa a seara do Direito, influencia e é essencial para a civilização nos aspectos sociológicos e econômicos.

Tal instrumento caminha *pari passu* com o desenvolvimento da humanidade, propiciando e aperfeiçoando seu caráter civilizatório. Mas, sua precisa origem é incerta: considera-se que seja tão velho quanto a sociedade humana e tão necessário como a própria lei; o contrato até mesmo se confunde com as próprias origens do direito⁹³.

Conforme explana Caio Mário da Silva Pereira, o contrato é figura central das relações humanas em um mundo civilizado, ordenado pelo Direito:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social [...] é o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regridiria (*sic*), a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários⁹⁴.

Não à toa, Henry James Sumner Maine apontou, em sua clássica obra de 1861 “*Ancient Law*”, que o fenômeno comum ao processo de desenvolvimento das sociedades humanas seria o da passagem do “status” ao “contrato”: “*we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract*”⁹⁵.

Esta fórmula, cunhada como “regra de Maine”, exprime a ideia de que, nas sociedades as quais o autor chama de “primitivas” e mais antigas, as relações entre os homens seriam determinadas pelo pertencimento de cada um a certa comunidade, categoria, ordem ou certo grupo, tal qual a família. Os indivíduos estariam submersos ao grupo de tal maneira que não seria possível conceber a existência de sujeitos isolados previamente à formação do grupo ao qual pertencem e integram. Dessa forma, nessas “sociedades antigas”, os direitos e as obrigações dos indivíduos seriam fixados de forma rígida, e imposta em razão de seus status no grupo social.

⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p.11.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.3. p.10.

⁹⁵ MAINE, Henry James Sumner. **Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas**. 10. ed. Londres: John Murray, 1908. p. 151.

Por outro lado, à medida que as sociedades se abriam e se tornavam mais flexíveis, com o crescimento da mobilidade social dos indivíduos e desses grupos sociais, os direitos e as obrigações passariam a ser determinados pela lógica e pelo princípio do contrato⁹⁶. As relações humanas passam a ser determinadas, então, pelo fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua manifestação de vontade autônoma, que encontram precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação⁹⁷.

O contrato, ao longo da história, encontrou várias definições. No mais antigo direito romano, o contrato significava o ato pelo qual o credor submetia o devedor a seu poder, em virtude de inadimplemento de alguma obrigação; era o ato de contrair (*contrahere*), em que o devedor era apertado, comprimido pelo credor⁹⁸.

O direito romano também distinguia *contrato* de *convenção*. Esta, *conventio*, era o gênero do qual surgiam duas espécies: *contractus* e *pactus*⁹⁹⁻¹⁰⁰. No direito romano mais antigo, os *contractus* não existiam sem uma exteriorização de forma e apenas três categorias eram utilizadas: *litteris* – inscrição no livro do credor; *re* – efetiva tradição da coisa; e *verbis* – validação pela troca de manifestações orais estritamente obrigacionais¹⁰¹.

César Fiuza resume bem o funcionamento e a dinâmica dos contratos e dos pactos no direito romano:

Sintetizando, os contratos eram convenções que, desde a época clássica (149-126 a.C. a 305 d.C), geravam obrigações civis por si mesmos, por força dos *ius civile*. Os pactos, por não terem forma prevista em lei, por não fazerem parte da lista de contratos, geravam obrigações naturais, a não ser que fossem acessórios de um contrato ou recebessem força do direito Pretoriano ou de alguma Constituição Imperial, quanto a estas, já no período pós-clássico (305 a 565 d.C.). Os contratos eram convenções que apenas criavam obrigações. Para modificá-las ou extingui-las, celebravam-se pactos.¹⁰²

Já na era moderna, após intensa evolução e modificação da teoria contratual no direito romano, o Código de Napoleão (“*Code Civil*”) manteve a consideração de convenção como gênero do qual o contrato era espécie, a exemplo do antigo direito romano¹⁰³. Com o *Code*, solidifica-se modernamente a ideia de que o contrato faz lei entre as partes (“*pacta sunt*

⁹⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107, jun./dez. 2011/2012. p. 531.

⁹⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 26.

⁹⁸ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 326.

⁹⁹ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7.

¹⁰⁰ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 326.

¹⁰¹ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 326.

¹⁰² FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19.

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 8.

servanda”), posto que o consenso é, em regra, suficiente para gerar direitos e obrigações entre elas.

A seu turno, o código civil alemão (BGB), desenvolveu a noção de negócio jurídico, considerado o gênero, enquanto o contrato foi mantido como uma de suas espécies, a exemplo do que se tem hoje no direito brasileiro, em que o contrato é negócio jurídico.

Nesse sentido, adota-se a técnica e precisa concepção de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem negócio jurídico é:

Todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.¹⁰⁴

O contrato, por sua vez, pode ser conceituado como negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à consecução dos objetivos que elas mesmas definiram, cujos efeitos jurídicos criem conteúdo pessoal e socioeconômico. Tal definição contém clara inspiração da definição dada por Orlando Gomes¹⁰⁵, mas com alguns ajustes e adaptações.

Enzo Roppo adverte para uma relatividade da essência conceitual do contrato, considerando não ser ele instituto imutável e indiferente à história:

Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma “essência” do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma “essência” histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações.¹⁰⁶

De fato, não é equivocado compreender o dinamismo histórico enfrentado pelo contrato, afinal, é isso que se exige dele para que possa seguir sendo o principal instrumento jurídico de exercício da autonomia privada. Aliás, a própria compreensão do termo *negócio* é ambivalente ao se considerar as diversas áreas de conhecimento e atividade humanas.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

¹⁰⁵ No conceito de Orlando Gomes, contrato é: negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação de interesses que regularam”, isto é, negócio “cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 11.

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347-348.

Na tradição comercial, o termo *negócio* é comumente empregado nos sentidos genéricos de “transação”, “negociação” ou mesmo “atividade empresarial”. No direito comercial clássico, o negócio mercantil identifica-se com as operações feitas pelos comerciantes que, posteriormente, se consubstanciam em contratos; assim, é possível utilizar a palavra *negócio* no sentido de *affare*, em língua italiana, *affair*, na francesa, ou *business*, para os norte-americanos¹⁰⁷.

Não sem motivo economistas, administradores e juristas mantêm noções distintas do que seja o contrato.

O consagrado economista Oliver Williamson, vencedor do Nobel de economia de 2009, entende o contrato como “*an agreement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behaviour*”¹⁰⁸. Como bem aponta Paula Forgioni, frequentemente os economistas referirão ao contrato como algo que aos juristas exprime outro tipo de vínculo¹⁰⁹:

Por exemplo, na literatura econômica denominar contrato a relação entre administradores e acionistas da companhia [...] “Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem relações entre agentes especializados na produção, bem como nos arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado [regulação]. Para certos economistas, “a empresa [*firm*] é vista como um conjunto de contratos entre os fatores de produção, sendo cada um dos fatores motivado pelo autointeresse”. Em suma, economistas tendem a identificar a palavra “contrato” com qualquer “maneira de coordenar transações” ou, ainda “todas as relações que criam vínculos de interdependência entre dois ou mais sujeitos”, adotando terminologia não coincidente com a jurídica.¹¹⁰

Não obstante, quer seja como instituto jurídico, quer seja como instrumento de coordenar qualquer tipo de transação, ou mesmo como instrumento de criação de vínculos entre dois ou mais sujeitos, o contrato tem conteúdo constante: é o centro da vida dos negócios (aqui como termo econômico) e das atuações particulares conjuntas, mediante a composição de interesses, opostos ou convergentes, coincidentes ou não¹¹¹.

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 26.

¹⁰⁸ WILLIAMSON, Oliver E. The firm as a nexus of treaties: an introduction. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. (orgs.). **The firm as a nexus of treaties**. London: Sage Publications, 1990. p. 3.

¹⁰⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 26.

¹¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 26-27.

¹¹¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

Exemplo simples de composição de interesses comuns é o contrato de sociedade, em que os sócios almejam o mesmo escopo – a atividade empresarial, ao passo que os contratos de compra e venda são a figura clássica de contratos com interesses contrapostos.

3.2 Delimitação do objeto: os contratos paritários e a natureza de suas relações

Quando se fala em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se fala na eficácia desses direitos nas relações jurídicas entre os particulares de maneira geral. No presente estudo, o objeto de análise é a eficácia horizontal nas relações contratuais.

Dito isso, pode-se perguntar: quais relações contratuais? Que tipos de contratos foram abrangidos na análise? A resposta direta e simples é fácil: os contratos paritários e as relações paritárias que deles decorrem. Mas, é preciso explicar o como e o porquê dessa escolha metodológica.

No Direito Contratual muitas são as classificações realizadas para definir os contratos e as relações contratuais nas suas mais variadas formas, e nos seus mais diversos aspectos.

Das divisões clássicas, tem-se, por exemplo, a classificação dos contratos considerando os seguintes aspectos: (i) quanto à existência de ônus às partes; (ii) quanto aos direitos e às obrigações das partes; e (iii) quanto ao tempo de execução.

No primeiro grupo, encontram-se os contratos gratuitos e onerosos, sendo estes últimos os contratos em que o objeto contratado em benefício de uma das partes exige dessa uma contraprestação, e os primeiros aqueles que o objeto contratado não exige contraprestação pela parte beneficiária, como é o caso da doação pura e simples.

No segundo grupo, aparecem os contratos unilaterais e bilaterais, em que estes são os contratos em que ambas as partes possuem direitos e deveres, enquanto aqueles referem-se aos casos em que só uma das partes tem direitos e só a outra tem obrigações¹¹².

Por fim, o terceiro grupo apresenta os contratos de execução imediata e futura. Os contratos de execução imediata são aqueles executados já no momento de sua celebração, como é o caso da compra e venda à vista¹¹³. Por sua vez, os contratos de execução futura contêm duas subespécies: os contratos de execução diferida, que são executados em momento posterior à sua celebração, e os contratos de execução sucessiva ou continuada, que são aqueles em que a

¹¹² FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 139-140.

¹¹³ FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 143.

obrigação é periódica e constante, cujo cumprimento se prolonga no tempo, permanecendo exigível mesmo com os cumprimentos regulares; é o caso da locação¹¹⁴.

Com o passar do tempo, pelo o aumento da complexidade dos mercados e das sociedades ao longo do século XX, a classificação/divisão dos contratos foi ficando igualmente mais complexa e multifacetada, tendo surgido definições diversas e expansão das categorias contratuais.

A principal delas é a divisão *contratos civis* e *contratos empresariais*, e, posteriormente, com a promulgação da Lei Federal nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), também a figura dos *contratos de consumo*.

Com a divisão anterior existente entre o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850, a dicotomia clássica entre contratos civis e empresariais (à época “comerciais”) era flagrante, mas o Direito Privado apresentava um núcleo bastante comum de princípios estabelecidos para os negócios. Mesmo com o advento do Código Civil de 2002 e a promoção da unificação do direito das obrigações, a situação anterior não foi muito alterada, restando mantidos os princípios gerais comuns a ambos os núcleos de relações negociais¹¹⁵. Afinal, se tinha a visão de que os contratos ditos comerciais eram assim considerados por terem surgido e estarem inseridos no mundo do comércio e da mercancia, pela prática dos comerciantes.

Contudo, no último século para o mundo e nos últimos trinta anos no Brasil, a compreensão do comércio e da atividade mercantil enfrentou severa revisão. Passou-se a perceber cada vez mais uma objetivação e uma profissionalização estruturada das noções de “comércio”, “*company*” e “*firm*”.

Mais precisamente no Brasil, o caminhar para a utilização e compreensão do termo “empresa”¹¹⁶ constitui importante contributo para essa percepção e transformação do sistema mercantil. Para tanto, a consolidação do direito do consumidor foi força motora relevante.

Antes, pela noção ainda comercialista e mercantilista do direito da empresa, os negócios consumeristas estavam inseridos no direito comum e centralizavam as atenções do Direito Comercial, já que as vendas de bens ao povo constituíam essencial fatia das atividades mercantis, relacionando-se com sua origem mais primitiva. Com o avanço da autonomia e da

¹¹⁴ FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 143-144.

¹¹⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

¹¹⁶ Aqui, adota-se a posição e o esclarecimento de Paula A. Forgioni (*Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. p. 17) sobre a utilização do termo, de forma que não se atentarà, no presente trabalho, para a exata distinção existente entre pessoa jurídica e sociedade (sujeitos de direito) e empresa (objeto de direito). Para tanto v. VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5. ed. Milano: F. Vallardi, 1934. BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: sociedades civis, sociedades cooperativas, empresas, estabelecimento comercial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

especialização dos contratos com consumidores porém, os comercialistas viram-se forçados a repensar os elementos que dariam sentido ao atual direito empresarial, acabando por redescobrir e revisar a essência dos contratos mercantis¹¹⁷.

Mais importante ainda, foi a adequação da sistemática jurídica à compreensão sistemática do pensamento microeconômico, inserindo a empresa tecnicamente na realidade econômica – portanto, na seara da Economia. Internacionalmente, a partir da década de 1930 teve início, principalmente com Ronald Coase, o movimento de compreensão de que as empresas não se resumem a meras transformadoras e circuladoras de produtos, mas são uma forma de organização complexa e intrincada, mediante uma teia ou um feixe de relações estabelecidas contratualmente¹¹⁸. Com a consolidação da aplicação da técnica econômica, o Direito e as instituições jurídicas deixam de ser considerados apenas fatores externos ao mercado e à economia, e o processo empresarial de tomada de decisões, formação de preços e estabelecimento de relações acaba sendo destrinchado pela análise econômica¹¹⁹.

Dessa forma, com a adequação da especialidade jurídica à realidade econômica, a sistematização da técnica jurídica passa atender à circulação e à transformação de bens, consubstanciando os segmentos que hoje são denominados Direito Empresarial e relações empresariais¹²⁰. Nesse contexto, a operação econômica aliada à intermediação, transformação e criação de bens e serviços para o mercado configura substrato dos *contratos empresariais*, sendo o que justifica sua distinção dos contratos civis, independentemente da unificação promovida pelo Código Civil¹²¹.

Em síntese, então, os *contratos puramente civis* são aqueles em que as partes são pessoas naturais, nunca empresas, e que não restringem seu conteúdo e objeto a uma atuação no mercado com finalidade de lucro.

Essa divisão clássica, entretanto, não é pacífica e encontra visões alternativas em tempos atuais. Aproveitando a lógica dessa divisão e revisando seus elementos, Antônio Junqueira de Azevedo propõe que a verdadeira classificação do século XXI é a dicotomia *contrato existencial e contrato empresarial ou de lucro*.

¹¹⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 18.

¹¹⁸ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, n. 4, 1937.

¹¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 17.

¹²⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26.

¹²¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26.

Contrato existencial é todo contrato que tem pessoas naturais como uma ou ambas as partes, e que diz respeito à subsistência da pessoa humana; são exemplos os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial e os de compra da casa própria¹²². Já os *contratos empresariais ou de lucro* são aqueles que têm por finalidade a obtenção de lucro pela atuação no mercado, realizados entre empresas ou entre profissionais¹²³.

Outra classificação surgida em tempos recentes, no final do século XX, é a classificação com base na forma e no tempo – conjuntamente considerados – de execução do contrato. Nesse caso, a categoria desenvolvida no sistema *Common Law*, por Ian Macneil, divide os contratos entre contratos isolados (“*discrete contracts*”) e contratos relacionais (“*relational contracts*”).

Os contratos isolados consistem nos contratos de relações jurídicas descontínuas e não cooperativas, isto é, aqueles executados de imediato ou sem grande prolongação temporal, em que uma parte executa prestação ao passo que a outra apresenta contraprestação correspondente; é uma conceituação baseada nas relações contratuais mercantilistas clássicas¹²⁴, com base em transações isoladas (“*discrete exchanges*”). Nessas relações, há reduzido envolvimento pessoal das partes, que não interagem e não necessitam envidar grandes esforços cooperativos.

Por sua vez, o termo e a noção de contrato relacional foram desenvolvidos por Ian Macneil e Stewart Macaulay na década de 1960, nos Estados Unidos. Os contratos relacionais introduziram a ideia de que os contratos não diziam respeito apenas a termos e condições legais estipulados pelas partes, mas também à promoção de comportamentos morais e éticos no âmbito dos negócios.

Macneil desenvolve um espectro das transações/trocas ocorridas entre indivíduos que partem de transações isoladas (“*discrete exchanges*”) a transações relacionais (“*relational exchange*”).

Partindo do clássico exemplo de cadeia e produção econômica dado por Adam Smith, o autor aduz que uma produção de alfinetes não se dá por atuação isolada de um indivíduo ou de uma exclusiva etapa de produção¹²⁵. O que ocorre é que um grupo de pessoas ou organizações atua conjuntamente aplicando e disponibilizando os materiais e as ferramentas para transformá-

¹²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1199-1200.

¹²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1199-1200.

¹²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011. p. 98.

¹²⁵ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 486.

los num produto mais útil economicamente¹²⁶. A produção de alfinetes, então, não ocorre de maneira automática ou por atuação isolada de um agente, mas consiste num processo produtivo com etapas diversas, exigindo atuação conjunto de indivíduos e/ou organizações¹²⁷.

Por conta disso, Macneil afirma que a estrutura e a função econômicas da produção, circulação e consumo final de bens e serviços jamais se restringem às transações isoladas, mas, necessariamente, incluem as transações relacionais¹²⁸. Na sua visão, as transações isoladas não são capazes de traduzir, por si mesmas, produção material¹²⁹. Mais que isso, “*discrete exchanges are always relatively rare compared to patterns of relational exchange*”¹³⁰

Dessa forma, assim como ocorre na cadeia de produção dos alfinetes e em toda produção, circulação e consumo de bens e serviços, as relações contratuais, em sua maioria, seriam um processo relacional conduzido pelas partes contratuais e, portanto, se desenrolariam por atuação conjunta e cooperativa dos indivíduos envolvidos.

Como aponta Antônio Junqueira de Azevedo, essa tipologia contratual, pois criação anglo-saxônica, ainda não foi bem assimilada nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica¹³¹. Aproveitando as palavras do autor, é possível dizer também sobre os contratos relacionais que eles são contratos de duração que exigem forte colaboração das partes; afirma-se, nesse contexto, que todo contrato de duração que tenha por objeto a colaboração dos indivíduos – tais como os de sociedade, parcerias, etc. – e, mesmo os que não tendo por objeto a colaboração, exigem-na como indispensável e intensa para a consecução de seu objeto¹³², pode ser considerado um contrato relacional.

Em função disso, os contratos relacionais têm como característica outra, a de serem acordos incompletos, com parte de seu conteúdo aberto¹³³ e indeterminação de muitas de suas

¹²⁶ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 486.

¹²⁷ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 486.

¹²⁸ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 485-486.

¹²⁹ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 487.

¹³⁰ MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985. p. 487.

¹³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos – contratos: princípios e limites**. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1198.

¹³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos – contratos: princípios e limites**. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1198-1199.

¹³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos – contratos: princípios e limites**. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1198.

cláusulas¹³⁴. A seu turno, Ruy Rosado de Aguiar Júnior acrescenta que, nos contratos relacionais, a obrigação é um processo, na esteira do que concebeu o ilustre Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, no clássico “*A obrigação como processo*”¹³⁵, de 1964. As partes precisam atuar cooperativamente, sendo delas exigido comportamento adequado a cada situação que implique preenchimento de obrigações e cláusulas contratuais¹³⁶.

Pois bem. Referenciados e explicitados todos esses tipos contratuais, qual deles seria o objeto de estudo ideal para a verificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações contratuais? Nenhum deles. Sim, como antecipado inicialmente, o entendimento é de que nenhum dos tipos expostos é adequado para ser o objeto de verificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Isso porque, na avaliação da interferência judicial na autonomia privada contratual, são as circunstâncias negociais e possibilidades de atuação livre das partes os aspectos definidores de abertura à eficácia dos direitos fundamentais. Afinal, o grau de intervencionismo estatal nas relações privadas deve ser inversamente proporcional ao nível de liberdade de atuação individual. O critério preponderante para a permissão de intervenção estatal sistemática é a vulnerabilidade das partes em um contrato.

Assim, as classificações que levem em conta o tempo de duração, o objeto contratado, a forma de execução e o ônus das partes, em nada contribuem para a análise da possibilidade de interferência estatal na relação por aplicação dos direitos fundamentais.

Por isso, o que pertine à análise e à verificação de maior ou menor interferência estatal nas relações contratuais, seja qual for o tipo dessa interferência, são as *circunstâncias negociais a permitirem ou não a atuação livre e autônoma dos indivíduos na busca de seus interesses, tomando decisões e se responsabilizando por suas escolhas*.

Dessa forma, as modalidades contratuais adequadas são aquelas concebidas pela possibilidade e liberdade negocial, pela análise das circunstâncias negociais. Nesse caso, há apenas uma classificação possível: *contratos paritários* e *contratos não paritários*.

César Fiuza prefere o termo “contratos negociáveis” a contratos paritários, pois critica a utilização do vocábulo “paritário” à revelia de seu significado etimológico. Para o civilista, como “paritário” é o que se forma por elementos pares para estabelecer igualdade, o termo passaria a equivocada expressão de que, nos contratos de adesão, por exemplo, uma das partes

¹³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011. p. 98-99.

¹³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

¹³⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011. p. 99.

seria tratada com privilégios legais que a outra não possui: “a impressão que se tem é que os contratos de adesão seriam leoninos, por conferir a uma das partes vantagem exagerada, em prejuízo da outra”¹³⁷.

A lição é extremamente pertinente, sendo adotada no presente trabalho. Não obstante, permite-se pequena divergência quanto ao uso do termo “contratos paritários”. Ora, é evidente que a predisposição das condições contratuais por uma das partes não significa existir privilégio em favor do predisponente conferido pela legislação. Perante a lei, as partes detêm igualdade de direitos negociais.

O que define, então, a possibilidade de atuação autônoma e livre das partes não são as competências e capacidades idênticas delas numa contratação, mas sim as circunstâncias negociais que as permitam ou não exercer suas competências e negociar o contrato na busca de seus interesses. Não se trata, portanto, de igualdade de competência, capacidade técnica ou habilidade negocial; a paridade contratual diz respeito às circunstâncias negociais.

Quando se fala na verificação da autonomia das partes na formação do contrato, se está falando das circunstâncias negociais que as permitem atuar com liberdade desde a origem, na fase negocial. As circunstâncias negociais são aspecto tão essencial aos contratos, que constituem elemento de existência dos negócios jurídicos¹³⁸.

Por conta disso, afirma-se que os *contratos paritários* são aqueles contratos em que as circunstâncias negociais permitem às partes negociarem seu conteúdo e suas cláusulas de maneira substancial, com o exercício livre de sua autonomia privada.

A paridade está nas condições potenciais e no livre agir, e não nas competências e capacidades concretas de cada indivíduo, que são requisitos de validade dos contratos profundamente influenciadas pelas circunstâncias negociais. Por isso, defende-se a manutenção do termo “paritário” no presente trabalho.

É natural que nas negociações uns se saiam melhores que outros no livre exercício de poder negocial que detenham, ainda que a liberdade de atuação de ambos seja igual. Se a uma pessoa, natural ou jurídica, é possível conhecer a dinâmica do objeto a ser contratado ao mesmo tempo em que pode utilizar esse conhecimento para negociar o conteúdo do contrato, fala-se em contratos paritários.

Evidentemente, num contrato entre uma empresa especializada e um indivíduo interessado não atuante no setor, as competências e as capacidades concretas serão de enorme

¹³⁷ FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 146.

¹³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

influência. Contudo, elas somente serão determinantes na medida em que afetarem ou forem afetadas pelas circunstâncias negociais de forma a impedir a atuação livre do indivíduo na negociação. Se ele sequer tem competência, conhecimento ou capacidade técnica básica sobre a contratação, nem é razoavelmente possível tê-las, não haverá liberdade negocial a se exercer. É uma clara situação de vulnerabilidade negocial, com pouca presença da autonomia privada de uma das partes.

Nesse caso, estar-se-á diante de *contratos não paritários*. Por oposição lógica, são contratos em que as circunstâncias negociais não permitem às partes negociar e/ou definir o conteúdo do contrato. Incluem-se nessa espécie os contratos de adesão. Mas por que então não chamá-los de contratos de adesão, como faz a doutrina clássica, e sim de não paritários? As circunstâncias negociais são, novamente, decisivas para demonstrar que nem todo contrato não paritário é contrato de adesão.

Por exemplo, há contratos de tal maneira regulados, que não deixam muito espaço à atuação das partes na determinação do seu conteúdo. Mas isso não significa que não seja contrato paritário, visto que as partes compartilham da mesma liberdade (ou restrição dela) para negociar, isto é, as circunstâncias negociais não privilegiam em demasiado uma delas, ou mesmo implica vulnerabilidade de uma delas.

A atuação em mercados altamente regulados exige, por si só, que seus agentes tenham capacidade e competência de enfrentar as limitações regulatórias e correr os riscos inerentes a essas atividades. Os contratos de óleo e gás e os de telecomunicações (no âmbito empresarial, não consumerista) são exemplos claros dessas circunstâncias às quais o conteúdo principal do contrato é predisposto legalmente, e não por atuação de uma das partes em desproporcional vantagem negocial.

Portanto, como no caso de mercados não consumeristas altamente regulados, há contratos que, apesar de apresentarem parte substancial de seu conteúdo predisposta legalmente, do ponto de vista das circunstâncias negociais, podem ser considerados paritários, visto que ambas as partes são livres para negociarem dentro da restrita margem permitida pela regulação estatal; há nessas relações igual espaço para a autonomia privada das partes, independentemente do quanto o Estado demarca – igualmente – a liberdade de ambas.

Contudo, dentro dessa dinâmica de contratos altamente regulados, há aqueles casos específicos nos quais o conteúdo e as cláusulas principais são quase que integralmente definidas por normas reguladoras e pela imposição dos entes estatais. Nesses casos, pouco resta às partes, sendo irrelevante sua paridade negocial.

Também se tem como exemplo os contratos administrativos, em que o Poder Público, geralmente, atua em clara vantagem negocial e legal em função da “defesa” do interesse público. Nesses casos, é mais o contexto de uma necessidade pública específica, por exemplo, que irá definir a predisposição de certas condições, e não necessariamente a vontade do administrador público, que também fica vinculado ao que a legislação dele exige. A Lei Federal nº 8.666 de 1993 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos, prevê tantas determinações editalícias e contratuais que, a Administração Pública, mesmo se quisesse, não poderia negociar com o particular vários dos termos da contratação.

Os contratos não paritários serão de adesão quando sua predisposição de conteúdo decorrer unicamente da atuação de uma parte – predisponente, a impor suas condições contratuais à outra parte – e não por alguma circunstância ou imposição legal. Ou seja, a uma parte é possível o exercício de sua autonomia privada, ao passo que à outra resta apenas a liberdade de consentir ou não com o que fora proposto.

Por isso, adota-se o termo “não paritários” em lugar do “de adesão”, por representar o gênero e a amplitude maior dos tipos contratuais, dos quais os de adesão são espécie, assim como os contratos administrativos.

Nesse contexto de contratos paritários e contratos não paritários é que será feita a análise do presente trabalho: ficam excluídos do âmbito da pesquisa todos os contratos não paritários, de forma que, quando se falar de contratos e relações contratuais no seu decorrer, estar-se-á a considerar os contratos paritários, estando inclusos tanto contratos empresariais quanto civis. Afinal, não há qualquer diferença entre eles do ponto de vista das circunstâncias negociais: em ambos as partes detêm liberdade de atuação e escolha dentro de suas competências e habilidades negociais.

Nessas duas categorias contratuais, a autonomia privada é equilibradamente exercida pelas partes, que agem na busca de seus interesses. Nos contratos paritários, é notório que as partes desfrutam de autonomia concreta, sem que existam vulnerabilidades jurídicas, em que ambas buscam à sua maneira o resultado mais proveitoso no exercício do seu poder de barganha.

Demonstra-se com exemplos práticos.

No campo empresarial, toma-se o exemplo de uma compra e venda de um equipamento entre empresas. Na seara civil, considera-se o caso de uma compra e venda de veículo entre dois particulares, de maneira direta. Afora os valores e a complexidade envolvida no objeto, não há nada nas circunstâncias negociais de ambos os casos que permita dizer que as empresas detêm mais autonomia do que os indivíduos na sua negociação.

Ora, da mesma forma que no contexto empresarial exige-se das empresas atuação diligente, estando elas obrigadas a buscar informações e critérios para atingirem seu objetivo da maneira mais eficiente possível, do vendedor e do comprador do veículo também se é exigido cuidado, postura atenta.

Se é fato que, de um lado, se exige que a empresa vendedora avalie seus custos e busque o melhor preço para valorização de seu produto, enquanto a empresa compradora deve adotar medidas para aferir a qualidade técnica e funcional do equipamento para atender à sua exigência, inclusive com a atuação da sua área técnica ou a contratação de empresa para tal, do outro, da mesma forma, o vendedor deve agir buscando o interessado que mais valorize seu bem e que demonstre capacidade de pagar pelo preço fixado, e o comprador deve avaliar as condições do veículo, inclusive com a submissão do bem a testes por mecânico e/ou especialista na avaliação de veículos, caso ele mesmo não seja competente para tanto.

Em ambos os casos, as partes atuam tomando precauções e assumindo riscos na busca de seus interesses, a serem conduzidos pela competência negocial e poder de barganha de cada uma delas. Uma empresa vendedora querendo se diferenciar e adentrar de maneira sólida num nicho de mercado pode propor condições mais vantajosas às empresas interessadas nos seus equipamentos. Assim também uma pessoa em dificuldades financeiras e precisando de dinheiro de forma imediata, costumeiramente anuncia seu veículo por valor inferior à média do mercado, o que beneficia os compradores ao aumentar seu poder de barganha.

Da mesma maneira, vícios redibitórios (artigo 441 e segs. do Código Civil) existentes são passíveis de responsabilização tanto nos contratos civis quanto nos empresariais. Cada qual à sua complexidade e natureza atribuem aos compradores o ônus de demonstrar (i) que não conheciam nem poderiam conhecer o vício; (ii) que ele já existia ao tempo da aquisição; e, ainda, (iii) que o vício não tenha inutilizado ou desvalorizado o bem.

Não há, portanto, diferença significativa no espaço de exercício da autonomia privada pelas partes no âmbito empresarial ou puramente civil. A maior complexidade ou especialidade técnica das relações empresariais em face das relações civis não implica superioridade na livre ação dos agentes, pois a circunstâncias negociais nos dois âmbitos permite equivalente liberdade contratual quando consideradas as relações paritárias.

Em conclusão, os contratos paritários constituem o objeto da análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na pesquisa, ficando excluídos os contratos não paritários, que abrangem os de consumo, os administrativos e grande parte dos de adesão.

CAPÍTULO 4 – O CONTRATO NO DIREITO CIVIL ATUAL (PARTE I): DOUTRINA MAJORITÁRIA BRASILEIRA E O JUDICIÁRIO

4.1 O direito civil constitucional

4.1.1 Aspectos gerais

Caio Mário da Silva Pereira, centenário civilista brasileiro, proferiu o seguinte discurso em Portugal, por ocasião de seu Doutorado “Honoris Causa” na Universidade de Coimbra:

Reservo-me, finalmente, trazer a vós o que tem sido objeto de minhas constantes reflexões em face das perspectivas do Direito Civil para o Terceiro Milênio.

As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos.

Assistimos entre as duas ‘grandes guerras’ a um movimento de socialização do Direito, seguido de novos ramos do Direito Privado e Público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como ‘microsistemas’.

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de ‘Direito Comum’. Não podemos permitir que as vaidades humanas dos codificadores ‘cristalizem’ o Direito Civil neste novo século que já se inicia.

É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios Gerais do Direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente pelos Direitos Fundamentais.

Tal proposta consolidou em nossa Doutrina um Direito Civil Constitucional reconhecido, definitivamente, nos meios acadêmicos e pelos Tribunais.

Sem adentrarmos nos debates doutrinários concernentes à diferença entre os Direitos Fundamentais e os Direitos de Personalidade, neste momento de indefinição do que é público ou privado, é preeminente que o Estado e os demais operadores do Direito assumam suas principais responsabilidades com base nos ditames constitucionais¹³⁹.

Segundo nota da atualizadora de sua obra, professora Maria Celina Bodin de Moraes, o discurso colacionado apresenta a *“tradicional insatisfação com os efeitos desumanos da concepção tradicional do positivismo jurídico, torna clara sua receptividade ao marco teórico da constitucionalização do Direito Civil”*¹⁴⁰.

Acima de tudo, o discurso do Professor Caio Mário exprime com precisão e eloquência, e de maneira extremamente objetiva, todo o substrato metodológico, filosófico e jurídico pelo qual o direito civil brasileiro, nos últimos anos, é submetido, dirigido e dominado.

E, em benefício do presente estudo, o discurso retrata os aspectos e elementos centrais do que se convencionou chamar, no Direito brasileiro, de “direito civil constitucional”: a

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Nota da atualizadora, Maria Celina Bodin de Moraes. s.p.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Nota da atualizadora, Maria Celina Bodin de Moraes. s.p.

absoluta supremacia da Constituição, a conseqüente defesa da constitucionalização de todo o Direito e a submissão total dos campos jurídicos e do próprio ordenamento jurídico aos direitos fundamentais; todos sob uma *ratio* axiomática de valorização jurídica da pessoa humana e de persecução e proteção de sua dignidade.

Indiscutivelmente, a partir da metade do século XX, o mundo vem sofrendo significativas transformações, decorrentes, sobretudo, dos acontecimentos e desdobramentos do período das Grandes Guerras da metade anterior. Isso acabou por gerar o que muitos consideram uma nova era, um novo período histórico, considerando nesse período a ocorrência de profundas modificações e reflexões críticas em relação ao esgotamento de paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental.

O arranjo acerca de uma designação precisa dessa conjuntura, que alcança o tempo presente, é divergente, sendo objeto de análise e de conceituação da mais diversa e vasta literatura, trespassando a economia, as artes e o design, a psicologia, etc. No entanto, ela aparenta ser mais significativa nos âmbitos da filosofia e da sociologia.

Nessas searas, são frequentes as diferentes expressões utilizadas para designar essa conjuntura, como “supermodernidade” (Georges Balandier) e “modernidade reflexiva” (Ulrich Beck). Ainda mais constantes são as interpretações discordantes acerca do termo adequado, cujo marco inicial não se tem por definido¹⁴¹.

Adota-se, no presente estudo, o termo pós-modernidade, escolhido dentre tantos outros possíveis pelo seu maior grau de reconhecimento e aceitação no mundo jurídico, principalmente após a popularização da obra de Zygmunt Bauman¹⁴² que, em momento posterior, passou a evitar o termo e substituí-lo por “modernidade líquida”.

De maneira sucinta, pode-se conceituar a pós-modernidade como a conjuntura do momento sócio-histórico da humanidade a partir da segunda metade do século XX, que ainda arraigada de elementos modernos toma as características de relativismo das situações e da ideia de verdade; do informalismo; do dinamismo das relações, acarretando em uma era da subjetividade, da pluralidade, da diversidade e da fluidez. Uma fase de transição prolongada, pois confirma-se e aprimora-se certos elementos modernos que julga-se necessários, ao tempo

¹⁴¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57. dez. 2008. p. 131-152.

¹⁴² Ver as seguintes obras: “O mal-estar da pós-modernidade”; “Ética pós-moderna” e “Modernidade Líquida”.

que se rompe abruptamente com os demais, formando uma amálgama de características que apontam para algo novo, ainda não identificado, e, portanto, não alcançado¹⁴³.

Nesse cenário, evidencia-se uma nova relação entre Estado, sociedade e Direito, visto que este servirá de instrumento de estruturação daquele enquanto organismo instituidor de condições e direitos dessa. No mundo jurídico, um dos principais movimentos consiste no fenômeno do “protagonismo constitucional”, que busca elevar o Direito Constitucional a lugar excelso no Direito, colocando-se acima dos demais campos jurídicos.

Com efeito, efetiva-se a consagração normativa das Constituições, confirmada no Brasil pela Constituição de 1988, no que foi considerado o triunfo do direito constitucional no Brasil. Esse fenômeno foi traduzido pela dogmática nacional como neoconstitucionalismo¹⁴⁴, que passou, desde então, a ser o campo mais influente no ordenamento jurídico brasileiro.

Os impactos desse cenário são imensos no Direito Civil. Sob a batuta do neoconstitucionalismo, pautado em preceitos genéricos e abertos axiologicamente sustentados, defende-se uma intensa despatrimonialização¹⁴⁵ do ordenamento civil, de forma que as relações entre particulares foram especialmente afetadas. É nascido, então, o supedâneo jurídico-normativo da doutrina¹⁴⁶ civil constitucional.

O preceito metodológico alegado por essa doutrina é o da releitura do Código Civil e das leis especiais – do Direito Privado – à luz da Constituição, sob a pretensa existência de um “*dever inadiável de compatibilizar*”¹⁴⁷ tais diplomas ao texto constitucional.

Por isso, é correto afirmar que todo esse contexto de mudanças e (re)direcionamento pelos quais o Direito Civil foi submetido, não se dá sem advertência, nem passa despercebido ou mesmo era considerado improvável. A ponderação, quase conselho, de Paulo Nader, de que o direito civil não é vulnerável a mudanças repentinas, ditadas por movimento de força, é evidência disso¹⁴⁸.

¹⁴³ FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; ALMEIDA, Victor Duarte. O procedimento judicial contratualizado no Código de Processo Civil de 2015. In: LEAL, André Cordeiro; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.) **Jurisdição e técnica procedimental**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p.103.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, n. 240. p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>> Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁴⁵ Conforme Perlingieri: “*a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial*”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

¹⁴⁶ Ao longo de todo o texto, a fim de reduzir eventual saturação, serão utilizados termos diversos, tais como, “dogma civil constitucional”, “dogmática civil constitucional”, “direito civil constitucional”, “tese civil constitucional”, “teoria civil constitucional”, devendo todos esses serem considerados sinônimos do termo “doutrina civil constitucional”.

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

¹⁴⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4.

Não se pode afirmar, contudo, na esteira do que observou Paulo Nader, que o movimento de constitucionalização do Direito, e decorrente modelo civil constitucional, estão isentos da atribuição “movimento de força”. Afinal, a imposição de tal modelo jusfilosófico – e, porque não, metodológico – ao Direito Civil pode ser considerada consequência natural do contexto histórico e da evolução social apresentados?

Para responder a essa pergunta, daqui em diante, passa-se a expor como a concepção civil constitucional é dominante no Direito Civil brasileiro atual, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, ao demonstrar elementos característicos que indiquem uma virada de direção conduzida, ao inverso do que os defensores dessa dogmática aduzem ser “uma evolução jurídica ocorrida de forma natural e necessária”.

Francisco Amaral, ao analisar as consequências do pós-guerra para o Direito Civil, considera que esse sofreu transformações que o direcionaram a uma tendência de absorção das características daquele período, tais como alterações sociais, flexibilização de regras, informalismo, biotecnologia e massificação das relações econômicas, o que denomina ser o direito civil contemporâneo¹⁴⁹.

O referido autor enumera cinco atributos desse direito civil contemporâneo, que se alinham ao entendimento inferido do discurso de Caio Mário: (i) a interpenetração do direito civil com o direito constitucional, pela qual matérias de direito civil foram absorvidas e tratadas na Constituição, em que o direito civil constitucional é materialmente direito civil e formalmente constitucional; (ii) a personalização do direito civil, pela centralidade da importância e da valorização da vida e da dignidade da pessoa humana em todo ordenamento jurídico, constituindo personalização do direito como um todo; (iii) a desagregação do direito civil, em razão do período de mudanças e transição permanente característico da pós-modernidade, o direito vem-se marcando por uma crescente separação de seus ramos jurídicos, com princípios autônomos ou vinculados ao tronco civil, como surgimento do direito do trabalho, do direito agrário, do direito imobiliário, do direito bancário, etc.; (iv) o surgimento dos microssistemas jurídicos, quase que consequência do atributo anterior, surgem sistemas legais específicos, menores, como o da sociedade por ações, o do estatuto da terra, o do mercado de capitais, o do inquilinato, o da legislação bancária, o dos seguros, etc.; e (v) as reservas à codificação, visto que, com a passagem para o direito constitucional de princípios fundamentais de direito privado, o Código Civil acaba sendo transformado em ordenamento jurídico residual, perdendo o posto de “estatuto orgânico da vida privada”, e, com isso, surgem aqueles que

¹⁴⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154.

advogam tese de um esgotamento histórico-cultural da codificação, na defesa de regulamentação de matéria privada por códigos setoriais ou microssistemas legais, em lugar de um código civil¹⁵⁰.

Sustentado sua certeza de que a dogmática civil constitucional é consequência óbvia, inevitável e irrefutável, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao tratarem do civil-constitucionalismo, afirmam que *“à primeira vista, poderia parecer dispensável a inserção de um item para tratar do tema [...] afinal de contas é certo e indubitável que a Constituição da República é a norma suprema do sistema jurídico brasileiro”*¹⁵¹.

A consequência automática dessa superioridade hierárquica é a submissão total dos campos jurídicos ao previsto na Constituição. O atual Código Civil, portanto, deve se abster diante das ingerências constitucionais hermenêuticas e normativas – diferentemente do que ocorria sob a égide da Codificação de 1916, ao menos antes da Constituição de 1988. Nesse período, sustentam os civil-constitucionalistas, pelo fato de as concepções individualistas e voluntaristas estarem incorporadas à doutrina civil, por influência das codificações oitocentistas do *Code de France* (Código Napoleônico) e do *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB (código civil alemão), o Direito Civil estava liberto da incidência da norma constitucional¹⁵².

Ao Código era atribuída a missão de garantir a estabilidade das atividades e das relações privadas. Em razão disso, parte da doutrina civil-constitucional¹⁵³ considera cabível o paralelo entre essa segurança, fundamento da Codificação de 1916, e a concepção inferida do “mundo da segurança”, elaborado por Stefan Zweig¹⁵⁴.

Por tratar de maneira geral sobre todas as situações jurídicas privadas, o Código Civil de 1916 pretendeu se consagrar como verdadeira “constituição do direito privado”. Aliás, essa pretensão também é identificada no Código Civil atual.

Miguel Reale, coordenador geral do Projeto 634-b/75, convertido posteriormente na Lei nº 10.406/02 (novo Código Civil), em seu breve e esclarecedor livro “O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais”, publicado em 1986, reitera sua convicção

¹⁵⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155-157.

¹⁵¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 66.

¹⁵² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 67.

¹⁵³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 67.

¹⁵⁴ É como o autor considera a primeira metade do século XX, ao cunhá-la de “*golden age of security*”, denunciando o cenário de inamovibilidade social e manutenção de poder e privilégios de algumas classes, sob o fundamento de segurança e estabilidade, que caracterizava o “*world of security*” dos privilegiados. Esse mesmo “mundo” escondia por trás da segurança os valores autoritários, intolerantes e nacionalistas do nazi-fascismo. ZWEIG, Stefan. **The world of yesterday**. Nebraska: University of Nebraska Press, 2013.

de que a nova codificação “*corresponde à constituição do homem comum*”¹⁵⁵, asseverando que a mesma representa uma das duas leis fundamentais de um país, sendo a outra a Constituição da República. Ao fim, crava: “*os problemas do homem estão no código civil, não na Constituição*”¹⁵⁶.

Essa concepção é considerada equivocada pela doutrina civil constitucional, pois acabaria por relegar a norma constitucional, situada topologicamente no vértice do sistema, a elemento subsidiário de integração. Em função disso, a norma constitucional apenas seria aplicável na ausência de norma específica, de forma que, somente após infrutífera a tentativa interpretativa pelos meios previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, a Constituição seria utilizada como instrumento hermenêutico¹⁵⁷. Isso deflagraria uma subversão hermenêutica¹⁵⁸.

Curiosamente, afora o raciocínio circular aplicado pela tese civil-constitucional, no qual pressupõe uma interpretação subjetiva da proposição “superioridade hierárquica da Constituição” como verdadeira e infalsável¹⁵⁹, não é possível identificar quais os aspectos negativos e ou desdobramentos indesejáveis da hermenêutica proposta e exposta, por Miguel Reale, para a convivência entre Código Civil e Constituição. Essa reflexão acerca da falácia apontada será desenvolvida mais adiante neste trabalho.

A concepção do Código Civil como constituição do Direito Privado também é atacada sob o fundamento da descodificação do Direito, apontado, por Francisco Amaral, como sendo um dos atributos do direito civil contemporâneo. Com a defendida constitucionalização do Direito, o Código Civil deixa de ser o estatuto da vida privada.

Para Orlando Gomes, o Código Civil acabou perdendo, com efeito, sua generalidade e completude, sendo provável que jamais conseguirá recuperá-las; “*a menos que se dê outro sentido ao vocábulo Código, não há como salvá-lo*”¹⁶⁰.

Outra razão pela qual o Código Civil teria perdido sua posição de estatuto da vida privada para a Constituição, deve-se ao deslocamento de seus princípios fundamentais para a

¹⁵⁵ REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 40.

¹⁵⁶ REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 41.

¹⁵⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 68.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 3.

¹⁵⁹ O raciocínio é facilmente percebido como circular, pois defende a interpretação da doutrina civil-constitucional do que venha significar a *supremacia da constituição*, o que implica afirmar o direito civil-constitucional como sendo a única doutrina civil capaz de tutelar e conciliar os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, ao mesmo tempo em que assume como vitais e fundamentais os interesses que, precisamente, são tomados em consideração pelo direito civil-constitucional.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. In: GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 45 e 50.

Constituição, com a funcionalização e a submissão dos institutos essencialmente civis à realização dos preceitos constitucionais¹⁶¹.

Outro atributo preconizado por Francisco Amaral utilizado para retirar do Código Civil qualquer papel de protagonismo na seara privada consiste no surgimento dos microssistemas jurídicos. A fragmentação do sistema privado é tamanha – citam-se a Lei das Sociedades Anônimas, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor – que o Direito Civil aparenta ter ficado totalmente descentralizado.

Esse atributo, no entanto, não encontra consenso dentro da doutrina civil constitucional. A corrente majoritária atual defende uma reunificação de todo o ordenamento jurídico em torno da Constituição:

O que o direito civil constitucional propõe é justamente o oposto dessa fragmentação em microssistemas: a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo a que cada lei especial seja interpretada e aplicada em conformidade não com uma sua “lógica própria”, mas em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo Constituinte. Não se trata tão somente de reconhecer a Constituição como centro formal do qual irradiam as leis especiais – centralidade que, de resto, vem reconhecida pelo próprio Irti com base na hierarquia das fontes –, mas de atribuir aos valores constitucionais uma primazia substancial na interpretação e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos¹⁶².

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, um dos maiores representantes dessa corrente, descreve como um dos fundamentos de defesa da constitucionalização do Direito Civil, a “*imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais para a preservação da unidade e complexidade do ordenamento*”¹⁶³.

A partir disso, o Direito Civil passaria a reconhecer a centralidade absoluta da Constituição em todo o ordenamento, inclusive no Direito Privado. O sistema jurídico deve estar/ser harmonizado com os princípios e valores na Constituição enfeixados, de modo que nela encontre seus limites, possibilidades e legitimidade¹⁶⁴. É com razão que se afirma que o Direito Privado sofre, então, uma completa desnaturação no campo de atuação que lhe é próprio, quando visto pela ótica civil constitucional.

A amplitude da “força normativa da Constituição” é tão extensa que não mais se considera suficiente apenas a consonância do sistema jurídico com os valores constitucionais, conforme sustenta Dieter Grimm, pois “*no es suficiente que una ley sea conforme a los derechos*

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5.

¹⁶² SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 9.

¹⁶⁴ GOMES, José Jairo. **Direito civil: introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 127.

*fundamentales, sino que debe ser, además, aplicada de forma favorable a los valores contenidos en los derechos fundamentales*¹⁶⁵.

Por conseguinte, na esteira desse raciocínio, a perspectiva civil constitucional alinha-se à concretização da absoluta e irrestrita submissão do Direito Civil à Constituição, sobretudo aos direitos fundamentais, porquanto, segundo Grimm, essa *“interpretacion favorable a los derechos fundamentales puede incluso consistir en una interpretacion distinta de la prevista por el poder legislativo”*¹⁶⁶.

E, acompanhando a doutrina do direito civil constitucional, tem-se, *pari passu*, a propagação da “publicização” e da “socialização” do Direito Privado. Tais fenômenos estão tão intrincados entre si e com a constitucionalização do Direito Privado, que tem se afirmado que *“esse fenômeno que os juristas chamam de publicização do direito privado é um fenômeno universal de socialização das relações jurídicas, da propriedade privada, do Direito, enfim”*¹⁶⁷.

De fato, a publicização decorre do relatado protagonismo constitucional de que grande parte das nações ocidentais do sistema romano-germânico foi acometida, sendo traduzido no Brasil pelo também já mencionado neoconstitucionalismo. Afinal, o Direito Constitucional é, notoriamente, consagrado como seara do Direito Público. Assim, não é equivoco considerar essa publicização a face “jurídica” do direito civil constitucional, enquanto a “constitucionalização” seria, como aduzido por aqueles que dela advogam, a face metodológica do civil-constitucionalismo (releitura do Código Civil e das leis especiais – Direito Privado – à luz da Constituição).

Da tríade que compõe o direito civil constitucional, resta identificar qual seria a face filosófica dessa doutrina. A resposta está justamente na socialização do Direito defendida pelos seus adeptos.

Como aponta Luciano Benetti Timm, os defensores da socialização proclamam a ruptura do que consideram um modelo “individualista e “egoísta”, atribuído ao liberalismo e ao Estado Liberal, representado no Direito Civil brasileiro pelo Código Civil de 1916. A Codificação de 1916 refletiria uma sociedade paternalista, patrimonialista, escravocrata e agrária, muito distante dos conflitos de classe impostos pela industrialização e urbanização ocorridas de maneira mais enfática a partir do primeiro governo de Getúlio Vargas¹⁶⁸.

¹⁶⁵ GRIMM, Dieter. La Constitución como fuente del derecho. In: BARATTA, A; GRIMM, D.; LLORENTE, F. Rubbio (Orgs.). **Las fuentes del derecho**. Barcelona: Anuario de La Facultad de Derecho de Lleida, 1983. p. 22.

¹⁶⁶ GRIMM, Dieter. La Constitución como fuente del derecho. In: BARATTA, A; GRIMM, D.; LLORENTE, F. Rubbio (Orgs.). **Las fuentes del derecho**. Barcelona: Anuario de La Facultad de Derecho de Lleida, 1983. p. 22.

¹⁶⁷ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 89-90.

¹⁶⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

As origens desse raciocínio remontam a Orlando Gomes, no seu “Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro”¹⁶⁹, escrito em 1958, composto por dois ensaios; o Livro I, que tem título homônimo ao da obra, em que busca apontar um descompasso existente entre o Direito escrito influenciado por normas de países desenvolvidos e a realidade social do Brasil; e o Livro II – “Marx e Kelsen”, em que se empenha em traçar as concepções marxista e kelseniana do Direito como inconciliáveis.

Na obra, Orlando Gomes traz sua visão do processo de formação do Direito Privado brasileiro numa busca de compreensão e interpretação do Código Civil de 1916, em vigor à época, há mais de quarenta anos. Ressalta o peculiar movimento de concepção legislativa do Direito Civil no Brasil, que manteve no Código de 1916 várias das noções e dos fundamentos das Ordenações Filipinas de 1603, compiladas para o reino de Portugal, e que vigoram ininterruptamente por mais de três séculos no Brasil dos períodos colonial, imperial e independente, antes de proclamada a República.

Por essa razão, considera que, em pleno século XX, a legislação civil nacional continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603, destinada primitivamente a um reino absoluto¹⁷⁰. Apesar de o Código Civil de 1916 não ter se atido às Ordenações, manteve-se fiel à tradição e ao estado social de um Brasil monárquico, incorporando disso preceitos morais que foram revestidos de conteúdo jurídico, sobretudo no direito familiar¹⁷¹.

É o que Orlando Gomes alcunha de “privatismo doméstico”, que mantém o conservadorismo de uma sociedade colonial, marcada pelo patriarcado e pelos costumes do Império. Não tarda para ser comprovado o anacronismo do Código Civil pautado nesse privatismo doméstico – considerado a nota dominante da legislação civil, fundado em costumes próprios de uma sociedade subdesenvolvida –, visto que a sociedade “*iria transformar-se vertiginosamente logo após a sua promulgação*”¹⁷².

Sem fazer referência a qualquer estudo histórico da época, Gomes considera que essa sociedade patriarcal, subdesenvolvida e de costumes imperiais é resultado também do capitalismo, que considera ser o modelo adotado pelo Brasil no Império e na República

¹⁶⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

¹⁷¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 14.

¹⁷² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19.

Velha/Primeira República. Para o autor, há uma associação entre os valores desse período e os do capitalismo, que foram igualmente absorvidos pela Codificação de 1916.

Advoga que, como a estrutura agrária mantinha o país no sistema colonial, a vida econômica estava reduzida ao binômio (i) exportação de matérias-primas e de gêneros alimentares e (ii) importação de artigos fabricados, em que era inexistente uma indústria no país. Considera, por esse motivo, que os interesses predominantes eram os dos fazendeiros e dos comerciantes, interesses esses que eram coincidentes¹⁷³.

Prossegue dizendo que, como a economia do país era baseada na exploração da terra para atender ao binômio econômico, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, ao mesmo tempo em que os comerciantes dependiam dessas exportações e, portanto, tinham interesse na conservação desse sistema. Em consequência, decreta:

Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam¹⁷⁴.

Essa realidade teria sido transfundida na ordem jurídica, com o apoio desses grupos – burguesia agrária e burguesia mercantil – que organizaram uma legislação inspirada no Direito estrangeiro. Tal legislação, embora fosse descompassada com a realidade nacional, corresponderia “*aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava*”¹⁷⁵.

Observa-se, contudo, que Orlando Gomes parece ter incorrido em sensível imprecisão histórica. Faz uso do termo “burguesia” para se referir às classes dominantes dos períodos imperial e da Primeira República, quando o que notoriamente havia era uma aristocracia oligárquica no Brasil. Aliás, já é possível notar uma contradição em seu raciocínio que demonstra a atecnia histórica, considerando que o próprio autor admite a ausência de uma indústria nacional ou de um mercado livre e desenvolvido.

A classe dominante no Brasil era, de fato, uma aristocracia oligárquica. Durante o Império, a aristocracia nobiliárquica baseada no sistema regencial de D. João VI foi, num primeiro momento, o núcleo do poder político e econômico. Com o retorno de D. João VI e sua

¹⁷³ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

¹⁷⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

corte a Portugal, o país sofreu uma queda da chamada “aristocracia de sangue”, e passou a ter sua aristocracia formada pela distribuição de títulos e terras por interesses e laços políticos. É também decorrente desses fatos, na Primeira República, o surgimento de uma oligarquia agrária, que concentrava nas mãos exatamente dos aristocratas de cunho “político” todas as terras e todo o poder político-econômico, depois de um primeiro momento em que militares e aristocratas civis dividiam os campos de poder¹⁷⁶.

A burguesia, como é cediço, é precisamente a classe opositora à aristocracia e aos valores monárquicos, sendo pautada no livre comércio e, posteriormente, no processo de industrialização surgido a partir da Revolução Industrial. Como informado por Orlando Gomes, não havia uma indústria nacional no período precedente ao Código de 1916. Dessa forma, é equivocado atribuir o termo “burguesia” a uma elite aristocrática.

Tal imprecisão não representa, senão, o arcabouço filosófico pelo qual Orlando Gomes se pautava: o marxismo. É indubitosa a inspiração socialista do autor baiano, que no ensaio “Marx e Kelsen” evidencia sua preocupação de que o Direito deva refletir a realidade social, e que esta é desnudada mais precisamente a partir do materialismo histórico dialético, em contraposição à sua crítica ao kelsenianismo, que promoveria, segundo o autor, uma eliminação das tendências ideológicas no Direito.

Ao contrapor uma argumentação de Clovis Bevilacqua em defesa dos fundamentos do Projeto do Código Civil de 1916, no sentido de evitar resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuais¹⁷⁷, Orlando Gomes acusa-o de professar uma fé antissocialista, arguindo que “esse socialismo a que se refere era apenas o movimento que viria a concretizar-se, pouco depois, no reconhecimento dos direitos sociais, hoje inscritos em todas as Constituições modernas do mundo”¹⁷⁸.

Percebe-se, portanto, que dessa sua inspiração é desenvolvido todo o raciocínio de funcionalização social do Direito, que o submete à realização de uma justiça social. Diante disso, pode-se considerar a obra de Orlando Gomes como um dos marcos iniciais do solidarismo jurídico no Brasil, a face filosófica do direito civil-constitucional.

Somado a essa raiz nacional, tem-se no plano internacional a notória influência do solidarismo jurídico francês, introduzido no Brasil principalmente pela recepção das ideias de decadência do Direito Privado e sua publicização do jurista Georges Ripert¹⁷⁹.

¹⁷⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1995.

¹⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do Projeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 36.

¹⁷⁹ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

Em suma, é possível afirmar que a bandeira principal do solidarismo para o Direito é a promoção da “solidariedade orgânica” quando ela não se encontrar espontaneamente praticada na ordem social, por meio de uma absoluta funcionalização social do Direito, seja pela exigência de uma “ética social” ou “cooperativa”, seja pela defesa de uma “justiça comutativa e distributiva”, seja pela busca de uma “democratização” econômica social¹⁸⁰.

A partir de Orlando Gomes e da disseminação das ideias de Georges Ripert, a doutrina civil constitucional apenas ganha força e passa a dominar o cenário jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988. Além daqueles já citados no presente estudo, muitos dos autores e autoras de maior renome no cenário nacional aderiram a essa doutrina, tais como Luiz Edson Fachin¹⁸¹, Teresa Negreiros¹⁸², Judith Martins-Costa¹⁸³, Gerson Luiz Carlos Branco¹⁸⁴, Arnaldo Wald¹⁸⁵, Rosa Andrade Nery¹⁸⁶, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁷ e Maria Helena Diniz¹⁸⁸.

Desse modo, é fácil notar que a perspectiva civil-constitucional tornou-se majoritária no âmbito da doutrina nacional, tomando conta do cenário jurídico civilista e aduzindo suas próprias características como sendo as características do direito civil contemporâneo, acima de quaisquer outras. É possível considerá-la, pois, um quase-consenso¹⁸⁹ doutrinário.

Para Teresa Negreiros, sob a hermenêutica civil constitucional as relações existentes entre o Direito Constitucional e o Direito Privado “compõem uma história capaz de dar um sentido unívoco e coerente às transformações sofridas pelo direito civil nos últimos duzentos anos”¹⁹⁰. Ainda assim, a autora pondera uma irrefutabilidade do civil-constitucionalismo, condenando uma análise (contrária) dessa perspectiva sob um aspecto lógico-formal:

Como qualquer outra, a perspectiva civil-constitucional não dispõe de uma lógica intrínseca irrefutável; não é deduzível da experiência, nem de premissas

¹⁸⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15-17.

¹⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁸² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁸⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁸⁵ WALD, Arnaldo. O Novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21. p. 35, jul./set., 2003.

¹⁸⁶ NERY, Rosa Andrade. Apontamentos sobre a solidariedade no sistema de direito privado. **Revista de Direito Privado**, n. 17, jan./mar., 2004. p. 70.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸⁹ Termo acuradamente utilizado por Luciano Benetti Timm para a visão que se tem no direito atual do princípio da função social do contrato, em decorrência da doutrina civil constitucional, no texto “Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

¹⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

incontestáveis. [...] a perspectiva civil-constitucional deverá ser aqui levada ao “tribunal da razoabilidade”, no qual, ao invés de juízos que avaliem (e a condenem) sob o prisma da lógica formal, aspirando torná-la uma lei irrefragável tenha lugar um debate argumentativo, no qual razões, pró e contra, possam ser ouvidas, ponderadas e utilizadas como técnicas legítimas de convencimento¹⁹¹.

Nesse diapasão de quase-consenso, Vera Helena de Mello Franco, autora não alinhada ao civil-constitucionalismo, aconselha cautela na análise e assunção de premissas e fundamentos amplos, abstratos e tidos como soberanos:

Há que se ter cautela quando da utilização de conceitos, cláusulas gerais ou institutos de conteúdo vago, amplo ou indefinido, cujo conteúdo não está delimitado na lei e com relação a tal tarefa quer a doutrina quer, a jurisprudência lograram obter um sentido comum. Em terrenos como este, prudência é sempre a melhor conselheira¹⁹².

Nesse contexto de ponderação, Paulo Nader segue uma linha moderada, não se rendendo de maneira submissa a todos os preceitos da constitucionalização do direito civil. O autor se restringe a expor os princípios filosóficos do Código Civil de 2002, consoante a exposição de Miguel Reale, sendo os três princípios inspiradores a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*. Apenas destaca o princípio da socialidade, apontando a tendência contemporânea de aceitação da prevalência do coletivo sobre o individual, ao inverso do que considera era primado pelo Código Civil de 1916¹⁹³. De qualquer forma, percebe-se no autor, com isso, a visão do modelo solidarista do Direito Civil.

Na esteira dessas ponderações, sobretudo a realizada por Vera Helena de Mello Franco, Anderson Schreiber, outro dos principais autores do direito civil constitucional, tenta enfrentar a questão axiológica dessa doutrina, que acaba por gerar termos genéricos, abertos e, até certo ponto, subjetivos:

É certo que a transposição desses valores, enunciados em termos genéricos, ao caso concreto exigirá uma compreensão histórico-social e até mesmo cultural, que é, por definição, relativa, mas que, sendo necessariamente motivada, será passível de controle, discussão e revisão em perspectiva técnica, com base em um parâmetro mais seguro (os valores consagrados no texto constitucional) que o mero sentimento de justiça ou concepção de mundo de cada intérprete¹⁹⁴.

¹⁹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67-68.

¹⁹² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

¹⁹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

¹⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

Pode-se dizer que outro grande ponto de conscientização e demarcação do movimento civil constitucional se deu pela compreensão e recepção de parte da doutrina brasileira do entendimento de Pietro Perlingieri¹⁹⁵, que defende a submissão e a adequação do Direito Civil à Constituição.

O racional fundado no pensamento de Perlingieri foi amplamente recebido no país, e o motivo da recepção seria o próprio contexto constitucional de redemocratização no qual o Brasil enfrentava na década de 1980, que encontrou eco em muitos “civilistas ansiosos por transformar o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação de pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária”¹⁹⁶.

Segundo Anderson Schreiber, a expressão “direito civil constitucional” começou a ser empregada no Brasil a partir da década de 1990, nos estudos dos civilistas Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, recém-chegados da Itália, onde concluíram o curso da *Scuola di Specializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino*, em que trouxeram uma nova metodologia, apreendida diretamente das lições do seu maior expoente no direito italiano, Pietro Perlingieri¹⁹⁷.

Em complemento, é possível afirmar que o entendimento do autor italiano foi consubstanciado nacionalmente pela defesa de Maria Celina Bodin de Moraes da direção a ser tomada pelo direito privado: o caminho da constitucionalização do direito civil¹⁹⁸.

Daí em diante, como já mencionado, esses autores transformaram-se em algumas das principais figuras representativas da concepção civil constitucional, solidificando o movimento que posteriormente viria a se tornar majoritário na doutrina civil nacional.

Falou-se que o direito civil constitucional é composto por uma tríade: uma face metodológica (constitucionalização do direito civil), uma jurídica (publicização do direito privado) e outra filosófica (solidarismo jurídico).

Porém, é preciso ainda chamar atenção ao critério pelo qual a doutrina civil-constitucional é essencialmente pautada em vias de aplicação. E esse critério, afirma-se com segurança, é um critério pautado em valores, pautado na axiologia. O critério axiológico alinha-se ao que defende o neoconstitucionalismo, sob uma bandeira do que se convencionou chamar

¹⁹⁵ Fundamentalmente pela obra: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹⁶ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

¹⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

¹⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 1, jul./dez., 1991. p. 59 e segs.

“pós-positivismo”. Não é necessário explicar, portanto, que esse mesmo critério axiológico é subsumido na doutrina civil constitucional a partir do substrato fornecido pelo neoconstitucionalismo.

À vista disso, reconhece-se que a aplicação ao caso concreto da perspectiva civil-constitucional é pautada exclusivamente por critério axiológico. Mas qual seria, afinal, esse critério axiológico? A dignidade da pessoa humana.

A dignidade, indubitavelmente, apresenta-se como o totem valorativo do civil-constitucionalismo. Qualquer seja a análise realizada no bojo civil-constitucional, tal fundamento será empregado. O critério de interpretação (e, conseqüentemente, de aplicação) do Direito Civil é a dignidade da pessoa humana.

As palavras de Tepedino demonstram de maneira eficaz o arcabouço axiológico da doutrina civil constitucional assentado na Constituição, sobretudo na dignidade da pessoa humana:

Deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição [...] propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial, da dignidade da pessoa humana¹⁹⁹.

Ignorando-se, por ora, a inevitável estranheza causada pelo uso da expressão “o direito civil *assistiu*”, visto que o direito e suas fontes não assistem a mudanças “naturais” e nem se portam como sujeito passivo, o trecho colacionado exprime bem a importância e a absoluta centralidade ocupada pela dignidade da pessoa humana na visão civil-constitucionalista.

E é desse protagonismo jurídico da dignidade da pessoa humana na doutrina civil constitucional que o trabalho passa a tratar agora.

4.1.2 O axioma (absoluto) da dignidade da pessoa humana e sua multifuncionalidade

Conforme explicitado, a dignidade da pessoa humana ocupa posição suprema na axiologia jurídica do direito civil-constitucional, devendo ser o valor máximo a ser perseguido. Para além dessa premissa, o estudo buscará demonstrar, que, tal valor supremo, é transposto ao Direito como axioma, como proposição axiomática.

Segundo a lógica tradicional, axioma é uma proposição indemonstrável, que serve para demonstrar outras proposições, e que por muito tempo foram acreditados como verdadeiros.

¹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5-6.

Para Kant e Espinosa, é uma verdade evidente por si mesma, que portanto não necessita ser demonstrada²⁰⁰. Um sinônimo da palavra axioma utilizado, por vezes, é o termo postulado²⁰¹.

Não se desconhece aqui a visão lógica contemporânea, que nega a condição de certeza da verdade, e aduz que os axiomas da matemática não são falsos nem verdadeiros, mas são assumidos por convenção, com base em motivos de oportunidade, como fundamentos ou premissas do discurso matemático²⁰². Contudo, adota-se a concepção tradicional de axioma, em razão de ser essa a concepção alinhada ao que se entende atualmente, pelos civil-constitucionalistas, como dignidade da pessoa humana.

Isso pois, sob a rubrica da dogmática civil constitucional, a inserção da dignidade da pessoa humana no mundo jurídico, ou seja, quando considerada como princípio jurídico, carece de demonstração como tal, pois essa doutrina considera o princípio da dignidade da pessoa humana evidente em si mesmo, e, portanto, verdadeiro.

Em outras palavras, ao atribuir absoluta superioridade hierárquica à dignidade da pessoa humana na condição de valor, a doutrina civil constitucional presume e aceita seja a dignidade estabelecida e designada também como princípio jurídico, por ter interesse em possibilitar que a dignidade da pessoa humana seja a norma jurídica de máxima eficácia e efetividade em todo o sistema jurídico, mesmo que isso signifique, inevitavelmente, abrir mão de critérios técnicos e hermenêuticos essenciais ao próprio Direito.

Um dos motivos atribuídos à juridicização da dignidade da pessoa humana é o já apontado contexto da segunda metade do século XX, que trouxe mudanças filosóficas, comportamentais, científicas e tecnológicas. Para a disciplina civil constitucional, em decorrência desse contexto, “ao direito civil apresenta-se o desafio de incentivar os novos horizontes da ciência e tecnologia sem perder de vista, contudo, a promoção da pessoa humana”²⁰³.

Pelo que, de fato, nesse diapasão, “o princípio da dignidade da pessoa humana e sua proteção constituem ponto nodal da dogmática Civil-Constitucional”²⁰⁴. Em consequência, com o advento da Constituição de 1988, houve uma opção preferencial pela dignidade humana, de

²⁰⁰ COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 72.

²⁰¹ Diferenciava-se de axioma apenas por uma evidência menor. Os matemáticos modernos, entretanto, renunciaram à distinção, utilizando-os como sinônimos. Ver: COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 463.

²⁰² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 102.

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 23.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 23.

modo que foi inserida nos princípios constitucionais fundamentais, garantindo uma transição em direção ao personalismo jurídico²⁰⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana configura o direito da pessoa humana ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações cabíveis de tutela jurídica; um direito logicamente antecedente e preferencial²⁰⁶.

Como se apercebe, o mantra da proteção à dignidade da pessoa humana é reiteradamente repetido, sendo sempre reforçado pelos autores para fundamentar a constitucionalização do Direito Civil e a submissão do Direito Privado aos valores constitucionais, condicionantes de toda e qualquer previsão, elaboração e interpretação da estrutura jurídica privada. E nesses casos, percebe-se, igualmente, um senso de “verdade inata e antecedente” à consideração jurídica da dignidade:

A **proteção da pessoa humana**, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius*, autonomia privada), **é o postulado** a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade [...] de fato, na medida em que as transformações têm características estruturais, o sistema de Direito Privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes. Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas²⁰⁷. (grifou-se).

Essa escolha pela utilização do termo “*postulado*” não se dá por acaso, sendo a confirmação e validação do ponto objetivado neste tópico: na doutrina civil constitucional, a dignidade da pessoa humana é simplesmente aceita e presumida, considerada verdade inerente e, portanto, não necessita qualquer demonstração ou pertinência hermenêutica no Direito, devendo ser admitida como o fundamento pelo qual o Direito Civil deve se pautar e se transformar para adequar-se a ela.

A apresentação de uma teoria técnica e criteriosa que fundamente a elevação e designação da dignidade da pessoa humana como princípio se mostra secundária; considera-se – implícita ou explicitamente, não é possível determinar qual – que o fato de a dignidade da pessoa humana ser o valor supremo e de ter alcunha constitucional de princípio já é suficiente para sua recepção jurídica enquanto tal e para aceitar que ela detenha acepção normativa.

²⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.

²⁰⁶ GOMES, Orlando. **Novos temas do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 254.

²⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73-74.

A própria conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana é pautada numa percepção ampla e vaga, por uma crença na existência de uma consciência coletiva capaz de compreender e desenvolver o conceito da dignidade humana. Ao Direito cabe apenas enunciar o que foi “cristalizado” por essa consciência coletiva, não sendo cabível ao ordenamento jurídico tentar determinar seu conteúdo ou suas características, nem mesmo buscar avaliar essa dignidade:

Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem²⁰⁸.

Não é difícil notar que doutrina civil constitucional patrocina uma concepção de supremacia irrestrita, isolando qualquer reflexão ou delimitação do princípio absoluto da dignidade humana²⁰⁹. Isso implica dizer que o princípio constitucional da dignidade humana gerou uma completa transformação do Direito Civil²¹⁰.

A consequência disso é um neologismo criado para definir o movimento de juridicização da dignidade da pessoa humana: a “jus-humanização” do Direito, em especial, do Direito Privado. É uma busca que transcende e vai além da “mera” constitucionalização do Direito Civil; ocupa-se de, por meio da densidade material de princípios normativos, escritos ou não, elevar a interpretação axiológico-normativa ao mecanismo principal de solução de casos concretos que postulam a mediação do Direito²¹¹.

Na esteira do axioma/postulado da dignidade da pessoa humana, a perspectiva civil constitucional passa a apresentar sua multifuncionalidade. Antes de se comportar como princípio, a dignidade detém o papel de agrupar as mudanças e transformações impactantes ao Direito Civil em torno de si, atuando como “valor-fonte”²¹², promovendo um direito civil constitucionalizado. Logo, a dignidade é ao mesmo tempo considerada fundamento constitucional, princípio constitucional e valor-fonte de todo o Direito, tudo isso a originar de seu caráter axiomático.

A partir dessa função primordial atribuída à dignidade humana, o compromisso do direito civil passa a ser a tutela da dignidade da pessoa humana, compromisso esse considerado

²⁰⁸ GOMES, Orlando. **Novos temas do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 82.

²⁰⁹ GOMES, Orlando. **Novos temas do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 85.

²¹⁰ GOMES, Orlando. **Novos temas do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 74.

²¹¹ MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 5, n. 19, jul./set., 2004. p. 79

²¹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 60.

pela doutrina civil constitucional como consequência inafastável da sujeição das relações entre particulares aos ditames constitucionais; é a defesa do primado do “ser” sobre o “ter”²¹³.

Karl Larenz também entende ter ocorrido uma atenuação do “viés patrimonialista” característico das codificações dos noventa, em razão de os Códigos Civis atuais fazerem do ser humano pessoa nascida²¹⁴.

Em sentido análogo, Gustavo Tepedino entende que institutos essencialmente privados foram funcionalizados à realização dos valores constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa humana. E, por isso, defende que a autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, apenas sendo merecedora de tutela quando representar, em concreto, a realização de um valor constitucional²¹⁵.

No mesmo sentido, relativizando e achatando o princípio clássico do Direito Privado, Perlingieri afirma que “*a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais*”²¹⁶.

Percebe-se disso que o movimento civil constitucional claramente estabelece um conflito entre dignidade da pessoa humana e autonomia privada, mormente se essa for considerada no âmbito das chamadas “relações patrimoniais”. Essa antinomia é resolvida sobrelevando-se a dignidade em desfavor da autonomia, mas a relação estabelecida entre ambas não se encerra aí, pois a autonomia privada é subjugada ao atendimento dos ditames constitucionais.

Em outros termos, não só a autonomia privada apenas produz efeitos quando realizado valor constitucional, como também tem sua própria existência no mundo jurídico condicionada a uma busca pela dignidade humana; sendo considerada em outro prisma, ela sequer comporta o status de valor, pois tem sua própria existência axiológica vinculada ao fundamento constitucional da dignidade. Afinal, a dignidade da pessoa humana na perspectiva civil constitucional é axioma absoluto.

Por meio da proteção desse axioma e da defesa da função principiológica (normativa, portanto) da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas, a doutrina civil constitucional postula uma tutela especial ao texto constitucional. A consequência disso é uma

²¹³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62.

²¹⁴ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993. p. 44.

²¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5-6.

²¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277.

abertura à eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas de maneira irrestrita.

Por óbvio, esse entendimento impacta profunda e diretamente no principal campo de atuação da autonomia privada: o contrato. E isso se dá nas duas vias: à autonomia privada não mais assiste a função de centralidade no direito contratual, ao mesmo tempo em que o direito contratual não mais se pauta pela autonomia privada, sendo agora regido pela tutela da dignidade humana.

Na relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, a metodologia civil constitucional possibilita a aplicação direta e indiscriminada dos direitos fundamentais nas relações contratuais. Apenas importa à doutrina civil constitucional a eficácia máxima e incondicional das normas constitucionais, incidindo e sobrepondo-se diretamente às relações jurídicas em geral, sob o argumento de efetivo cumprimento da Constituição.

Consoante esse cenário tem-se sentenciado na dogmática majoritária do direito civil atual: “muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil e [...] a ordem contratual em particular são instrumentos de realização da pessoa humana”²¹⁷.

E é exatamente isso que se verá a seguir: o Direito Civil compreendido sob a perspectiva civil constitucional implica igualmente em nova concepção do contrato e do direito contratual; na visão civil constitucional o direito contratual e o próprio contrato são submetidos e funcionalizados ao axioma da dignidade da pessoa humana e ao solidarismo jurídico.

Há uma subversão na compreensão do instituto do contrato, com sua lógica, suas características essenciais e seus preceitos fundamentais amplamente modificados pela metodologia civil constitucional.

4.2 O contrato na perspectiva civil constitucional: o solidarismo contratual

4.2.1 Compreensão geral

Segundo a perspectiva civil-constitucional, houve uma renovação da teoria contratual. Surge novo modelo, no qual o contrato contemporâneo deve refletir os princípios constitucionais, servindo como instrumento para a realização dos objetivos e das metas sociais constitucionalmente impostos²¹⁸.

²¹⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62.

²¹⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

Teresa Negreiros compreende a dogmática contratual contemporânea como sendo caracterizada pela formulação de princípios abertos que visam à proteção do contratante débil e da boa-fé contratual. Adere a isso sua concepção da ordem constitucional, que eleva a pessoa humana e sua “socialidade” ao papel de protagonistas do ordenamento jurídico²¹⁹.

Sob o aspecto constitucional, com base no entendimento de Gustavo Tepedino, Negreiros advoga pelo reconhecimento da solidariedade social (atribuída ao art. 3º, I da CR/88), do valor da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial (atribuída ao art. 3º, III da CR/88) como princípios jurídicos e como informadores da nova teoria contratual²²⁰.

Deriva disso o pensamento de que as relações contratuais – e todas as relações jurídicas, em caráter geral – devem estar assentadas sobre o princípio da solidariedade e sobre a mentalidade de que os contratantes sejam solidários entre si, pelo reconhecimento do outro como pessoa cuja dignidade deve-se respeitar acima de tudo²²¹. Seria isso, entende a autora, a mudança do direito contratual clássico fundado no voluntarismo ao direito contratual calcado no solidarismo.

Em sua tese, a autora busca construir o elo entre essa nova dogmática contratual e a ordem constitucional. A partir do entendimento da primazia das situações existenciais e dos deveres impostos pelo princípio da solidariedade social, propõe a emergência do “paradigma da essencialidade”²²², o elo proposto para adequar a dogmática contratual à ordem civil-constitucional.

O paradigma da essencialidade serve como critério de distinção da natureza dos contratos em razão do grau de imprescindibilidade do objeto contratado, a partir do que, a lógica individualista cede a vez à lógica solidarista²²³. Esse sistema de diferenciação dos contratos consiste, basicamente, na classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos, pelo qual as características do objeto e das partes contratantes se tornam o ponto central de relevância jurídica. Nessa dinâmica, o “formalismo” do direito contratual clássico se torna incompatível com a concepção social do contrato.

A constitucionalização do direito civil, arrimado pelo axioma da dignidade humana, altera o modo de se ver os contratantes, chamando atenção a certas relações contratuais injustas

²¹⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

²²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28.

²²¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28.

²²² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29.

²²³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29 e 335.

na proteção da parte vulnerável. A concretude dessa proteção a fins de “reequilibrar” a relação contratual se dá pela utilização de conceitos abertos, além dos citados preceitos constitucionais, os de natureza civil, como a boa-fé e a função social do contrato. São as chamadas cláusulas gerais, consideradas o instrumento adequado de tutela dos necessitados²²⁴.

Ou seja, pelo paradigma da essencialidade, eventuais lacunas e inseguranças provocadas pela técnica das cláusulas gerais são preenchidas pela avaliação, in concreto, da natureza/qualidade do bem objeto da contratação²²⁵. Sendo o bem essencial, aplica-se de maneira “cheia” as cláusulas gerais, abrindo-se espaço aos ditames constitucionais, inclusive para a aplicação dos direitos fundamentais, independentemente de a relação submetida à interferência estatal for uma relação essencial e materialmente paritária.

O direito contratual fica então submetido à análise da qualidade de seu objeto, e não mais à análise das características da relação estabelecida. Por essa técnica, os conflitos entre o Direito Privado e o Direito Constitucional, e, na mesma esteira, entre os princípios contratuais clássicos e os princípios contratuais solidários, relativos às relações contratuais em litígio, podem ser resolvidos pelo Judiciário de modo a privilegiar e realizar os valores constitucionais.

Não só isso, para Teresa Negreiros, a utilização do paradigma da essencialidade permitiria uma maior previsibilidade e uma maior clareza à atuação jurisprudencial, que ganharia mais consistência. Essa constatação defendida pela autora parece indicar um reconhecimento da mesma da vagueza e da insegurança jurídica inerentes aos critérios da tese civil constitucional, resultantes da ausência de precisão técnica e conceitual dessa doutrina.

De qualquer forma, todos os critérios e técnicas desenvolvidos pela autora claramente visam a concretização do projeto de absolutização e ampliação da força normativa da Constituição, mais precisamente, nesse caso da teoria contratual, sob o aspecto filosófico da doutrina civil constitucional: o solidarismo jurídico.

A concepção social do contrato defendida pela autora por meio da alegada passagem de uma lógica individualista a uma lógica solidarista é, indubitavelmente, a concepção compartilhada atualmente pela maioria da doutrina do direito contratual, em maior ou menor grau, com maiores ou menores especificações.

É nesse sentido, por exemplo, que Carlos Roberto Gonçalves entende o afastamento da doutrina civil e do próprio Código de concepções individualistas, com a adoção do princípio da socialidade prevalecendo sobre os interesses individuais, sob o valor fundamental da pessoa

²²⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

²²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

humana²²⁶. E, a partir disso, assinala a concepção social do contrato como um dos pilares da teoria contratual contemporânea, tendo por escopo a realização de uma justiça comutativa, com redução das desigualdades substanciais entre os contraentes²²⁷.

Para Caio Mário, o contrato passa a ser visto como parte de uma realidade maior, sendo considerado importante fator de mudança da realidade social; a nova dinâmica contratual se vale dos novos princípios para que o interesse social maior prevaleça, face outros de cunho essencialmente privado²²⁸.

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald reiteram à exaustão seu alinhamento de que o elemento volitivo fruto da autonomia da vontade e da autonomia privada²²⁹ não mais assume caráter absoluto, sofrendo sempre as limitações decorrentes da efetividade de normas de ordem pública, em especial as constitucionais, por força da proteção destinada à dignidade da pessoa humana²³⁰. Por essa razão, os negócios jurídicos devem ser sempre compreendidos de maneira funcionalizada, proclamando os ideais da justiça social²³¹.

E em razão da vasta gama de autores que filiam-se a essa perspectiva, o solidarismo contratual tornou-se amplamente a doutrina mais difundida e aceita nacionalmente para interpretar e aplicar o direito contratual.

A perspectiva solidarista do contrato tornou-se tão majoritária e de maneira tão rápida, que um levantamento realizado por Luciano Benetti Timm sobre os artigos publicados nos principais periódicos nacionais entre os anos de 2003 e 2006, apontou um quase consenso doutrinário na defesa do solidarismo contratual, pois apenas foram encontrados quatro artigos dissonantes dos demais²³². Ou seja, já nos primeiros três anos de vigência do atual Código Civil constatou-se a adoção do solidarismo pela massiva maioria doutrinária e científica da temática contratual.

Mais recentemente, o levantamento de Otavio Luiz Rodrigues Junior mostrou o impacto da constitucionalização do Direito Civil na literatura jurídica brasileira. Em pesquisa junto a

²²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

²²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

²²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 13.

²²⁹ Nota-se uma “estranha” contradição incorrida pelos autores, visto que um dos preceitos da autonomia privada é justamente a superação do dogma da vontade, do voluntarismo absoluto e formal do Estado Liberal do oitocentos.

²³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 153-154.

²³¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 152-153.

²³² TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73.

Rede Virtual de Bibliotecas Institucionais, compreendendo todo o período de 1º de março de 1950 a 1º de março de 2017, o autor encontrou nada menos que *setenta e três* livros e capítulos de livros sobre a constitucionalização, dos quais *sessenta e quatro* referem-se ao Direito Civil²³³. Curioso notar em sua pesquisa que, de 1950 a 1988, apenas uma obra sobre constitucionalização do Direito foi encontrada, sendo que o Direito Civil *não* era o objeto²³⁴. Confirmando a tendência identificada por Luciano Timm – restrita ao âmbito contratual –, a pesquisa demonstra que em 2005 teve início série histórica de expressivo e contínuo crescimento obras sobre a temática, com certa inconstância entre 2015 e 2017²³⁵.

Quando consideradas apenas as revistas e periódicos científicos no mesmo período, esse número salta para impressionantes *duzentos e doze artigos*²³⁶. Em resultado semelhante ao que se deu na pesquisa de livros e capítulos de livros, foi constatado que até 1990 apenas três artigos haviam sido publicados²³⁷. Novamente, ratificando a percepção da pesquisa de Timm, a pesquisa de Otavio Luiz Rodrigues Junior verificou que entre 2005 e 2015 é que se concentra o maior número de publicações de constitucionalização em geral e, especialmente, do Direito Civil em particular.

O que se percebe é que, por essa tese majoritária, o julgador poderia, em casos de interpretação ou execução de um contrato, trazer para seu bojo critérios e condições, consoante os ditames constitucionais, os quais não foram queridos ou desejados pelas partes, preterindo assim o princípio da autonomia privada – e da liberdade contratual, em decorrência – a plano secundário²³⁸.

A consequência é a maximização da intervenção do Estado nas relações privadas, numa espécie de expansão e alargamento do fenômeno do dirigismo contratual surgido no início do século XX. Pelo solidarismo contratual, o contrato é eleito como instrumento para concretizar os direitos fundamentais nas relações privadas, mediante cláusulas gerais tais como a da boa-fé ou a da função social²³⁹.

²³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 150.

²³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 151.

²³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 152.

²³⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 150.

²³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 150.

²³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

²³⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

Isso implicou, por óbvio, na modificação da concepção e interpretação dos princípios existentes e dos novos princípios do direito contratual. Os princípios contratuais clássicos já consagrados no antigo Código Civil teriam adquirido conotação nova perante os valores constitucionais assumidos pelo Código Civil atual.

É inegável que a dogmática clássica do contrato com base no liberalismo do oitocentos foi modificada e consideravelmente atualizada, inclusive com o surgimento dos novos princípios, tais como o da boa-fé, o da eticidade, o da função social e o da probidade, e também com a própria releitura e passagem da autonomia da vontade à autonomia privada. O que se tem, contudo, é uma gama de interpretações e entendimentos diversos desse mesmo fenômeno, de forma que resta imperativo examinar qual a compreensão dada por essas diferentes vertentes de análise do fenômeno da evolução do direito contratual.

Por ora, expõe-se a visão da corrente solidarista, pelo que outras serão apresentadas mais adiante no trabalho.

4.2.2 Os princípios contratuais e a realização dos direitos fundamentais no solidarismo jurídico

O princípio basilar do direito contratual era o princípio autonomia da vontade, que exprimia que a liberdade contratual era decorrente da vontade das partes colocados em acordo. Até que o dogma da vontade foi revisto, com a demonstração de suas fragilidades e insustentabilidades teóricas.

A autonomia da vontade se transformou em autonomia privada, desenvolvida ao longo de todo o século XX. A vontade não mais é suficiente para compreender e regular as relações entre particulares.

Sílvio de Salvo Venosa alinha-se à existência de um deslocamento dos preceitos e elementos do direito privado como sendo os centrais do direito contratual, para a centralidade da importância do interesse coletivo e do solidarismo nos contratos. Para o autor, hodiernamente, a autonomia da vontade clássica foi substituída por uma autonomia privada submetida a um interesse social²⁴⁰.

Ganha força, nesse contexto, a princípio da função social do contrato. Por meio desse princípio o contrato é funcionalizado a atender aos anseios e interesses da coletividade, visto estarem os interesses da sociedade sobrepostos aos do indivíduo, numa limitação e correção da

²⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 389.

autonomia privada. A função social se torna a causa dos contratos e dos negócios jurídicos em geral²⁴¹.

Com supedâneo no art. 421²⁴² do Código Civil, a função social se expande e ganha normatividade. O referido dispositivo parece subordinar a autonomia privada e a liberdade contratual à sua função social, com a prevalência dos princípios constitucionais e de ordem pública²⁴³. Consequentemente, o contrato só estaria cumprindo sua função, sua finalidade caso distribua as riquezas e seja fonte de realização de justiça social; o contrato deve ser mais um instrumento de justiça distributiva.

No contexto solidarista, como identificado por Timm, pelo fato de a sociedade apresentar enormes desigualdades, os acordos privados refletiriam essa realidade, devendo as relações contratuais serem regulados de fora do âmbito das partes²⁴⁴. A função social do contrato é vista como uma limitação ao princípio da liberdade contratual (e da autonomia privada), composto de índole tipicamente liberal e burguesa, e consagrado nos códigos civis do Século XIX, como o *Code Civil* francês e o *Bürgerliche Gesetzbuch* alemão (BGB), considerados individualistas e em descompasso com o Estado Social Constitucional²⁴⁵.

A exemplo tem-se as palavras de Judith Martins-Costa, que aduz que o “princípio da função social” expressa a “socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, in fine)” em oposição “ao individualismo predatório”²⁴⁶. Endossando esse entendimento e antagonizando a função social e a liberdade de contratar, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera:

No novo Código Civil a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos

²⁴¹ É o que defendem, por exemplo, FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 225 e segs; e MOARES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, n. 21, jan./mar., 2005. p. 100.

²⁴² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

²⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

²⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**, v. 1, n. 1, maio, 2005. p. 41.

como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica²⁴⁷

Estendendo ao máximo o alcance e compreensão da função social, Tepedino advoga que a função social deve ser entendida como princípio informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor da livre iniciativa, da igualdade substancial e da solidariedade social, e, portanto, detém o poder de impor às partes do contrato “o dever de perseguir, ao lado seus interesses individuais, interesses contratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”²⁴⁸.

Identicamente às origens do solidarismo jurídico fundante de Orlando Gomes relatadas alhures neste trabalho, o solidarismo aplicado ao direito dos contratos pode ser identificado com o Marxismo, e com a sociologia coletivista de Comte, Durkheim e Tonnies. Esse projeto de transformação da dogmática e interpretação jurídica acabou por se tornar a visão dominante nos cursos de pós-graduação do Brasil²⁴⁹.

Buscando desvencilhar o solidarismo jurídico e a conseqüente visão da função social desse complexo ideológico, notavelmente autoritário, Gustavo Tepedino explica que a função social não instrumentaliza os interesses individuais a uma indefinida entidade coletiva, supraindividual, mas a plena realização da pessoa humana e de suas realizações existenciais²⁵⁰. Uma concepção que instrumentaliza a função social aos ditames constitucionais de maneira indiscriminada.

Destarte, a função social passa a possibilitar e a justificar a intervenção do Estado no contrato e nas relações contratuais para extinguir as injustiças sociais. A função social se transforma em mais uma porta de entrada à aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais, sob o fundamento de correção das desigualdades sociais. Inaugura-se uma nova era de regulação contratual, uma segunda onda do dirigismo contratual.

Outro princípio surgido posteriormente à principiologia contratual clássica, é o da boa-fé. A boa-fé é mais um princípio que teve alargada sua dimensão pela doutrina solidarista. Seu alargamento foi tamanho, que a boa-fé desempenharia três funções: a interpretativa, a integrativa e a de controle. A primeira aclararia o sentido das estipulações de um contrato; a

²⁴⁷ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípios Constitucionais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42: abr./jun. 2002. p. 189.

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 149.

²⁴⁹ ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico**: juristas e usos do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

²⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 151.

segunda explicaria os deveres de conduta das partes; e a terceira impediria o exercício abusivo de direitos pelos contraentes²⁵¹.

Por sua vez, Judith Martins-Costa, em sua abrangente obra “A boa-fé no direito privado”, no sentido da tripartição de funções defendida por Noronha, realiza alguns ajustes e adaptações dessas funções para delimitar a abrangência do princípio. As funções atribuídas à boa-fé pela autora seriam a de (i) cânon interpretativo-integrativo; a de (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e a de (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos²⁵².

O que uniria essas três funções, segundo a autora, seria sua mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e respeito mútuo, em lugar de simples perseguição “egoísta” da satisfação individual de cada parte²⁵³.

Com o advento do artigo 422²⁵⁴ do Código Civil, a boa-fé foi positivamente alçada à condição de cláusula geral do Direito Civil e Privado como um todo. Esse caráter geral da boa-fé não é fruto de muito embate, ao contrário das extensas discussões referentes à sua utilização, interpretação e aplicação enquanto tal.

A doutrina solidarista defende que a boa-fé, combinado o citado artigo 422 e o artigo 2.035²⁵⁵ do Código Civil, constitui norma de ordem pública, de aplicação apriorística, cogente e independente de lacunas legais, e de observância imprescindível em todas as relações obrigacionais/contratuais²⁵⁶. Conseqüentemente, abre-se livre e irrestrito o caminho para o magistrado invocar a cláusula geral de boa-fé, ainda que de ofício, em proteção à integridade existencial e patrimonial da parte prejudicada²⁵⁷, mormente rogando-se a defesa da dignidade humana.

Incluídos ainda entre os deveres de conduta exigidos pela boa-fé estariam os deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, conforme adotado por Menezes Cordeiro²⁵⁸. A boa-

²⁵¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 151.

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427.

²⁵⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁵⁵ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos

²⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.196.

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

²⁵⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 604.

fé, como se apercebe, vai se alastrando, sendo alargada e interpretada ampliativamente num ou noutro sentido por cada autor.

Em razão disso, Vera Helena de Mello Franco chama atenção ao fenômeno interpretativo de “hipertrofia do princípio da boa-fé”²⁵⁹. A utilização da boa-fé como cláusula aberta da forma e da amplitude abraçadas pelo solidarismo jurídico é considerada por parte da doutrina divergente como apta a produzir incerteza, prejudicando-se a previsibilidade da norma e sua decorrente segurança jurídica. Essa hipertrofia acatada pela doutrina majoritária acaba relegando a plano de pouca relevância o critério da responsabilidade contratual. Residiria, nesse ponto, um paternalismo jurídico que se degrada e revela um verdadeiro autoritarismo, não titubeando, o Judiciário, em se autoproclamar censor dos acordos privados.

Dessa maneira, a boa-fé também acaba se tornando princípio e cláusula aberta apta a possibilitar uma abertura ampla à ingerência estatal nos contratos. O que se depreende é que a perspectiva solidarista descaracteriza o contrato e o expõe a todo tipo de interferência estatal sob o signo da proteção à dignidade humana e com o escopo de realização efetivação integral dos direitos fundamentais.

É exatamente com base nessa visão solidarista do contrato que se examinará a seguir como o Judiciário tem aplicado às relações contratuais os direitos fundamentais, ao adotar tal perspectiva.

4.3 Judiciário e solidarismo contratual: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais

A perspectiva civil constitucional e o modelo solidarista de contrato não figuram apenas como entendimento majoritário no âmbito doutrinário e acadêmico; ambos tornaram-se quase consenso também no Judiciário brasileiro.

E a partir dessa sistemática, a jurisprudência das cortes do país tem se consolidado para dilatar ao extremo a interferência nas relações contratuais por meio da aplicação dos direitos fundamentais. Questionamentos a respeito da adequada extensão da aplicação dos direitos fundamentais na seara contratual costumam ser enfrentados pelos julgadores com uso de valores constitucionais vagos, com a axiologia da dignidade da pessoa humana e com a utilização de cláusulas gerais, para qual toda exigência de critério de aplicação fica submetida.

²⁵⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

Desde a Constituição de 1988, o Judiciário tem expandido o aproveitamento das previsões constitucionais, como era de se esperar, considerando-se o contexto e natureza da própria Constituição. O efeito disso foi praticamente imediato para as relações contratuais, que já nos primeiros anos seguintes ao da promulgação constitucional foram diretamente afetadas.

Na Suprema Corte do país, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas tem se alargado nesse período pós 1988, com a extensão de sua aplicabilidade de maneira irrestrita nos mais variados casos. Pode-se citar como importante marco dessa extensão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais o caso envolvendo a exclusão de associados do quadro de uma cooperativa.

Em 1996, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou um recurso extraordinário²⁶⁰ no qual os recorrentes alegavam terem sido excluídos da cooperativa sem observância às regras estatutárias alusivas à defesa num procedimento punitivo, bem como em ofensa ao direito/garantia constitucional da ampla defesa.

Em seu voto, acompanhado por unanimidade pela Segunda Turma, o ministro relator Marco Aurélio julgou procedente o recurso e determinou a reintegração dos associados, aduzindo:

Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio da parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova. Na esteira do pronunciamento da Procuradoria Geral da República, tenho que o recurso extraordinário interposto está a merecer conhecimento e provimento. Provejo-o para, reformando o acórdão de folhas 246 a 249, julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembléia da Recorrida que implicou a exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os conseqüentes pertinentes e que estão previstos no Estatuto da Recorrida.²⁶¹

Nota-se nesse julgado que o entendimento prolatado pela Segunda Turma seria posteriormente consolidado e acolhido no caso que se tornou *leading case* da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) no Brasil, no já mencionado Recurso Extraordinário nº 201.819-8 do Rio de Janeiro, julgado pelo STF em 2005, que sedimentou a teoria da eficácia direta ou imediata no país.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio - Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 maio 1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio - Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 maio 1996. p. 4. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Cumprе ressaltar, entretanto, que a decisão supracolacionada do STF ocorreu antes da vigência do Código Civil de 2002, ainda sob efeito do Código de 1916, e menos de dez anos de existência da Constituição. Não por acaso, não se verifica qualquer referência a uma constitucionalização do direito civil, bem como não se percebe utilização de cláusulas gerais civis para aplicação de solidarismo contratual.

Na esteira desse entendimento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDf) também tem se valido do *Drittwirkung* para aplicar os direitos constitucionais ao processo legal, à ampla defesa e ao contraditório às relações contratuais. Porém, há uma nítida diferença na forma de aplicação desses direitos fundamentais pelo órgão no decorrer dos anos.

Para exemplificar, toma-se como exemplo o acórdão proferido em sede apelação cível²⁶² na Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do TJDf, no ano de 2007. O caso versa sobre aplicação de penalidade a condômino pelo condomínio com base em dispositivo previsto no regimento interno, e foi assim julgado pela turma, em suma:

Alega o condomínio recorrente, em síntese, que o desrespeito do Autor às normas do seu Regimento Interno ensejaram a correta aplicação da multa, e que seu direito de defesa contra a aplicação da sanção não fora exercido por liberalidade sua, que se quedou inerte em recorrer ao Conselho e à Assembléia do Condomínio [...] com efeito, consta dos autos que o fato que ensejou a multa ocorrera na manhã do dia 07/08/2006, tendo a aplicação da mesma sido formalizada no mesmo dia, conforme o documento de fl. 66/67. Evidente, assim, que ao autor não fora oportunizado exercer o seu direito de defesa, ainda que nas razões do apelo narrem os apelantes de forma diversa. Acrescente-se que eventual recurso do apelado ao Conselho ou à Assembléia do Condomínio restariam inócuos, tendo em vista que o síndico, conforme anotação de próprio punho (fl. 67), enviou cópia da multa e notificação para que a imobiliária responsável efetuasse a emissão de boleto para cobrança (fl. 14). Resta patente à mácula à Ampla defesa e ao Contraditório [...] conclui-se pela ilicitude do ato, por afronta às máximas do Contraditório e Ampla defesa. Recurso conhecido e improvido. Parte recorrente condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, alvitrados em R\$ 760,00, *ex lege*.²⁶³

No acórdão foram citados os precedentes do STF acerca da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. O que não se faz presente é a utilização da sistemática civil-constitucional, da mesma forma dos julgados do STF.

Mas isso se alterou posteriormente. Em caso análogo julgado em 2015 pelo mesmo TJDf, em sede de procedimento ordinário na Primeira Turma Cível, a decisão implicitamente lança mão do direito civil constitucional para expandir a análise e o alcance da eficácia

²⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - APC 2006071019377-9**. Relatora: Juíza Leila Arlanch, Brasília, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁶³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - APC 2006071019377-9**. Relatora: Juíza Leila Arlanch, Brasília, 16 out. 2007. p. 3-4. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

horizontal dos direitos fundamentais. No acórdão de entendimento unânime, negando provimento ao recurso de apelação e mantendo a sentença, a relatora faz questão de ressaltar a submissão do ordenamento privado e das relações privadas aos direitos fundamentais, conforme se comprova:

Entretanto, apesar da preocupação do Legislador, observa-se que muitos pontos não foram disciplinados, como, por exemplo, o procedimento a ser seguido para a imposição de penalidades aos condôminos infratores das regras da boa convivência. Nesse sentido, atente-se que nem o Código Civil, e nem a Lei 4.591/64, apesar de permitirem a imposição de penalidades ao condômino descumpridor de seus deveres, traçam regras a fim de que seja assegurado ao infrator o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes dos direitos fundamentais preconizados no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Essa omissão legislativa, acerca da aplicação de multas condominiais, gera subjetivismos que ocasionam insegurança jurídica e prejudicam a aplicação da legislação acerca do assunto.

Desse modo, a jurisprudência, analisando casos concretos, e com o escopo de sanar as omissões do Código Civil e da Lei 4.591/64 sobre a questão, consolidou o posicionamento de que, em um Estado Social e Democrático de Direito, não se pode admitir que as relações privadas entre condomínio e condôminos se sobreponham aos direitos fundamentais contidos no texto constitucional. Isso representa a clara adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung* -como é chamada na Alemanha - nascedouro dessa teoria), a fim de limitar a autonomia privada existente na relação entre condomínio e condôminos, impondo-lhes o respeito aos direitos fundamentais definidos pela Constituição Federal. Ou seja, os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente, vinculam não apenas os "Poderes Públicos", mas possuem ingerência, também, nas relações privadas, protegendo os particulares em face do exercício dos poderes privados.

Assim, é inadmissível que a prerrogativa do condomínio, de aplicar sanções pecuniárias aos condôminos que não respeitam as regras de convivência harmoniosa e pacífica, seja exercitada de forma afrontosa aos direitos fundamentais. É que, se é certo que o condomínio possui autonomia para gerir seus interesses e sua organização (inclusive aplicando sanções administrativas e pecuniárias contra seus membros), também, é certo que esse espectro de liberdades não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos, também fundamentais. Tais constatações decorrem do inelutável fato de que, atualmente, os direitos fundamentais não representam limitações única e exclusivamente oponíveis ao Estado, pois alcançam também as relações privadas, por meio da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

Portanto, a imposição de penalidades contra condôminos, mesmo encontrando guarida legal, deve imperioso respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Assim sendo, atualmente, a imposição de penalidade pecuniária, por infração à convenção condominial, requer a previa apuração da infração pelo condomínio - por meio de procedimento interno. Além disso, deve ser garantido ao condômino infrator o direito de conhecer da imputação, das provas do fato, bem como o direito de contraditá-las e, claro, de exercer ampla defesa contra a acusação que lhe pesa. Sem o preenchimento básico dessas etapas tem-se a nulidade da sanção pecuniária eventualmente imposta, por flagrante ofensa aos direitos fundamentais do condômino apenado.

Esse é o entendimento dominante desta Egrégia Corte de Justiça, conforme se extrai dos seguintes enunciados[...].²⁶⁴ (Grifou-se).

²⁶⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - APC 20100112192574**. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo - Primeira Turma Cível. Brasília: 21 out. 2015. p. 7,8,10. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Noutro julgado da Corte do Distrito Federal e Territórios, também versando sobre ampla defesa e contraditório, houve a reversão de uma cláusula penal do contrato e reforma da sentença. O caso é sintomático da perspectiva civil constitucional e vale ser detalhado.

Tratavam-se de recursos de apelação interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido de empresa prestadora de serviços para condenação de empresa contratante ao pagamento de quantia em dinheiro referente ao inadimplemento de fatura de cobrança em aberto e respectivos juros incidentes. A decisão de primeira instância julgou improcedente o pedido da prestadora de serviços para condenação de sua contratante ao pagamento de quantia em dinheiro decorrente de cláusula penal do contrato firmado entre as partes, o que gerou a lide e a interposição dos recursos apelatórios. O contrato trazia a seguinte cláusula que ensejou a celeuma:

CLÁUSULA OITAVA - DA VIGÊNCIA

O presente contrato vigorará pelo prazo de 48 (quarenta e oito) meses, a contar da data de sua assinatura, prorrogando-se por iguais e sucessivos períodos, caso não haja qualquer manifestação das partes.

PARÁGRAFO PRIMEIRO. Antes dos primeiros 06 (seis) meses de vigência, o presente contrato somente poderá ser rescindido com o pagamento do valor correspondente às benfeitorias realizadas no imóvel para o início das atividades, desde já fixado no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), que deverão ser pagos de uma única vez à BEST MEAL pela SAGA.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Após os primeiros 06 (seis) meses, o contrato poderá ser rescindido por qualquer das partes, sem qualquer ônus, desde que o interessado comunique sua intenção por escrito e com uma antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

PARÁGRAFO TERCEIRO. Este contrato também poderá ser rescindido, de pleno direito, independentemente da notificação, em caso de inadimplemento de norma legal, cláusula ou condição contratual que torne inviável a sua continuidade, sem prejuízo da apuração de perdas e danos, desde que seguidos de um processo administrativo que comprove a quebra parcial ou total do referido contrato, devidamente registrado.²⁶⁵ (grifou-se).

O cerne da questão era decidir se o pagamento da quantia prevista no parágrafo primeiro acima era devido automaticamente quando rescindido o contrato dentro dos seis primeiros meses, ou se a quantia somente seria devida após processo administrativo que demonstrasse a quebra contratual, conforme.

Da leitura perfunctória da cláusula supracolacionada é possível compreender, sem dificuldade, que o parágrafo primeiro diz respeito à hipótese de rescisão imotivada do contrato

²⁶⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - AC 0009578-32.2011.8.07.0001**. Relator: Desembargador Sandoval Oliveira - Quinta Turma Cível. Brasília: 2 set. 2015. p. 6. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

antes de decorridos os seis primeiros meses de seu prazo, ao passo que o parágrafo terceiro refere-se à rescisão motivada – resolução, quando ocorrido inadimplemento contratual ou legal por uma das partes. No caso, é incontroverso que o contrato, apesar de ter sido rescindido antes dos seis primeiros meses de sua vigência, foi extinto em razão de acusação de descumprimento contratual contida em notificação extrajudicial enviada pela prestadora de serviço, preenchendo-se o previsto no parágrafo terceiro da cláusula, que trata da resolução contratual.

Não obstante a própria cláusula já disponha dos elementos necessários à solução do litígio, o desembargador relator Sandoval Oliveira não se contenta com o previsto contratualmente e lança mão da constitucionalização do direito civil para expandir o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais:

É incontroverso nos autos que o contrato foi rescindido antes de 6 (seis) meses do início de sua vigência, haja vista que foi firmado em 12 de julho de 2010 (fl. 18) e em 6 de outubro do mesmo ano a apelada expediu o documento de fls. 63/64, denominado de "NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL (DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL)", cuja finalidade é informar à apelante da rescisão do contrato.

[...] A mera pesquisa de satisfação, realizada de forma unilateral pela apelada, não é suficiente para caracterizar o inadimplemento contratual, pois não foram observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que sequer houve processo administrativo, conforme previsto expressamente em contrato.

A garantia do contraditório e da ampla defesa está no art. 5º, LV da Lei Fundamental e estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Da interpretação da norma transcrita, conclui-se que a garantia constitucional deve ser aplicada não somente dentro do processo judicial, mas também nas relações contratuais em que se imputa a um dos contratantes algum fato capaz de gerar o inadimplemento contratual, com suas consequências para o inadimplente, mormente quando há previsão expressa de que eventuais faltas serão apuradas por meio de processo administrativo.

Essa "constitucionalização do direito civil" está diretamente ligada à tese que ganha relevo na seara do direito privado pós-moderno. Trata-se da "eficácia horizontal dos direitos fundamentais", ou seja, da aplicação dos dispositivos constitucionais que consagram direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do Estado também no âmbito das relações privadas.²⁶⁶ (grifou-se).

Nesse caso, percebe-se que a fundamentação com base na dogmática civil constitucional permitiu ao julgador estender o âmbito de aplicação de direitos fundamentais a uma situação prevista contratualmente, em que a aplicação de cláusula penal por descumprimento é anulada com base na ampla defesa e no contraditório. Conforme explicitado anteriormente no presente capítulo, a visão civil constitucional submete o contrato indiscriminadamente aos ditames constitucionais, de forma que a relação não mais seja regida pelo que foi livremente

²⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - AC 0009578-32.2011.8.07.0001**. Relator: Desembargador Sandoval Oliveira - Quinta Turma Cível. Brasília: 2 set. 2015. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

convencionado, nem sequer pelo ordenamento civil, mas que sirva apenas para observância e realização de direitos fundamentais, a despeito das condições contratadas.

No caso, não importou que houvesse cláusula expressa e acordada entre as partes que previsse mecanismo contratual para definir como seriam tratadas e verificadas as hipóteses de descumprimento parcial ou integral do contrato; considerou-se necessário que os ditames constitucionais fossem utilizados para decidir a questão.

Retornando-se ao âmbito do STF, outra decisão apropriada a demonstrar o atual cenário de aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais versa sobre o direito constitucional de liberdade associativa²⁶⁷, em que escrivão se insurgiu contra o órgão de previdência dos escrivães do Estado do Paraná, que o obrigou a filiar-se ao regime de previdência complementar.

O Supremo asseverou que o art. 202²⁶⁸ da Constituição determina que a adesão a regime de previdência privada de caráter complementar é facultativa e a exigência da carteira de escrivães é indevida pois inconstitucional. Além do mais, a própria Corte Constitucional já tinha firmado entendimento acerca da dupla dimensão do direito de liberdade associativa, que funciona a permitir o direito de se filiar (positiva) e o direito de não se filiar ou não permanecer filiado (dimensão negativa). É o que se depreende do acórdão, pelo trecho abaixo:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendeu constitucional a filiação obrigatória do recorrente ao regime de previdência complementar, bem como o pagamento de contribuição à Carteira de Previdência Complementar dos Escrivães, Notários e Registradores - CONPREVI - do Estado do Paraná.

Neste RE, fundado no art. 102, 111, a e b, da Constituição, alegou-se ofensa aos arts. 5a, 11 e XX, 8º, V, 24, XII, 202 e 236 da mesma Carta.

A pretensão recursal merece parcial acolhida.

A adesão a regime de previdência privada, de caráter complementar, é facultativa, conforme previsto no art. 202 da Constituição. Ante o caráter facultativo da adesão, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que a liberdade de associação, em sua dimensão negativa, comporta também o direito de não se filiar ou de não permanecer filiado. Nesse sentido, transcrevo ementa do RE 482.207-AgR/PR, Rel Min. Eros Grau:

Isso posto, forte no disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe parcial provimento, para garantir o direito do recorrente de se desvincular do regime de previdência complementar mencionado e determinar a devolução das contribuições eventualmente pagas em momento posterior à propositura desta ação.²⁶⁹

²⁶⁷ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato [...].

²⁶⁸ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 600.392/PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski - Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

É possível reparar que as decisões do STF pautam-se mais na argumentação constitucional, sem referência à legislação civil, procurando apontar afronta direta e explícita ao próprio texto do regramento constitucional. Por sua vez, as decisões mais recentes do TJDF versando sobre mesma temática adentram na discussão ordenamento privado *versus* direitos fundamentais, inclusive valendo-se de interpretações restritivas e delimitativas dos precedentes do STF para, contraditoriamente, expandir o alcance da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais no âmago das relações contratuais.

No âmbito das cortes superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela sua competência como corte suprema de julgamento dos casos que versam sobre relações privadas reguladas pelo ordenamento infraconstitucional, se mostra como jurisdição mais apta a fornecer decisões que demonstrem essa balança de aplicação pelo Judiciário dos direitos fundamentais nas relações contratuais.

Uma matéria que gerou controvérsia na Corte sobre a temática refere-se à interpretação do órgão acerca de cláusula de exclusividade para médicos de cooperativa médica. A celeuma teve início em 2004, decorrido pouco mais de um ano de vigência do Código Civil atual.

Nesse ano, a Segunda Seção julgou o Recurso Especial nº 261.155 de São Paulo, em que médica associada a cooperativa ajuizou ação cautelar em virtude de deliberação tomada pelo Conselho de Administração que resultou na sua exclusão do quadro associativo por haver passado a trabalhar em empresa de seguros de saúde, o que considera ilegal. Isso pois, o estatuto da cooperativa estabelecia que era vedado aos seus cooperativados prestar serviços médicos a outras entidades, impondo a eles dever de exclusividade, o que seria proibido pelo art. 18, III²⁷⁰ da Lei 9.656/98.

Em seu voto, o ministro relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior concluiu pela legalidade da disposição estatutária e negou o recurso da profissional médica, apesar da dificuldade que dela possa resultar a outras entidades que atuam no mercado. Para tanto, citou acórdão em que já havia decidido nesse sentido ao julgar os Embargos Infringentes nº 591.022.926, e colacionou precedentes do próprio STJ - Recurso Especial nº 83.713 do Rio Grande do Sul e Recurso Especial nº 126.391 de São Paulo – para demonstrar que seria esse o entendimento

²⁷⁰ Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, referenciado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei implica as seguintes obrigações e direitos: [...]III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

predominante na Corte. O relator arremata aduzindo que o regramento previsto na Lei 9.656/98 não se aplica à cooperativa ré do caso, uma vez que a relação que se estabelece é de natureza cooperativa.

O ministro Ari Pargendler, a seu turno, negou o recurso também defendendo que o proibitivo do art. 18, III da Lei 9.656/98 não se aplica ao caso, por se tratar de cooperativa e não serem atingidos os profissionais liberais, apenas os agentes econômicos e empresários, que são vedados de participar de cooperativas, conforme dispõe o art. 29, § 4º²⁷¹ da Lei nº 5.754/71. Encerrando seu voto, o ministro ressalta que, caso haja algum óbice, esse é decorrente de questão concorrencial, a ser verificada por apuração do mercado a qual a cooperativa ré pertence, sendo necessário para isso que empresas concorrentes suscitem esse fato, de forma que à médica autora falta legitimidade para tal.

Divergindo de ambos, o voto-vista do ministro Aldir Passarinho Junior faz referência ao julgamento do Recurso Especial 221.160 de São Paulo, que discutia igual questão, no qual proferiu também voto-vista que prevaleceu junto à Quarta Turma. No voto, ele entendeu não ver incompatibilidade de objetivos ou comportamento prejudicial à cooperativa pelo simples fato de o profissional da medicina ser também referenciado ou credenciado de uma instituição de seguro saúde. Para o ministro, ele não deixará, com isso, de atender às suas obrigações como cooperado, apenas prestará serviços atendendo pacientes vinculados ao plano de saúde de outra instituição e receberá pelo trabalho que realizar.

O ministro Aldir Passarinho Junior também contestou a exclusão da aplicação das Leis 9.656/98 e 8.884/94 (Lei Antitruste) ao caso. O ministro argumentou o seguinte:

E não se diga que por se cuidar de uma cooperativa, a ré estaria infensa a tais normas, porquanto não pode a natureza da instituição prevalecer sobre toda e qualquer norma direcionada, especificamente, ao exercício de uma atividade vinculada à área da saúde, bem assim as que visam proteger, em essência, o cidadão e o consumidor, cujo bem-estar não pode ser olvidado no exercício da atividade econômica. Seria privilegiar a forma, meramente, em detrimento de princípios maiores, guardados em normas de ordem pública.²⁷²

²⁷¹ Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei. [...] § 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 261.155/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior - Segunda Seção. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2004. p. 32. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

E encerrando seu voto, o ministro defendeu a prestação de serviços pela médica autora a outra instituição de saúde, enxergando como benefício para a população, por proporcionar à cidade interiorana do caso, amplo acesso aos serviços de saúde e aos médicos.

Acompanhando a divergência inaugurada pelo ministro Aldir Passarinho Júnior, o ministro Antônio de Pádua Ribeiro pugnou pela aplicação das referidas leis, e rechaçou o afastamento do caso em virtude de se tratar de cooperativa²⁷³.

A ministra Nancy Andrichi não seguiu a divergência, alinhando-se aos votos do ministro relator e do ministro Ari Pargendler. Afastando a alegação de que o dispositivo feriria a concorrência e prejudicaria o acesso aos serviços médicos pela população, a ministra argumenta que a cláusula de exclusividade, na verdade, estaria até contribuindo para a competitividade, conforme trechos abaixo:

No que respeita à validade ou nulidade do pacto cooperativo que estabelece a exclusividade e fidelidade entre médico-cooperado e cooperativa, algumas observações são pertinentes.

As cláusulas de exclusividade sempre restringem, de alguma forma, o nível de concorrência existente em dado mercado relevante. Um franqueador, por exemplo, freqüentemente impede o seu franqueado de comercializar produtos de empresas concorrentes, fato esse capaz de restringir a concorrência.

Não se pode considerar nula, entretanto, toda cláusula que restringe a concorrência, porque é da essência dos contratos empresariais restringir a concorrência.

Como exemplos de restrições válidas da concorrência, encontram-se, de um lado, o pacto de não-concorrência firmado entre alienante e adquirente de estabelecimento comercial, como reconhecido pelo CC/02, em seu art. 1147, e, de outro, o tratamento jurídico conferido às patentes, premiando-se com o direito ao uso exclusivo aqueles que tenham contribuído para o aprimoramento dos padrões tecnológicos existentes.

A conclusão pela nulidade ou validade da restrição à concorrência, como bem anota a Doutrina Antitruste, em exegese adequada dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, resulta da identificação das restrições concorrenciais legítimas, porque razoáveis, e das ilegítimas, por lhes faltarem a razoabilidade.

[...] Do exposto pode-se concluir que a cláusula de exclusividade exigida pela Unimed não caracteriza abuso de posição dominante, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, porquanto tal prática não inviabiliza a entrada de concorrentes de porte na região indicada no processo em análise (interior do Estado de São Paulo).

Ao contrário, bem aplicada a regra da razão na hipótese, deve-se concluir que a cláusula de exclusividade adotada pela Unimed mais propicia do que restringe a competitividade no setor, porquanto aumenta a rivalidade econômica existente entre a Unimed e as prestadoras de plano de saúde de porte, em especial aquelas que atuam em todo o mercado nacional e que, por essa razão, não deixarão de ingressar e atuar de forma competitiva nos mercados regionais onde a Unimed se faz presente com maior grau de penetração.²⁷⁴

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 261.155/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior - Segunda Seção. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2004. p. 35-41. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 261.155/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior - Segunda Seção. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2004. p. 48, 51. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Mas o voto vencedor foi exarado pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que basicamente confirmou as razões aduzidas pelos ministros Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Ari Pardengler e Nancy Andrichi, no sentido de afirmar a legalidade da cláusula estatutária de exclusividade, devendo a médica autora submeter-se a ela. E assim constou na ementa do acórdão da Segunda Seção:

1. O cooperado que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, conforme disposição estatutária.
2. Recurso conhecido, mas desprovido, por maioria.

Apesar da divergência do acórdão supra, o entendimento firmado pareceu ter se firmado como o precedente de entendimento da Corte sobre a matéria. Tanto que casos posteriores praticamente eram decididos pelas turmas com a simples referência a ele, a exemplo do acórdão do Recurso Especial nº 431.106 de São Paulo, da Quarta Turma do STJ, que antes tinha entendimento diverso, coadunado com os votos vencidos do precedente:

O cerne do presente recurso cifra-se no debate acerca da legalidade da alínea "g", art. 10 do estatuto social da UNIMED DE PRESIDENTE PRUDENTE - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, impedindo-os de trabalhar em qualquer outra empresa prestadora de serviço de saúde sob pena de exclusão do seu quadro de cooperados.

Com efeito, no julgamento de caso idêntico (Resp. 261.155/SP, publicado no DJ de 03.05.2004), a Segunda Seção desta Corte entendeu:

"Recurso especial. Previdência privada. UNIMED. Cooperado. Médico. Exclusividade. 1. O cooperado que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, conforme disposição estatutária. 2. Recurso conhecido, mas desprovido, por maioria." (Resp. 261.155/SP, relator p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 03.05.2004)

Ante o exposto, na esteira do precedente citado, conheço do recurso e lhe dou provimento para reconhecer a validade da cláusula estatutária de cooperativa médica que garante a exclusividade de seus cooperados, impedindo-os de prestar serviços a outras entidades concorrentes.²⁷⁵

No mesmo sentido têm-se as decisões do Recurso Especial nº 68.5327 do Rio Grande do Sul, julgado pela Terceira Turma; e do Recurso Especial nº 191.080 de São Paulo, julgado pela Quarta Turma.

Repara-se como até esse momento, ainda que houvesse controvérsia a pairar sobre a matéria, as discussões cingiam sobre a conformidade ou não da regra estatutária face aos

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 431.106/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Quarta Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

regramentos civis do ordenamento legal, sem qualquer recurso à axiologia constitucional ou a fundamento de supremacia do interesse público sobre o privado. Para um lado ou para o outro no debate, os argumentos não envolviam preceitos constitucionais vagos, cláusulas abertas ou ponderação principiológica ampliada. Até porque, no Código Civil de 1916 não havia termos ou cláusulas gerais e abertas, ou mesmo um substrato principiológico vasto, ao inverso do que é encontrado no atual Código. Lembra-se que até então, haviam se passado cerca de dois anos desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

No entanto, isso seria modificado a partir de 2008, no julgamento do Recurso Especial nº 768.118 de Santa Catarina. Coincidente, essa mudança ocorre logo que configurada a consagração e a predominância da doutrina civil constitucional nas principais publicações científicas e acadêmicas do país entre os anos de 2003 e 2007, conforme verificado na pesquisa de Luciano Benetti Timm já citada no presente trabalho.

Nesse julgado da Primeira Turma do STJ, de relatoria do ministro Luiz Fux, a imposição de cláusula de exclusividade admitida pela Lei nº 5.764/71 foi considerada incompatível com a índole “pós-positivista da Constituição Federal”. Com base nesse raciocínio, o relator atribuiu prevalência à Lei 9.656/98, sem entrar no mérito de cabimento ou não dessa norma às cooperativas, conforme discutido pela Segunda Turma. Veja-se:

Cuida-se, pois, de relação de cunho privado entre cooperativa e profissional, cujo filiado deverá aderir às normas estipuladas, podendo desvincular-se a qualquer tempo. Deveras, não obstante se possa entender que a Lei nº 5.764/71 admita a imposição de cláusula de exclusividade, o mencionado dispositivo deve ser interpretado em harmonia com a Constituição Federal, de índole pós positivista, cujos princípios consagrados atentam para a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com *ratio essendi* dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade.

Ressalte-se, por oportuno, que o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.

Destarte, não obstante a tutela dos interesses privados, estes não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais de indisponíveis.

Destarte, em atenção à nova ordem constitucional, foi editada a Lei n.º 9.656/98, norma posterior e especial, que estabelece as regras sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que afastou a possibilidade de contrato de exclusividade.²⁷⁶ (grifou-se)

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 768.118. Relator: Ministro Luiz Fux - Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 mar. 2008. p. 8-9. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Embora não faça uso do termo em si, é reveladora a argumentação utilizada pelo ministro relator Luis Fux em seu voto, que se vale claramente dos elementos do civil constitucionalismo. Supremacia constitucional, direitos fundamentais e submissão do interesse privado ao interesse público; está tudo presente na fundamentação do ministro.

A questão voltaria a ser debatida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.172.603 do Rio Grande do Sul, julgado pela Segunda Turma. O ministro relator Humberto Martins faz referência expressa à divergência jurisprudencial entre as Primeira e Quarta Turmas, mas não retorna ao precedente da Segunda Seção, já comentado na análise do acórdão do REsp. 261.155/SP.

O voto do relator retoma a análise do ponto de vista concorrencial, visto que, no caso, o recurso foi interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que atuou como parte no processo após ter analisado a questão no âmbito de sua competência. O recurso foi interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que havia considerado válida a cláusula de exclusividade do estatuto da cooperativa, justamente com base no entendimento do próprio STJ.

Tratava-se, na origem, de Ação Anulatória de Procedimento Administrativo ajuizada pela recorrida contra o CADE, - julgada improcedente -, para manter a condenação administrativa por infração ao art. 20, I, II e IV, ao art. 21, IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94, e ao art. 18, III, da Lei nº 9.656/98.

Foi interposta apelação pela cooperativa médica, pelo que o Tribunal de origem deu provimento ao recurso, sob a fundamentação de que é lícita a cláusula de exclusividade estabelecida pela cooperativa, a fim de que os seus cooperados não prestassem serviços médicos a outras operadoras de plano ou assistência à saúde.

Voltando-se à decisão do STJ, o relator Humberto Martins argumenta por desqualificar a aplicabilidade do precedente da Quarta Turma, lançando mão de fundamentos análogos aos do civil constitucionalismo, cunhando como “minimalista” a abordagem com base no contrato:

Ora, ainda que a cláusula contratual de exclusividade não encontrasse óbice no inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, questionar-se-ia a sua validade quando a multiplicidade dos seus efeitos pudesse violar direitos coletivos lato sensu.

Hipoteticamente, exigir contratualmente - o estatuto social não deixa de ter natureza jurídica de contrato - exclusividade de profissionais da construção civil sem que isto tornasse inviável a atuação de outros agentes econômicos não violaria o ordenamento pátrio.

O mesmo poderá ser dito quando tal cláusula impedir a atuação de outros agentes econômicos?

A solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual somente por seus efeitos individuais serem válidos viola a evolução conquistada com criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário.

Assim, resta claro que o precedente acima citado da 4ª Turma desta Corte não se aplica ao presente caso.²⁷⁷ (grifou-se)

Adentrando à seara concorrencial, afirma que, embora a Constituição tenha vedado interferência estatal no funcionamento das cooperativas, não há disposição que excepcione a observância do princípio da livre concorrência pelas cooperativas²⁷⁸. Fundando-se no voto do Relator-Conselheiro do CADE no respectivo processo administrativo sobre o caso, sustenta que a cláusula de exclusividade gera impactos negativos ao mercado geográfico da região onde se localiza a cooperativa. E, assim, defende como prevalecente o entendimento esposado pelo ministro Luiz Fux, declarando ilegal a disposição estatutária.

A diferença desse caso para os demais é de fácil percepção, visto ter sido a questão concorrencial decidida pelo CADE, o órgão competente para tanto. Ainda assim, é interessante notar que o ministro relator Humberto Martins valeu-se de argumentação semelhante à de Luis Fux, demonstrando sua inclinação à publicização e à constitucionalização do direito privado.

A partir daí, esse se tornou o entendimento do STJ em relação à temática da cláusula de exclusividade. A invalidade da cláusula por força da proteção aos direitos sociais e ao direito à saúde, e por força da garantia da livre concorrência e da defesa do consumidor, pela junção dos raciocínios dos ministros Luiz Fux e Humberto Martins. É o que comprovam o Recurso Especial nº 976.331 do Rio Grande do Sul, julgado pela Terceira Turma; o Recurso Especial nº 1.075.673 do Distrito Federal, julgado pela Segunda Turma; o Recurso Especial nº 703.180 de São Paulo, julgado pela Terceira Turma; o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 126.391 de São Paulo, julgado pela Corte Especial; o Recurso Especial nº 1.068.888 de São Paulo, julgado pela Primeira Turma; e o Recurso Especial nº 1.193.261 do Rio Grande do Sul, julgado pela Quarta Turma.

Passando a análise para outro caso de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas ainda no âmbito de cooperativas, vale citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) do ano de 2013. Trata-se de ação ajuizada por associados contra uma cooperativa de laticínios, em que os autores acusam a ré de ter convocado Assembleia Geral Extraordinária

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.603. Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 mar. 2010. p. 12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.603. Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 mar. 2010. p. 13. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

em desacordo com o estatuto da cooperativa, em que foram realizadas alterações no mesmo que restringiriam significativamente a possibilidade de os associados concorrerem aos cargos administrativos da cooperativa, limitando o acesso a menos de 10% dos associados, o que seria ilegal.

A sentença deu parcial procedência aos pedidos dos associados autores, anulando a Assembleia Geral Extraordinária e, em decorrência suas modificações do estatuto. A cooperativa ré interpôs recurso de apelação da decisão. Sobre a delimitação da análise da apelação cível, assim estabeleceu o desembargador relator Umberto Guaspari Sudbrack:

Cuida-se, assim, de analisar, no presente julgamento, apenas o tópico referente ao grau de admissibilidade da restrição ao direito de ser votado derivado das modificações no Estatuto Social da cooperativa, controvérsia que pressupõe, contudo, o exame prévio de duas questões prejudiciais – distintas, porém correlatas, visto que atinentes, ambas, aos limites da autonomia privada –, quais sejam: (a) a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entabuladas entre particulares; e (b) a possibilidade de revisão judicial do teor das deliberações tomadas pelo órgão diretivo de organização privada.²⁷⁹ (grifou-se)

Discorrendo acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o relator defende que a interferência do Poder Judiciário na avaliação do teor das deliberações tomadas pelas organizações privadas não fere o princípio da autonomia privada:

Decorrencia lógica da constatação de que os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações entre privados é a possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, do teor das deliberações tomadas, por organizações de particulares, no exercício de seu poder de auto-gestão, em prejuízo de direitos fundamentais de que sejam titulares os seus membros – sem que tal configure afronta ao princípio da autonomia privada, do qual constitui mero consectário a autonomia das associações lato sensu (que se extrai do art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal). É que a ordem jurídica pátria não confere a qualquer associação civil a possibilidade de, no exercício do seu poder de auto-gestão, agir à revelia ou incorrer em afronta aos princípios inscritos nas leis e, sobretudo, no texto constitucional, notadamente em se tratando de liberdades e garantias de caráter fundamental, tais como o direito a ser titular de cargos de representação eletiva. A autonomia privada e o direito de auto-gestão das sociedades de particulares não possuem, em síntese, o condão de criar esfera de auto-determinação alheia à incidência das normas estruturantes do ordenamento jurídico, mormente as definidoras de liberdades e garantias fundamentais, cuja violação, ainda que na seara de relações entabuladas entre particulares, autoriza, legítima e reclama a intervenção do Estado-Juiz.²⁸⁰ (grifou-se)

²⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70047611736**. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack - Décima Segunda Câmara Cível. Porto Alegre, 6 jun. 2013. p. 6. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70047611736**. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack - Décima Segunda Câmara Cível. Porto Alegre, 6 jun. 2013. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

VeZ mais, embora não se tenha utilizado expressamente o termo direito civil constitucional, é inegável que a lógica da análise do acórdão se pauta nos critérios essenciais dessa doutrina. A autonomia privada é profundamente limitada e submetida à intervenção estatal – leia-se, dirigismo contratual – sob o fundamento de proteção e eficácia das normas “definidoras de liberdades e garantias fundamentais”.

E é com base nesse raciocínio que, em suma, o TJRS nega a apelação da cooperativa ré e mantém a sentença que anulou a Assembleia Geral Extraordinária e respectivas alterações do estatuto. É o que reforça o trecho conclusivo do acórdão a seguir transcrito:

A propósito, cabe reiterar que, muito embora o art. 38 da Lei n.º 5.764/1971 defina a Assembléia Geral como órgão supremo da sociedade, com poderes para decidir os negócios relativos ao seu objeto e para tomar as resoluções convenientes ao seu desenvolvimento e a sua defesa, ela deve fazê-lo, por óbvio, não apenas dentro dos limites impostos pela legislação e pela própria norma estatutária. Como já referido, a autonomia privada não confere aos particulares, ainda que coletivamente organizados, a prerrogativa de se regularem à revelia das normas estruturantes do ordenamento jurídico e definidoras de liberdades e garantias fundamentais.

Imperativo, portanto, o desprovemento do recurso de apelação, com o que vai mantida a sentença recorrida.²⁸¹(grifou-se)

Outra decisão julgado pertinente advindo do tribunal gaúcho diz respeito a julgamento de apelação referente a ação de nulidade de cláusulas contratuais. O juízo a quo julgou procedente a ação movida por sindicato municipal de lojistas contra condomínio de shopping center visando a anulação de cláusulas de contrato de locação de shopping center que exigia que os lojistas fossem filiados da associação de lojistas do shopping center para que o contrato fosse firmado. O condomínio réu apelou da sentença, defendendo sua liberdade em prever tal exigência.

Para a Décima Sexta Câmara Cível do TJRS, a exigência de filiação à associação de lojistas do shopping center como condicionante à celebração do contrato de locação configura flagrante violação ao direito constitucional de liberdade associativa:

É cristalina e flagrante a violação ao art. 5º, XX, da CF, que emana das precitadas cláusulas, o qual dispõe:

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Como se vê, o direito de associação consiste em uma garantia constitucional fundamental, e o precitado inciso consagra o direito individual de liberdade que, em síntese, confere à pessoa a autonomia de vontade de associar-se e permanecer associado, livremente.

²⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70047611736**. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack - Décima Segunda Câmara Cível. Porto Alegre, 6 jun. 2013. p. 10. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Destarte, ao shopping réu é vedado impor aos lojistas, como condição de perfectibilização e vigência do contrato de locação respectivo, a filiação e permanência à associação do empreendimento.²⁸²

E ampliando a análise para aplicação do direito fundamental de livre associação e manter a sentença de anulação das cláusulas contratuais, faz uso dos princípios da função social²⁸³ e da boa-fé objetiva²⁸⁴ como cláusulas abertas para limitar diretamente outro princípio contratual, o da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*):

Com efeito, está inserto na Constituição Federal de 1988, entre as garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXV²⁸⁵), regramento que assegura a apreciação pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito do cidadão.

E não se cuida de fazer letra morta do princípio da obrigatoriedade dos contratos - “*pacta sunt servanda*” -, vigente, mas sim, como é juridicamente permitido, de redimensioná-lo em seus termos, quando se constatar a abusividade ou onerosidade excessiva de uma das partes em prejuízo da outra, ou houver violação a princípios, garantias ou regras constitucionais, não podendo se olvidar a observância aos princípios tutelados pelos arts. 421e 422 do Código Civil, que também embasaram a ação.²⁸⁶ (grifou-se)

Mudando de Corte estadual e de temática, cabe expor decisão advinda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tratando de revisão de contrato de financiamento. Em sede de recurso de apelação, no ano de 2013, a Décima Quinta Câmara Cível julgou apelo interposto por instituição financeira contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de pessoa física.

Nessa decisão, o juiz de primeira instância limitou a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência à taxa prevista no contrato, proibindo sua cumulação com demais encargos, tais como cobrança de juros sobre juros (anatocismo). Em decorrência, determinou que o banco restituísse ao autor os valores cobrados a maior.

No seu recurso, a instituição financeira defendeu a manutenção do contrato tal como pactuado, e alegou que cobrança dos juros se encontra regulamentada pela autoridade monetária, razão pela qual não haveria que se falar em sua limitação em 12% ao ano.

²⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70040172686**. Relatora: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins - Décima Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 21 mar. 2013. p. 11-12. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁸³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁸⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁸⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70040172686**. Relatora: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins - Décima Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 21 mar. 2013. p. 14-15. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Embora se trate de contrato bancário, essencialmente consumerista, a câmara entendeu não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor, o que o qualificaria para o corte realizado no presente, o qual, lembra-se, limita a análise aos contratos paritários. Para tanto, o desembargador relator realiza extensa explanação da interferência estatal nas relações contratuais por meio da aplicação dos direitos fundamentais com fundamento na visão contemporânea do dirigismo contratual, mesmo quando não aplicável a lei consumerista:

A autonomia da vontade, antes compreendida como a irrestrita liberdade de contratar e de escolher o conteúdo das avenças, passou a sofrer interferências do Estado (dirigismo contratual), por meio de normas de ordem pública.

Hodiernamente, a intervenção do Estado nas relações contratuais tornou-se necessária à manutenção da integridade e eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos).

Percebeu-se que o contrato constitui instrumento natural de circulação de riquezas, produzindo efeitos não apenas em relação aos contraentes, mas também perante toda a sociedade.

Por esta razão as avenças exigem utilidade e justiça. A busca destes ideais acaba censurando a autonomia da vontade, permitindo que o Estado intervenha na relação contratual a fim de conjugar os interesses das partes com aqueles atinentes à sociedade. O fundamento para o dirigismo contratual e, por conseguinte, da revisão do contrato pelo Judiciário, depende do regime jurídico a que estão vinculados os contratantes. Se houver relação de consumo, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor. Assim, revisão do contrato ocorrerá em função da teoria da lesão (art. 6º, V, primeira parte) ou em razão da cláusula rebus sic stantibus - onerosidade excessiva - (art. 6º, V, 2ª parte). Todavia, não sendo relação de consumo, utilizar-se-á o Código Civil. Neste caso, a revisão contratual funda-se na função social do contrato (art. 421) ou na onerosidade excessiva (arts. 317 e 479).

[...]

Por tais motivos, cabe ao Poder Judiciário, por meio das normas de ordem pública, fiscalizar os pactos a fim de assegurar que a circulação de riquezas perpetuada pela avença satisfaça os interesses individuais e coletivos.²⁸⁷ (grifou-se).

Constata-se, vez mais, que mesmo ausente de maneira explícita a expressão “direito civil constitucional”, outro Tribunal brasileiro faz uso de seus fundamentos e preceitos. A tríade que forma a doutrina civil constitucional é claramente identificada no julgado: a face jurídica – publicização do Direito, pela qual a autonomia privada é submetida à ordem pública; a face metodológica – constitucionalização do Direito Privado, em que se justifica a interferência estatal nas relações contratuais para proteção e eficácia dos direitos fundamentais; e a face filosófica – solidarismo contratual, na qual os contratos são obrigados a se tornarem instrumentos de satisfação dos interesses não só das partes, como também de satisfação dos interesses da coletividade.

²⁸⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo - AC 1.0707.11.001741-5/002**. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques - Décima Quinta Câmara Cível. 13 jun. 2013. p. 4-5. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

E, no meio disso tudo, por ilação do solidarismo contratual, tem-se a ampla utilização das cláusulas gerais do Direito Civil, por meio da dilatação e descaracterização dos princípios contratuais, empregados de maneira a possibilitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais, mesmo quando o regramento privado e o próprio contrato se mostrem aptos a regê-las.

Cria-se um cenário de embate principiológico – antinomia – que acaba por ser resolvido pela aplicação da ponderação de princípios, técnica notoriamente vinculada ao neoconstitucionalismo, como realizado no acórdão:

Logo, mesmo nas relações contratuais não amparadas pelo direito do consumidor, pode o Judiciário rever as normas estabelecidas no pacto, como forma de prestigiar a função social do contrato e a boa-fé objetiva em detrimento da autonomia da vontade. Ademais, pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem-se que o pacto não é absoluto, já que o mesmo deve ser limitado pelas garantias Constitucionais.²⁸⁸

Não se pode esquecer, por fim, do totem axiológico da sistemática civil constitucional: a dignidade da pessoa humana. Mesmo naqueles casos em que o dirigismo contratual legalmente permitido – e delimitado – não é cabível, lá estará a dignidade da pessoa humana, a funcionar como aríete nas “muralhas da fortaleza” dos Direitos Privado e Contratual.

Assim foi feito na parte final do voto, vencedor por unanimidade, que concluiu pelo não provimento da apelação do banco:

Não se pode admitir que o contrato seja um instrumento legitimador de ofensa a princípios Constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade. O pacto sunt servanda não pode legitimar ofensas a princípios Constitucionais. Sendo assim, cabe ao judiciário analisar e revisar as cláusulas contratuais, à luz do ordenamento, em especial a Constituição, como forma de garantir os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, nas relações privadas, independentemente da presença dos requisitos da teoria da imprevisão.²⁸⁹

Dessa forma, torna-se possível a intervenção estatal sempre que o julgador assim desejar, visto que as características e os critérios impostos pelo ordenamento privado e acordados pelas próprias partes podem ser contornados e flexibilizados a todo momento, em

²⁸⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo - AC 1.0707.11.001741-5/002**. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques - Décima Quinta Câmara Cível. 13 jun. 2013. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁸⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo - AC 1.0707.11.001741-5/002**. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques - Décima Quinta Câmara Cível. 13 jun. 2013. p. 6. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

virtude da “necessidade de proteção à ordem pública” e da principiologia contratual constitucionalizada, voltadas à proteção e à eficácia dos direitos fundamentais.

Em caso complexo, o TJDF julgou apelação cível que objetivava cassação de sentença que extinguiu ação de obrigação de fazer c/c ressarcimento de lucros cessantes sem julgamento de mérito em razão de existência de cláusula de compromisso arbitral em estatuto social de sociedade anônima. Nas razões da apelação, o acionista apelante sustentou que a modificação do estatuto social foi feita de forma unilateral, não tendo ele concordado expressamente com inserção da cláusula compromissória.

Para decidir o caso, a Primeira Turma Cível do TJDF colocou em confronto o princípio da autonomia da vontade²⁹⁰ e o direito fundamental do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição²⁹¹.

Em seu voto, acompanhado de maneira unânime, a desembargadora relatora Simone Lucindo fundamenta, com base na Lei nº 9.307/96 – Lei da Arbitragem, que a autonomia da vontade das partes é princípio fundamental da arbitragem, sendo essa possível de ser utilizada pelas sociedades com base no art. 109, § 3º da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.)²⁹². No entanto, argumenta a relatora, a mesma Lei das S.A. proíbe que a assembleia ou estatuto social possam elidir meios, processos ou ações os quais o acionista tenha direito por lei:

Na sequência, importa anotar que é admissível a utilização da arbitragem pelas sociedades anônimas, conforme expressamente previsto no artigo 109, § 3º, da Lei 6.404/76, existindo, todavia, grande controvérsia em relação à possibilidade de a convenção de arbitragem vincular a totalidade dos acionistas, inclusive aqueles que tenham divergido quanto à consolidação, ou não tenham tomado parte na deliberação que a aprovou.

O caso em análise trata justamente de acionista que não participou da Assembleia que instituiu, trinta anos depois de ter adquirido quotas da sociedade, o juízo arbitral para dirimir eventuais conflitos existentes entre a companhia, seus acionistas e administradores.

Respeitado o entendimento em sentido contrário, filio-me àqueles que julgam válida a arbitragem apenas aos associados que tenham concordado expressamente com ela. O § 2º do artigo 109 da Lei 6.404/76 estipula que “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”. E um dos direitos e garantias assegurados ao acionista é justamente a proteção judicial efetiva, contida no inciso XXXV do artigo

²⁹⁰ Por imprecisão, desconhecimento e/ou anacronismo os Tribunais do país por vezes seguem utilizando o termo “autonomia da vontade” em lugar de “autonomia privada”, o termo atual e preciso na maioria dos cenários, conforme irá se demonstrar mais adiante no trabalho.

²⁹¹ 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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

²⁹² Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: [...] § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²⁹³

A Primeira Turma conclui que, por ter sido inserida trinta anos após o autor adquirir sua participação na sociedade, a convenção de arbitragem não deve ser aplicada àqueles acionistas que a ela não aderiram expressamente. São citados precedentes da própria Corte do Distrito Federal e Territórios nesse sentido, a exemplo do Acórdão nº 684018 do Agravo de Instrumento nº 20130020096965²⁹⁴ e do Acórdão nº 477857 da Apelação Cível nº 20090710022484²⁹⁵. Além disso, são citados os doutrinadores Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik como sendo afiliados a esse entendimento:

Com base nestes dispositivos, o magistério de MODESTO CARVALHOSA e NÉLSON EIZIRIK assegura que ninguém pode perder um direito constitucional pético com base em uma presunção de renúncia, ou seja, não se poderia presumir que alguém, em decorrência de cláusula prevista no estatuto, estaria impedido de se socorrer do “juízo estatal”.

Os referidos doutrinadores prosseguem com o ensinamento de que a renúncia à jurisdição estatal é personalíssima e depende da autonomia da vontade, não podendo ser presumida pelo simples ingresso do acionista na companhia, exigindo-se a sua expressa e inequívoca aprovação da cláusula arbitral estatutária, para que esta lhe seja oponível. Afirmam, ainda, que o mesmo se aplica aos acionistas vencidos ou ausentes no momento da realização da assembleia geral (caso dos autos) que define a inserção da cláusula no estatuto, justamente por não haver concordância expressa. (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. Arbitragem integra o estatuto social. Disponível em:

<http://www.alonso.com.br/img/velhas/simbolos/legislacao2.asp?informativo=296>). Portanto, o § 2º do artigo 109 da Lei 6.404/76, analisado juntamente com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 4º da Lei de Arbitragem, remete à conclusão de que a convenção de arbitragem instituída em estatuto social de sociedade anônima não deve ser aplicada às partes que não aderiram expressamente a ela, especialmente no caso dos autos, em que a cláusula foi convencionada 30 (trinta) anos após o autor adquirir quotas da sociedade.²⁹⁶ (grifou-se).

A citação aos autores da seara empresarial é, por se dizer, curiosa, visto que ambos discordam frontalmente um do outro acerca do mérito da questão, sendo bons exemplos a representar a controvérsia que gira em torno da temática. Uma desvantagem escusável da

²⁹³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo - AC 20110111045065**. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo - Primeira Turma Cível. 14 ago. 2013. p. 5. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 684018/20130020096965AGI**. Relator: Desembargador Flávio Rostirola - Primeira Turma Cível. 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 477857/20090710022484APC**. Relator: Desembargador Jair Soares. Des. Revisor José Divino de Oliveira - Sexta Turma Cível. 2 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁹⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo - AC 20110111045065**. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo - Primeira Turma Cível. 14 ago. 2013. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

relatora é o fato de a Lei de S.A. ter sofrido modificação em 2015, posteriormente ao julgamento do caso analisado pela Primeira Turma Cível.

Em 2015, a Lei nº 13.129 alterou, dentre outras, a Lei das S.A. para inserir o art. 136-A com a seguinte previsão:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

Prosseguindo a análise, como dito no voto, Carvalhosa sim, alinha-se à corrente dos que entendem a obrigatoriedade da cláusula de compromisso arbitral nos estatutos das S.A. como afronta a princípios constitucionais e direitos fundamentais, como o do acesso à justiça, e até mesmo ao art. 109 da Lei das S.A.. É o que comprova o trecho abaixo, retirado da fala de Modesto Carvalhosa pronunciada em debate sobre o tema, promovido pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em 25 de abril de 2018:

Não sou contra colocar no estatuto a cláusula arbitral, mas a partir do momento em que isso é obrigado, acaba-se ferindo princípios constitucionais, já que recorrer ao Judiciário é um direito fundamental em democracias [...] o parágrafo terceiro do dispositivo dispõe que nem o estatuto social nem a assembleia-geral de acionistas poderão privar o investidor de processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos.²⁹⁷

Eizirik, a seu turno, argumenta que a cláusula compromissória arbitral vincula os acionistas que adquiriram ações quando ela já estava prevista, e, aqueles que discordarem de sua inserção no estatuto social no momento em que é proposta e votada, poderão se retirar, sem embargos, da companhia. Foi o que ele proclamou no mesmo evento promovido pela FIESP, em que rebateu ainda a alegação de inconstitucionalidade do art. 136-A da Lei de S.A.:

²⁹⁷ PIMENTA, Guilherme. Juristas divergem sobre constitucionalidade de arbitragem prevista na lei das S.A. **Jota**, Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/juristas-constitucionalidade-arbitragem-lei-s-a-25042018>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

Quem comprar ações no mercado quando a cláusula arbitral já estiver inserida no estatuto da companhia estará, automaticamente, aderindo ao seu estatuto social e, conseqüentemente, obrigado a se sujeitar à arbitragem [...]

Se o acionista votar contra, o próprio dispositivo trata essa questão. Quem não concordar, tem o direito de sair do capital social da companhia [...]

Ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que não se exclui o Judiciário, dispõe também que a associação tem liberdade para tomar decisões para fins lícitos (art. 5º, inciso XVII). “Significa que todos podem organizar-se em associação privada instituindo suas regras”, entende o advogado [...]

[...] Sendo a regra a constitucionalidade, devemos ter prudência. Em caso de dúvida, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade [...]²⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal até chegou a ser provocado pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) para se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 136-A da Lei das S.A, mas acabou por não analisar a questão. Na análise da ADI 5.550, o ministro Celso de Mello entendeu que a ANAMAGES não tinha repercussão nacional, mas sim estadual, e, pelo fato de a arbitragem não se restringir ao plano do “Poder Judiciário local”, o mérito da questão não foi analisado.

O que se extrai do contraste entre as ideias defendidas por cada qual dos autores, é que uma corrente pauta-se na regras já disponibilizadas pelo ordenamento privado a regular a matéria, de forma que eventual conflito de “vontades” entre acionista e sociedade possa ser dirimido por tais regras e seja permitido ao acionista retirar-se livremente, enquanto a outra, não se contenta em fundar o debate no ordenamento infraconstitucional, lançando mão de argumentos constitucionais a permitir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no caso de uma relação paritária.

Da compreensão do entendimento adotado pela segunda corrente é que se pode afirmar que a constitucionalização não se restringe ao que se convencionou nominar direito civil; trespassa seus efeitos até mesmo ao campo do direito empresarial, no âmago das sociedades empresariais mais complexas.

Ainda no campo do acesso à justiça, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) julgou caso em que confrontou-a com a liberdade associativa para estipulação de cláusula em estatuto social de cooperativa.

No caso, o associado apelante ajuizou ação anulatória c/c indenizatória objetivando, antecipadamente, os seguintes provimentos: (i) sua candidatura ao conselho fiscal da cooperativa; (ii) nulidade da Assembleia ou da deliberação quanto à inserção do inciso I, “j” no art. 9º do Estatuto Social; (iii) determinação para que seja aceita sua candidatura a cargo de

²⁹⁸ PIMENTA, Guilherme. Juristas divergem sobre constitucionalidade de arbitragem prevista na lei das S.A. **Jota**, Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/juristas-constitucionalidade-arbitragem-lei-s-a-25042018>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

integrante do Conselho fiscal para as próximas eleições; (iv) tutela e a reparação por danos morais, no valor estipulado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O juízo a quo julgou procedente todos os pedidos exceto o de indenização.

Assim foi o âmbito de análise considerado pela Nona Câmara Cível do TJRJ:

Destaque-se que o cerne da controvérsia reside na discussão quanto à validade da disposição do estatuto, que veda a participação em eleições daquele que interpuser ação judicial em face de associação, bem como se tal ato dá ensejo à reparação de ordem moral.

Primeiro cumpre esclarecer que a solução da controvérsia passa pela adequação técnica dos fatos à legislação aplicável, por isso, afasta-se o tratamento do caso concreto sob as normas do Código Civil, pertinentes às associações. Afinal, o estatuto em seus artigos 48 e 49 (fls. 32) fala em rateio de despesas, fato incompatível com os atos associativos – art. 53 do CC1.

Portanto, a questão soluciona-se no plano da norma geral para concretização da liberdade associativa pela via do cooperativismo – Lei n. 5.764/71, haja vista que está clara a existência de contribuições recíprocas, como exige o art. 3º da Lei n.º 5.764/712.²⁹⁹(grifou-se).

Embora tenha negado o recurso para determinar a indenização, a Nona Câmara Cível confirmou o entendimento da sentença de aplicação do direito fundamental de acesso à justiça em privilégio ao direito de liberdade associativa, assim fundamentando:

Destaca-se que a hipótese implica afronta à garantia ao acesso à justiça – art. 5º, XXV da CRFB, garantia que não está subordinada a liberdade em associar-se, orientadora da própria livre criação de cooperativas - Art. 5º, XVII e XVIII da CRFB.

Com efeito, ao se falar em liberdade associativa, se está diante de verdadeiro paradigma da tutela das liberdades públicas, norma de imperativa proteção e eficácia. Entretanto, a afirmação não está a desconsiderar a eficácia horizontal dos direitos humanos, assim, não há preponderância da liberdade associativa nas relações entre associados, esta se constitui em apenas mais uma das garantias a se preservar.

[...] Em suma, o direito de associação não é absoluto, logo, não compreendendo restrição aos direitos fundamentais, standard mínimo do plexo de direitos do cidadão. Logo, é irrefutável a justiça da r. sentença em reconhecer a nulidade do previsto no Estatuto, afastando a disposição que exclui aquele que se socorrer da via judicial da participação associativa.³⁰⁰

Na esteira de intervenção estatal nas associações, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julgou caso de exclusão de sócio pela Sociedade Esportiva Palmeiras – o clube de futebol Palmeiras. O acórdão, de 2017, versou sobre recurso de apelação interposto por associado que alegou ter sido excluído do quadro social do Palmeiras sem que tenham sido

²⁹⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo - AC 0028523-63.2009.8.19.0208**. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva - Nona Câmara Cível. 2 abr. 2013. p. 2. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo - AC 0028523-63.2009.8.19.0208**. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva - Nona Câmara Cível. 2 abr. 2013. p. 3,4,5. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

respeitados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, bem como observados a legislação vigente e os estatutos.

Ao analisar o caso, a Décima Câmara de Direito Privado fez questão de salientar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais abrangem as relações entre associado e associação, inclusive no âmbito dos procedimentos punitivos internos da associação:

As relações entre associado e associação estão sujeitas à incidência dos princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal, por aplicação horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

O procedimento disciplinar aplicado no âmbito de associações privadas, que tenha por objetivo impor sanção ao associado por desrespeito às normas estatutárias, está sujeito ao princípio do devido processo legal, com os correspondentes princípios do contraditório e ampla defesa.³⁰¹

Citando o entendimento do STF no precedente marco do *Drittwirkung* no Brasil, o relator Ronnie Herbert Soares reforça a eficácia do contraditório e da ampla defesa nas relações privadas, e considera que o procedimento de exclusão do associado recorrente da associação esportiva gerou ofensa a esses princípios constitucionais:

Como decorrência lógica, há de se observar que o procedimento adotado pela requerida em relação ao requerente não observou o devido processo legal.

O associado somente foi notificado para apresentação de defesa depois de terem sido colhidas as provas, não tendo possibilidade de participar da formação da prova que resultou na sua exclusão.

Como se vê de fls. 309, a notificação do autor para a apresentação de defesa se deu após a instrução do procedimento, sem que sequer houvesse apresentado defesa ou integrasse o procedimento em que colhidas as provas, em desrespeito ao que dispunha o § 9º do art. 36 do Estatuto da requerida.

O mais grave é que, como se verifica de fls. 748, o requerente foi inquirido sobre os fatos um dia depois de haver sido deliberada a sua exclusão, ou seja, a oportunidade de defesa concedida nos autos se deu após a decisão.

Por fim, encerrando esse panorama da análise de como a perspectiva civil constitucional e o modelo solidarista de contrato vêm conduzindo uma ampliação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais para além de relações desiguais, em contratos de adesão, chega-se a decisões sobre contratos de locação.

Primeiramente, ressalta-se que o STF havia decidido que o único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel poderia ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. A decisão foi tomada por maioria pelo

³⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - AC 0001708-19.2013.8.26.0006**. Relator: Desembargador Ronnie Herbert Barros Soares - Décima Câmara de Direito Privado. 8 ago. 2017. p. 5. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

plenário do Supremo Tribunal Federal, em 08 de fevereiro de 2006, que rejeitou o Recurso Extraordinário nº 407.688-8 de São Paulo, no qual a questão era discutida.

No recurso, o fiador contestou decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que havia determinado a penhora de seu único imóvel para o pagamento de dívidas decorrentes de contrato de locação. O tribunal paulista entendeu que a Lei nº 8.009/90 protege o bem de família, mas faz uma ressalva, no entanto, para os casos em que o imóvel é dado como garantia pelo fiador, em contrato de aluguel (artigo 3º, inciso VII³⁰²).

O fiador, inconformado com a decisão do tribunal paulista, recorreu ao STF alegando que o dispositivo da Lei nº 8.009/90 ofende o art. 6º da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais amparados pelo texto constitucional.

Durante o julgamento pelo Plenário do Supremo, foi julgado se se devia prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deveria ter prevalência.

Isso implicaria dizer se o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel.

O relator da matéria, ministro Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família de fiador. Segundo o ministro Peluso, o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica.

Outro voto de extrema relevância ao presente trabalho foi o do ministro Joaquim Barbosa. Em seu voto, Barbosa afirmou que a controvérsia dos autos surgia da colisão entre os princípios fundamentais do direito à moradia e da autonomia contratual. Para o ministro, o direito à moradia deveria ceder diante da autonomia contratual, pois ao prestar a fiança livremente, o credor coloca em risco a incolumidade do seu direito fundamental assegurado.

Por 7 votos a 3, o Plenário acompanhou o voto do ministro relator Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

³⁰² Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...]VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O STJ, por sua vez, reafirmou o entendimento do Supremo, permitindo que o bem de família do fiador em contrato de aluguel seja penhorável. Em julgamento de recurso especial sob o rito dos repetitivos (REsp nº 1.363.368/MS³⁰³), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, de maneira unânime, firmou a tese de que é possível a penhora de bem de família de fiador apontado em contrato de locação, seguindo a jurisprudência do STF e também a sua própria, considerados seus precedentes da matéria. Tal decisão traduzia tão claramente a jurisprudência da Corte Superior, que posteriormente foi convertida em súmula, ainda em vigor atualmente: “Súmula 549: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”³⁰⁴.

Numa decisão do TJRS, a Décima Quinta Câmara Cível julgou apelação cível interposta por fiadora em ação de embargos à penhora de bem imóvel por ela mesma proposta. Nos embargos à penhora, a fiadora teve seu pedido julgado improcedente na sentença do juízo de primeira instância.

Nas razões da apelação, a fiadora defendeu a reforma da sentença alegando que o imóvel penhorado é bem de família, pois nele reside com seus filhos, sendo esse seu único imóvel. Para tanto, fundamentou que o art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90 não pode ser examinado de forma isolada como um preceito autônomo, pois estaria afrontando desde o direito social à moradia até a dignidade da pessoa humana.

O voto do desembargador relator Otávio Augusto de Freitas Barcellos é extenso, constando sessenta e duas páginas. Nele, há referência direta ao entendimento firmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 de São Paulo. Porém, como forma de esquivar-se do entendimento do Supremo, o relator afirmou que o precedente não era cabível ao caso, pois a decisão da Corte Constitucional havia firmado cognição no âmbito dos contratos de locação para fins residenciais, ao tempo que a situação analisada tratava de fiança locatícia prestada em contrato de locação para fins não residenciais:

Matéria atinente ao “*thema decidendum*” foi objeto de cuidadosa análise, após elucidativo debate jurídico, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, de São Paulo, pelo colendo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, prevaleceu a posição consolidada naquele colendo Sodalício Maior no sentido da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação **para fins residenciais**, que era a hipótese do caso concreto então examinado. [...] Com

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.363.368. Relator: Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 nov. 2014. Disponível: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1363368&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=rue>> Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/3210>> Acesso em: 18 nov.2018.

efeito, os argumentos alinhados no erudito voto condutor do julgado, de relatoria do eminente Ministro Cezar Peluso, bem como os demais votos lançados por ocasião de examinar o referido Recurso Extraordinário, por jurídicos e pertinentes, vão aqui resgatados pela sua atualidade e pertinência e para o encaminhamento que pretendo dar ao presente caso, que se diferencia do paradigma ora trazido num único ponto, mas que faz toda a diferença para a solução da presente lide, seja, no caso do debate jurídico acontecido na mais alta Corte do País, e que ora trago à colação, estava em liça **fiança locatícia prestada em contrato de locação residencial**, ao passo que estes autos tratam de **fiança locatícia prestada em contrato de locação para fins não residenciais**.³⁰⁵

Prosseguindo na sua fundamentação de “diferenciação” entre os casos, o voto aprofunda o argumento da locação para fins comerciais, explorando o princípio da função social da propriedade para sustentar, ao contrário da jurisprudência do STF, a impenhorabilidade do bem de família da fiadora:

Acontece que, o caso em comento, apresenta uma peculiaridade que não a torna igual, nem sequer semelhante aos casos relatados no precedente objeto da decisão plenária da egrégia Corte Constitucional. E isto porque, no caso em concreto, a fiança locatícia visava a garantir o adimplemento de alugueres atinente a imóvel entregue a locação não residencial, mais exatamente, para fins comerciais, imóvel este de propriedade de uma pessoa jurídica de direito privado. Vale dizer, no caso destes autos, o imóvel locado não estava, nem de longe, cumprindo a sua função social de albergar e dar efetividade ou concreção ao direito fundamental de segunda dimensão, ou geração, à moradia.³⁰⁶ (grifou-se).

E, como se seguisse o manual civil constitucional, propõe não uma afronta à decisão do Supremo, mas “uma alternativa viável”³⁰⁷, apta a sobrepujar o direito de livre iniciativa e exploração comercial em benefício do direito social à moradia, por ser esse um predicado e fundamento do país, atinente à dignidade humana:

[...] o caso, aqui, trata de fiança locatícia prestada em contrato de locação não residencial, isto é, onde o imóvel fora locado não para atender ao direito social fundamental de 2ª dimensão ou geração, o direito à moradia, mas para permitir que a pessoa jurídica de direito privado proprietária do imóvel o explorasse para fins comerciais, o que é muito diferente, porquanto não atende tal destinação aos fins colimados na Carta Magna, mas a interesses meramente mercantilistas do locador, os quais não podem se sobrepor a um direito fundamental, que atende a um predicado e fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, atinente à condição

³⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 13. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 22. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 38. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

humana, no caso, a sua própria dignidade, consoante previsão do inciso III do artigo 1º da Carta Magna, que reza, logo após o preâmbulo.³⁰⁸ (grifou-se).

Com um entendimento pautado na releitura da norma infraconstitucional “a partir do paradigma constitucional”³⁰⁹, a decisão defende que os bens jurídicos do Direito Civil devem se submeter aos valores constitucionais, pelo que, numa clara adesão ao solidarismo jurídico, o sistema legal deve ser voltado a efetivação de políticas sociais e dos direitos fundamentais, sendo permitida, para tanto, a intervenção estatal pelo Judiciário:

No Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Civil devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. Somente pela democrática via constitucional que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos merecedores de tutela ou, como se diria, com a dignidade jurídica. p. 58
Portanto, ao que interpreto, a ação ativa do Estado em relação aos cidadãos e aos grupos sociais, titulares do direito de proteção, deve operar-se nas esferas legislativa, executiva, mas também, e principalmente, na esfera jurisdicional, porque é onde o direito efetivamente se concretiza para o cidadão, impondo que o sistema legal esteja fundado em políticas sociais voltadas ao desiderato protetivo programático de matiz constitucionalmente e, por conseguinte, impregnando o Direito Civil – instrumento constitucional de proteção social – da maior eficiência garantidora de direitos fundamentais.³¹⁰ (grifou-se).

Apesar desse entendimento, nem sempre argumentos de viés solidarista e alinhados à perspectiva civil constitucional são acolhidos. Isso porque em decisão de 2017 da mesma Décima Quinta Câmara Cível, a contar com dois dos desembargadores votantes do caso acima – desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos e desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos, relator do acórdão supracitado, outro caso envolvendo contrato de locação foi julgado em sentido contrário, mesmo que tenham sido utilizados argumentos semelhantes – para se dizer o mínimo.

O caso não diz respeito à penhora de bem de família do fiador, mas à ação de despejo ajuizada por locador contra locatário inadimplente do aluguel. O locatário apelante não negou seu inadimplemento contratual, apenas referiu que se encontrava em dificuldades financeiras e invocou a teoria do “estatuto do patrimônio mínimo”.

³⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 43-44. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 57. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. p. 58, 61-62. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Essa teoria surgiu na Alemanha com a “*Mindestinhalt Thesis*”, em que pode ser considerado marco inicial o acórdão BVerfGE 40, 121³¹¹, de 18 de junho de 1975, do Tribunal Constitucional alemão. Embora não haja consenso doutrinário, pode-se considerar que essa teoria defende que a partir da dignidade da pessoa humana seja protegido o arcabouço básico dos direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição nos art. 6^a a 11, de forma a assegurar condições mínimas de sobrevivência às pessoas.

Essa concepção é também atribuída às teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, consideradas sinônimas. Percebe-se sua estreita ligação com o paradigma da essencialidade aplicado aos contratos desenvolvido por Teresa Negreiros, já explorado anteriormente neste capítulo. Por isso mesmo é flagrante a confluência entre essa teoria e o civil constitucionalismo e o solidarismo contratual acolhidos e defendidos pela Décima Quinta Câmara Cível no caso da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador.

No entanto, retornando-se ao caso da ação de despejo, a mesma câmara julgadora do TJRS entendeu não ser cabível a teoria do patrimônio mínimo para justificar o inadimplemento e permitir a continuidade da posse do imóvel pelo locatário, visto não ser o locador obrigado a custear direitos fundamentais de obrigação do Estado:

A Teoria do Estatuto Patrimônio Mínimo está fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, e, em perspectiva constitucional, aduz que as normas civis devem sempre resguardar um mínimo de patrimônio para que o indivíduo tenha uma vida digna.

Ainda que não se desconheça a necessidade de manutenção da dignidade da pessoa e assegurar o direito à moradia, é evidente que o proprietário do imóvel não está obrigado a custear com seu patrimônio obrigações que deveriam ser mantidas pelo ente público, já que não é daquele o ônus de prestar assistência social e resguardar o direito à moradia constitucionalmente assegurado a qualquer indivíduo. De outra parte, no tocante à proteção à moradia, prevista no artigo 6^o da Constituição da República, a garantia à moradia, assim como aos demais direitos fundamentais, não se constitui em direito absoluto, devendo ser harmonizado com os demais direitos, dentre eles, o de propriedade, também erigido como direito fundamental, nos termos do art. 5^o, “caput” e inciso XXII dessa Carta Magna.

[...]

Frise-se, ainda, que o direito de propriedade importa no usar, fruir e dispor daquilo que é seu e, conseqüentemente, em receber os frutos pela utilização da posse inerente à propriedade, no caso, os aluguéis. Ou seja, significa dizer que compete ao Estado solucionar o problema da moradia e não ao cidadão isoladamente.³¹² (grifou-se).

³¹¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 40, 121. 8 out. 1997. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1997/10/rs19971008_1bvr000997.html> Acesso em: 27 maio 2018.

³¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 0237083-66.2017.8.21.7000**. Relator: Desembargador Adriana da Silva Ribeiro - Décima Quinta Câmara Cível. 13 dez. 2017. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Ao que parece, do que se depreende dos julgados supra nesse sentido TJRS, somente os fiadores são merecedores do privilégio de terem o custeio de seu direito à moradia suportados por locador, não podendo os locatários se aproveitar desse benefício, na visão da Décima Quinta Câmara Cível.

Ocorre que o entendimento anterior da Décima Quinta Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível 251772-57.2013.8.21.7000, é que acabou sendo adotado por turma do STF em 2018. No julgamento do Recurso Extraordinário 605.709/SP³¹³, revisando o entendimento anterior fixado pela própria Corte, a Primeira Turma do Supremo considerou ser impenhorável bem de família dado em fiança de contrato de locação comercial. Na decisão, por maioria de votos, ficou definido que precedentes judiciais que permitem penhorar bem de família do fiador na locação residencial não alcançam os casos envolvendo inquilinos comerciais, pois a livre iniciativa não pode colocar em prejuízo o direito fundamental à moradia.

O caso versou sobre arrematação de uma casa em leilão ocorrido no ano de 2002, em execução da fiança dada em contrato locatício para fins comerciais. Os recorrentes alegaram que arrematação configuraria violação ao direito social à moradia (art. 6º, caput da Constituição), pois o imóvel seria impenhorável por ser sua única propriedade, sendo ele o responsável pelo sustento da família. Aduziram que o caso diferiria daquele julgado anos antes pelo Pleno, pois este teria abordado apenas as locações residenciais, ao passo que a situação dos recorrentes era relativa à locação comercial. Além disso, alegaram que a composição atual da Corte se encontra “substancialmente alterada” em relação ao julgamento do Plenário em 2006, o que ensejaria possibilidade de “modificação do entendimento então adotado”. Sim, os recorrentes alegaram como fundamento que a alteração da composição do Supremo indicaria mudança de posicionamento no caso, sugerindo implicitamente que o entendimento do STF está ligado ao subjetivismo de seus julgadores.

O Ministério Público, representado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Odim Brandão Ferreira, apresentou parecer pelo provimento do recurso, sustentando que a permissão à penhora seria “exclusão arbitrária do fiador do benefício de impenhorabilidade do bem de família, porque fundada em critério formal de distinção [...] e não do critério material de igualdade a ser observado: a indispensabilidade do bem como substrato material básico da vida familiar”.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 605.709/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

Os ministros Dias Toffoli (relator do processo) e Luís Roberto Barroso foram votos vencidos, e, alinhando-se à jurisprudência do STF, defenderam ser penhorável bem de família do fiador em contratos de locação, seja residencial ou comercial, porquanto não pode haver restrição à livre iniciativa que também é protegida constitucionalmente. Para os ministros, a possibilidade de penhora do único imóvel do fiador, que o oferece voluntariamente em garantia do débito, tem o efeito de estimular o empreendedorismo, viabilizando a celebração de contratos em termos mais favoráveis e trazendo segurança ao mercado.

Em clara alusão à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, o ministro Dias Toffoli defendeu que o direito à moradia necessita ter seu conteúdo determinado pelo legislador infraconstitucional. Ele também defende que haja uma distinção entre o direito à moradia e o direito de propriedade, “na medida em que o direito à moradia pode, por exemplo, ser implantado por normas jurídicas que estimulem a oferta de imóveis para finalidade de locação habitacional”. Juntamente com o ministro Barroso, Toffoli destaca que a fiança é obrigação livremente assumida pelo fiador, nos termos do art. 818 do Código Civil, e que o entendimento sobre a penhorabilidade já foi confirmado no julgamento de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 612.360/SP³¹⁴, de relatoria da ministra Ellen Gracie.

Todavia, prevaleceu o entendimento contido na divergência aberta pela ministra Rosa Weber, acompanhada pelos ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Fux, que acolheram o parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso extraordinário. Em suma, o entendimento prevalecente aduziu que: (i) é necessária a manifestação de vontade do fiador tanto na locação residencial quanto na comercial; (ii) a legislação não distingue entre as duas modalidades de locação quanto à impenhorabilidade do bem de família; (iii) o direito fundamental social à moradia não pode ser sacrificado em prol da livre iniciativa, que é limitada pela ordem pública; (iv) o art. 3º, VIII, da Lei nº 8.009/1990 não foi recepcionado pelo Emenda Constituição nº 26/2000 (que inclui o direito à moradia no rol do art. 6º); (v) a dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem seja dado abrigo a determinados bens contra execuções forçadas; e (vi) é ofensa ao direito à isonomia dar a proteção da impenhorabilidade a devedor e não a fiador.

Não é possível assegurar que a decisão da Primeira Turma será admitida como um novo entendimento predominante, a ser também observado pelos tribunais país afora, pois tomada num caso “isolado”, sem repercussão geral e, portanto, não analisado pelo Plenário do Supremo.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 612.360/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Plenário Virtual. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

Nesse sentido tem sido a recepção até então do TJSP. Em decisões³¹⁵⁻³¹⁶⁻³¹⁷ posteriores ao julgamento do Supremo, a Corte paulista rechaçou o entendimento proferido no RE 615.709/SP, aduzindo que a decisão do STF não possui efeito vinculante nem é suficiente para alterar o entendimento sedimentado pelo STJ na Súmula 549.

Ainda assim, há claros indicativos de que será esse o entendimento da Corte daqui em diante, inclusive para os casos de locação residencial (argumento de que a legislação não distingue a impenhorabilidade por modalidade locatícia). É, pois, o anúncio do que parece ser a virada neoconstitucionalista/solidarista do Supremo nessa temática.

Assim sendo, encerrando-se a análise de como os Tribunais superiores e alguns dos principais Tribunais estaduais do país têm considerado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações contratuais, verificou-se que a perspectiva civil constitucional está vastamente inserida no Judiciário, mesmo quando não feita referência expressa ao civil constitucionalismo. E o recente julgado do STF sobre a impenhorabilidade de bem de família de fiador em locação comercial demonstra que a expansão dessa dogmática segue avançando em todas as estâncias e temáticas.

Com base na estrutura de pensamento civil constitucional, diversos Tribunais vêm sendo capazes de dilatar sua interferência nas relações privadas e alcançar até mesmo relações contratuais antes incólumes da ingerência estatal, promovendo irrestrita extensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de maneira direta.

³¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - Agravo de Instrumento 2167872-79.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Cesar Luiz de Almeida. 02 out. 2018. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

³¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - Agravo de Instrumento 2251558-66.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. 10 jan. 2019. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

³¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - Embargos de Declaração 2068708-44.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Marcondes D'Angelo. 14 fev. 2019. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CAPÍTULO 5 – O CONTRATO NO DIREITO CIVIL ATUAL (PARTE II): ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL, DO MODELO SOLIDARISTA DE CONTRATO E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Contratar no es ingresar a una religión, ni tampoco comulgar en el amor por la humanidad, es simplemente tratar de “hacer negocios”.*³¹⁸

A frase acima resume bem a visão deste trabalho: exprime a ideia por trás da reflexão crítica acerca da doutrina civil constitucional a seguir apresentada, ao mesmo tempo em que permite um vislumbre do que se concluiu da pesquisa realizada.

No primeiro tópico do capítulo foi levantada a questão da autonomia em relação ao cenário apresentado: (i) é adequada a visão civil constitucional de perda da autonomia epistemológica do Direito Civil? Pode a sistemática civil ficar relegada à submissão e concretização dos ditames constitucionais?; (ii) a dogmática civil constitucional apresenta corretamente o processo de superação da teoria da vontade? A autonomia privada e devidamente compreendida? Essas perguntas serão exploradas e respondidas nesse primeiro tópico.

O segundo tópico revisita uma antinomia muitas vezes criada no seio das relações contratuais: dignidade da pessoa humana *versus* autonomia privada. Será discutida a posição da dignidade humana enquanto valor e princípio jurídico. Depois, será a vez da autonomia privada passar por análise de seu conteúdo e de sua forma.

No terceiro tópico recorre-se ao auxílio da metodologia *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito. Nela o trabalho perpassa pelos principais institutos e conceitos econômicos a fim de realizar uma análise da adequação econômica potencial da doutrina civil constitucional e do modelo solidarista de contrato.

A partir dos apontamentos realizados nesses tópicos promoveu-se uma análise crítica do modelo solidarista de contrato. Primeiramente foram apontados os equívocos desse modelo na compreensão do instituto contratual que acaba descaracterizando-o. Após, destacou-se as falhas e as inconsistências do modelo solidarista e do civil-constitucionalismo a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias.

Por fim, o tópico último deste capítulo repassa o conteúdo das decisões judiciais colacionadas no capítulo anterior e realiza análise crítica acerca da aplicação e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais por elas realizadas.

³¹⁸ TERRÉ, François et al. **Droit civil**. Les obligations, Paris: Dalloz, 2009. p. 44.

Em geral, os autores referenciados durante o capítulo constituem parte do “quadro” doutrinário dos que se opõem ou, ao menos, divergem em grande medida da perspectiva apresentada pelo direito civil constitucional e pelo modelo solidarista de contrato. Além de demonstrar o porquê de essas doutrinas serem “apenas um quase consenso”, as posições e as teses dos autores doravante utilizados permitem verdadeira dissecação dessas correntes, a apontar a insustentabilidade dos fundamentos constitucionalizantes e solidarizantes do Direito.

Apresentados, então, o plano de análise e o propósito do capítulo, adentra-se finalmente em seu desenvolvimento e conteúdo.

5.1. O problema da autonomia

5.1.1. A autonomia epistemológica

No ano de 1975, Antônio Junqueira de Azevedo, debruçando-se sobre as novas tendências que acometiam o Direito Civil à época, elabora texto reflexivo, quase um desabafo, em tom alarmante, lançando a seguinte pergunta: o Direito Civil tende a desaparecer?³¹⁹

Prolongando a pergunta, escreve o autor:

A pergunta, que serve de título ao presente artigo, é formulada com o profundo temor de que uma aperfeiçoadíssima construção do espírito humano venha a se transformar em algo apenas histórico; [...] Irá o direito civil, indagamos qual nova Cassandra, caminhar solenemente para a História, para aí permanecer? [...] Perderá ele aquele seu caráter, que nos ensinaram, de direito comum em relação aos outros ramos do direito? Deixará ele também de ser o direito do simples cidadão? Perderá ele finalmente, o lugar, [...] de "sede por excelência da nossa ciência do direito"³²⁰?

Azevedo, naquele momento, já identificava, com sua usual perspicácia, os primeiros elementos e as primeiras forças do que veio a se tornar a doutrina civil constitucional. Ele indicava o despertar da superioridade das concepções hierarquizantes e autoritárias, a sucumbência do princípio republicano da legalidade ao princípio monárquico da autoridade,

³¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, p. 355-364, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 197. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

adotando a visão pessimista de que, com esse caminhar, o Direito Civil, após ser transformado substancialmente, acabaria por desaparecer³²¹.

O autor verifica a existência dessa tendência hierarquizante e autoritária por meio de algumas manifestações no Direito, dentre as quais, destaca-se aqui aquelas relativas às normas jurídicas e os referentes aos fatos jurídicos. Em suma, esses dois aspectos são assim modificados:

1) — Quanto às normas jurídicas, caminhamos, de normas clássicas, que são regras de conduta, claras e precisas, que as partes conhecem e espontaneamente aplicam, a normas decadentes, que são simples indicações para um juiz, colocado super partes, decidir no caso concreto; e de leis supletivas, a um número cada vez maior de leis cogentes (é a chamada "publicização do direito civil"); [...]4) — Quanto aos fatos jurídicos, o negócio jurídico, uma das grandes criações da civilização liberal-igualitária, no campo do direito civil, antes, por definição, ato livre, quanto a gênese, e realizado no interesse do agente, quanto à função, sofre um verdadeiro assalto nesses dois aspectos. Depois do contrato de adesão e do contrato-tipo, já se fala em contrato forçado; e os efeitos dos contratos, que eram obrigatórios por terem sido escolhidos pelo agente, deixam de ser, no "interêsse social".³²² (grifou-se).

Desde a década de 1970, portanto, já se percebia uma imposição à própria normatividade, num movimento de passagem do sistema de regras de conduta claras, objetivas e precisas, ao sistema aberto, com normas abstratas e cláusulas gerais servindo como mero ponto de orientação ao julgador. No campo dos negócios jurídicos, viu-se uma clara transposição de um instituto calcado na autonomia das partes e no atingimento dos interesses dos agentes a um instrumento que dispensa a livre declaração de vontade e funcionalizado em favor de interesses coletivos, externos à relação.

É evidente a similitude entre o exposto pelo autor e a atual dinâmica jurídica de concretização do direito civil constitucional. O Direito Privado encontra-se integralmente submetido a uma sistematização “jurídica” genérica e abstrata, a permitir constante interferência do Estado nas relações particulares, justificada pela materialização do interesse social em prejuízo dos interesses privados.

Em outras palavras, é a justiça comutativa que vai sendo suplantada, no campo do Direito Civil, pela justiça distributiva³²³. Mais profundamente, as normas de ordem pública já

³²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 199-200. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 200. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 201. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

não se explicam pela elogiável intenção legislativa em prol de uma igualdade das partes, mas sim, visam diretamente o dito “interesse social”³²⁴.

Nesse sentido, é possível distinguir claramente a natureza das antigas normas de ordem pública da natureza das normas de ordem pública atuais. As antigas continham, essencialmente, um esforço em manter equilibrada a economia interna do acordo privado, ao passo que, as atuais, procuram enquadrar os contratos, para que eles se coadunem com a política social e econômica do país³²⁵.

Em razão disso, apenas essas últimas significam uma real diminuição do Direito Civil³²⁶, uma subtração de sua autonomia epistêmica. O Direito Civil perde seu papel de campo garantidor e condutor do exercício dos atos da vida comum. As normas do Direito Privado deixam de proporcionar um exercício seguro de autonomia pelo indivíduo, não mais promovem o respeito ao exercício de um direito em função dos particulares e pelos particulares; os indivíduos devem agora submeter seus interesses e seus acordos ao que a coletividade e o “bem-comum” determinam:

A função social do direito subjetivo era, assim, dele, somente quando genericamente considerado; ela justamente consistia em que cada direito subjetivo, individualmente considerado, estava em função do próprio titular. Hoje, está se perdendo esse sentido do direito subjetivo. A função social do direito subjetivo já não é dele genericamente considerado, e sim, estamos quase a ver a "função social" de cada determinado direito subjetivo. [...] o proprietário, que deve usar a sua propriedade de acordo com a função social, quer dizer, que deve usar sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem é um dever. Ele é alguém que cumpre uma função (é um "funcionário"), e, não já, o "proprietário", o "dono" (Eu sou o dono!), com toda a conotação que essas palavras têm. [...] No fundo, esse proprietário é simples "administrador", que administra o que, por força de inércia, continuamos a dizer "sua" propriedade. (grifou-se)

O mesmo se aplica, em grande medida, ao Direito Contratual. As partes não mais são “donas” do contrato firmado, pois devem executá-lo tão somente na medida do que for benéfico à coletividade. Ora, se um contrato apenas pode ser executado – o que influencia até mesmo sua criação – em função do interesse social e do bem-comum, e não em favor do interesse das

³²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 204. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 204. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 205. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

partes, estas já não têm mais um direito, uma autonomia, e sim, um dever de realizar um objetivo político-social, e não mais o próprio.

Isso demonstra que a doutrina civil constitucional presume e promove a perda da autonomia epistemológica do Direito Civil, que fica submetido ao Direito Público, às normas de ordem pública; enfim, ao interesse social. Logo, por assim dizer, “saímos integralmente do nosso republicano direito civil, para mergulharmos, profundamente, no âmago do monárquico direito público”³²⁷.

Todavia, mesmo num sistema em que a Constituição localiza-se no centro do ordenamento, na condição de norte programático – como é o caso do Brasil, o Direito Civil permanece sendo o centro normativo do Direito Privado. A despeito do que sustentam os civil-constitucionalistas, o Direito Civil mantém preservada sua autonomia epistemológica.

É fato que a racionalidade, a estrutura e os princípios da tradição de *Civil Law*, mormente a romano-germânica, pautada na centralidade do Direito Privado e do *self restraint* dos magistrados, submetidos à legalidade, não mais navega em águas calmas³²⁸. No Brasil, a doutrina civil constitucional, decorrente do neoconstitucionalismo, talvez seja o mais dominante movimento de contestação e derruição dos alicerces dessa tradição.

Como visto, a disciplina civil constitucional não poupa críticas aos mais variados aspectos da tradição civilística. Dentre elas, algumas se destacam como base da defesa de perda da centralidade e da autonomia do Direito Civil: (i) a desconsideração da vida real na análise dos fenômenos jurídicos; (ii) fixação do juiz ao texto da lei, tornando-o um autômato repetidor das normas legais; (iii) a não observância das peculiaridades do caso concreto pelo magistrado, preso aos rigores formais; (iv) a perpetuação de injustiças; (v) a ofensa à dignidade da pessoa humana; e (vi) a prevalência da lei sobre a Constituição³²⁹.

A doutrina civil constitucionalista advoga ser aquela responsável por voltar o Direito Civil a uma nobre e necessária missão: a conservação da fundamentalidade dos princípios e valores antes esquecidos, tais como a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato

³²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1, out./dez. 2014. p. 209. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

³²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 15. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 17. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

e a função social da propriedade. Nota-se que “adjetivos, discursos hiperbólicos e afirmações panfletárias não faltam para descrever esse Direito Civil pós-moderno”³³⁰.

Contudo, é possível – e indispensável – identificar e delimitar toda essa avalanche retórica em torno do Direito Civil por meio de análise crítica. Propõe-se um processo de “desintoxicação” da visão que se deve ter do fenômeno jusprivatístico em tempos hodiernos.

No caminho do que esclarece Otávio Luiz Rodrigues Junior, de início, é possível identificar duas ordens distintas de considerações: uma metodológica e outra axiológica³³¹.

A metodológica enaltece a noção de que é possível tomar o Direito sob duas perspectivas, quais sejam, uma interna e outra externa. O positivismo de Kelsen é exemplo da perspectiva interna. O substrato dessa análise é puramente o Direito e seus conceitos, sua estrutura de ordenamento, suas instâncias de validade³³². A justiça, a eficiência e a legitimidade são consideradas substrato apenas da perspectiva externa.

Mas, por conseguinte, não é correto afirmar que o Direito Civil clássico e a tradição de *Civil Law* desconsideram e/ou são contrários a valores. O cerne do problema está em fazer a escolha entre fatores de correção externos ou internos do Direito³³³.

E é aí que se vê comum utilização da análise externa como fator de correção. Por vezes, se utiliza da economia para tanto, servindo para pautar e submeter a análise e a aplicação de uma norma jurídica à eficiência econômica, a despeito das medidas proporcionadas pela norma privada. Noutras tantas, o modelo axiológico de análise externa é utilizado, em geral com base no valor da Justiça, para submeter as opções legislativas ou a interpretação legal do Judiciário ao que seja benéfico ao interesse coletivo, ao bem-comum e à dignidade da pessoa humana³³⁴.

Não é preciso muito para perceber que o civil-constitucionalismo vale-se da análise externa como fator de correção do Direito. É notório que essa doutrina civil atualmente

³³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 20. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 21. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 21. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 22. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 24. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

majoritária pauta seus argumentos pela lógica de buscar elementos metajurídicos e extranormativos para essas “correções de rumo” do ordenamento.

É também característico dessa corrente a utilização da conhecida tática da falácia do espantinho³³⁵ sobre os demais sistemas, interpretações e construções jurídicos, em favor de fortalecer ou servir de último recurso a sustentar sua posição. Nessa tela, o Direito Civil é pintado como retrógrado, ultrapassado, desconforme aos valores constitucionais, à dignidade humana, e, por consequência, não sendo capaz de amparar os direitos dos hipossuficientes, dos menos “capazes”³³⁶.

O primeiro efeito problemático disso é a facilidade com que são desfeitos e desconsiderados os textos normativos precisos e determinados, inclusive aqueles de natureza constitucional³³⁷. A partir disso, invoca-se a Constituição, certos “princípios” ou “valores constitucionais”, para desfazer e desconsiderar regras de inquestionável univocidade semântica³³⁸.

O segundo problema causado pelo civil-constitucionalismo é o “abandono da análise interna do Direito para se fazer toda sorte de abusos [...] em nome da justiça distributiva ou de valores tidos como superiores, quase sempre originados do Direito Público”³³⁹.

É por meio dessa lógica, por exemplo que se manipula a teoria e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares para releituras impróprias de certas categorias jurídicas ou de princípios, como é o exemplo da função social da propriedade e do contrato. Em oposição crítica a essa tentativa de colonização do Direito Civil pela constitucionalização, Rodrigues

³³⁵ A falácia do espantinho consiste em abordagem argumentativa que se dá ignorando a real posição contrária, com a realização de uma distorção proposital ou acidental do argumento contrário para buscar torná-lo mais facilmente refutável. Ou seja, o argumento original é distorcido por incompreensão ou intenção, e, então, o que passa a ser refutado é justamente o “espantinho” criado dessa distorção, em lugar da posição verdadeira do “adversário”.

³³⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 25. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³⁷ Um bom exemplo citado pelo autor consiste na equiparação das uniões homoafetivas ao casamento. Mesmo com o claro óbice do texto constitucional no art. 226, § 3º, vários tribunais ordinários e o próprio STF decidiram nesse sentido, na defesa da equiparação. Certamente, é louvável e necessária a defesa da liberdade e da autonomia individual para que seja efetivada a equiparação de direitos de casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo com aqueles das pessoas de sexos opostos. Pensar de maneira contrária é não só retrógrado e anacrônico, mas ilógico. Porém, em se tratando de previsão constitucional textual e clara, a atualização do ordenamento deve se dar pela via legislativa, a exemplo do que ocorreu na Austrália em 2017, e não por interpretações e decisões jurisprudenciais autoritárias, configurando verdadeiras teratologias jurídicas.

³³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 29. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 30. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

Júnior estabelece alguns elementos que devem ser compreendidos na análise do Direito Civil em qualquer ordenamento constitucional:

- a) os direitos fundamentais devem ser compreendidos nos moldes da teoria externa, distinguindo-se entre seu conteúdo essencial e respectivos limites;
- b) não há como se admitir direitos fundamentais ilimitados;
- c) o exame da função social da propriedade, por exemplo, pressupõe o reconhecimento da distinção entre propriedade e função social.

Como dito anteriormente neste trabalho, a formatação do sistema judiciário alemão no pós-guerra em torno do Tribunal Constitucional Federal ratificou a importância central da Lei Fundamental da República Alemã. Com isso, o ordenamento alemão sedimentou em seu núcleo os “direitos de base”, os “direitos-fundamento”; enfim, os direitos fundamentais.

Porém, como também já mencionado, o Tribunal Constitucional Federal alemão faz uso dos direitos fundamentais apenas como última *ratio* do processo de correção e de adequação do direito posto, sobretudo quando estes irão avançar sobre terrenos como os do Direito Privado. Portanto, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é feita com extrema reserva, em último caso, e cautelosamente de maneira indireta.

Isso pois, a sobreposição e interferência do Direito Constitucional no âmbito privado pode implicar indesejados e desagradáveis efeitos para o próprio Direito Constitucional e para a Constituição. Mesmo alguns dos que advogam por uma posição próxima ao civil-constitucionalismo, como Ricardo Luis Lorenzetti, rejeitam uma centralidade e um absolutismo Constitucional intercessor, aduzindo que os elementos básicos e estruturantes do sistema jurídico estão tanto na Constituição, quanto no Código, nos tratados e nos costumes, de forma que todos os pontos são iguais, necessários e interatuantes³⁴⁰.

Um primeiro efeito imediato da utilização irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas consiste no esvaziamento do valor da dignidade humana e na perda da importância das normas constitucionais, que se veem banalizadas, utilizadas em situações e conflitos privados e restritos. Decorrencia disso é a perda da própria “identidade do Direito Privado”³⁴¹.

³⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 79.

³⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 36. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

Outra consequência negativa da interferência do Direito Constitucional nas relações privadas decorre da natural vagueza e generalidade das normas constitucionais, que servem de campo fértil para arbitrariedades e abusos da discricionariedade judicial. Afinal, se acusava que anteriormente, com as normas “individualistas” se fazia demagogia judiciária, agora isso é igualmente feito com a invocação da Constituição³⁴². Como rebote, tem-se a indevida ocupação do Supremo com uma invasão de casos eminentemente privados e insignificantes sob o aspecto constitucional. Nas palavras de Konrad Hesse, o Tribunal Constitucional é convertido em “supremo tribunal dos conflitos jurídicos-cíveis”³⁴³.

Outro aspecto que resulta efeitos deletérios consiste na notória utilização da dignidade da pessoa humana para solução de casos de Direito Privado e Civil, funcionando como chave de ponderação e sopesamento dos direitos fundamentais e seus princípios respectivos³⁴⁴. É mais um produto da doutrina civil constitucional para o Direito e para o Judiciário.

Os efeitos das doutrinas oriundas ou influenciadas pelo neoconstitucionalismo aplicadas ao Direito Civil estruturam também eficaz ferramenta de “derruir a chamada ‘dignidade da legislação’”³⁴⁵. Como é igualmente implícito ao solidarismo jurídico, sob a ótica civil-constitucional a discussão e solução dos problemas econômico-sociais relevantes acabam sendo deslocados da sua arena própria, o Executivo e o Legislativo, para os juízos e tribunais.

E, em última instância, há também o problema da proliferação de princípios, fenômeno cunhado por Lenio Luiz Streck como “pamprincipiologismo”³⁴⁶ e, por Ronaldo Porto Macedo Jr., como “farra dos princípios”³⁴⁷. Por essa proliferação o Direito Civil acaba perdendo vários de seus parâmetros de segurança jurídica para permitir uma interferência externa, mormente do Juiz-Estado, atuando de maneira discricionária a efetivar o bem-comum, o interesse social. Como denunciado no capítulo anterior, outro efeito decorrente é a utilização oportunista e indevida dos princípios em conexão com a técnica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

³⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 36. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁴³ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. 1. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.25.

³⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 37. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 38. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 475-496.

³⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 284

Com isso é possível afirmar, em outras palavras, que o Direito Privado, e nele, um instituto jurídico como o contrato, deve ter seus conceitos, sua estrutura de ordenamento e de norma e suas instâncias de existência e validade definidos sob a perspectiva jurídica, interna ao Direito, e não submetidos e funcionalizados axiológica, social e economicamente. A interpretação dos vínculos contratuais deve se pautar pela análise interna como fator de correção da norma ou de aferição de validade, e não externa. Como bem aponta Rodrigues Junior:

O Direito Privado tem sua História, sua metodologia, seus princípios e suas funções no que se poderia chamar de “divisão do trabalho” entre as diversas províncias jurídicas. Não é adequado fazer o transplante desses elementos do Direito Público para o Direito Privado. O estatuto epistemológico do Direito Privado não se coaduna com essa transposição, porque desnecessária e imprópria. Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o Direito Privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se ajustam aos seus fins.³⁴⁸

O Direito Civil deve ter preservada sua autonomia epistêmica, sob pena de muito além de apenas perder sua identidade, trilhar um caminho sem volta ao seu desaparecimento, como temia Antônio Junqueira de Azevedo. E isso seria trágico, pois é o Direito Privado e seus fundamentos – centralizados no Direito Civil, o modelo hábil a oferecer as condições e as soluções a problemas jurídicos no âmbito de atuação particular dos indivíduos.

Qualquer visão do Direito Civil, por mais contemporânea, deve ter em conta que ele mantém sua autonomia, ainda que possa ser, ocasionalmente, lido à luz da Constituição³⁴⁹. Pois no Código Civil é que são fornecidas as diretrizes gerais do Direito Comum, gravitando em torno dele os demais sistemas e microssistemas, tais como o contratual, o imobiliário, o da família e o do consumidor³⁵⁰.

O apelo constante à Constituição, à unidade da ordem jurídica constitucionalizada e à recondução geral do Direito aos princípios constitucionais não são nem foram suficientes para eliminar as fronteiras e os contornos do Direito Privado³⁵¹. O recurso ao “garantismo constitucional” é precário e prejudicial, considerando a vagueza inerente às normas definidoras de direitos fundamentais, cuja interpretação passa a resvalar em apreciações totalmente livres e

³⁴⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 43. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁴⁹ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, nota do autor aos leitores.

³⁵⁰ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 147.

³⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 143.

cercadas por um “positivismo de valores”, ambos igualmente contraditórios e ameaçadores à liberdade e à autonomia intrínsecas ao Direito Privado³⁵².

Fica claro que a dogmática constitucionalizante do Direito Privado não atenta para a inafastável necessidade de se buscar “previamente soluções para os problemas relativos às relações privadas dentro do próprio Direito Privado, historicamente construído, há milênios, para solucioná-los, de forma muito mais adequada que as normas constitucionais”³⁵³.

A constitucionalização do Direito Civil acaba por “publicizar” o Direito Privado, submetendo os particulares a restrições originalmente concebidas para o Estado que terminam por retirar-lhes a sua autonomia negocial³⁵⁴. Em outras palavras:

[...] a constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição. Ora, as garantias constitucionais apenas traduzem o reconhecimento estatal de uma ordem jurídico-privada, sem causar impacto autônomo em seu conteúdo. [...] O primado material das relações privadas é todo do direito civil, que se distancia da constituição política e atua como um desenho da constituição social.³⁵⁵

Sim, a atuação e as escolhas das pessoas são frequentemente irracionais, entrópicas e de altíssima subjetividade, mas assim devem ser. Os efeitos são positivos para a sociedade. O universo privado se constrói e autodestrói permanentemente; na esfera privada, tais atuações e escolhas não podem ser pautadas pelos padrões do Direito Público³⁵⁶.

Corre-se o risco, como, aliás, parece já estar ocorrendo, de que os agentes percam sua capacidade de determinação e configuração responsável e autônoma da própria vida, da própria atividade, em razão de um Estado excessivamente protetivo, que acostuma as pessoas com sua mão generosa, quando, em verdade, os escraviza em uma pomposa gaiola de ouro³⁵⁷.

³⁵² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 133.

³⁵³ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Boinato. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

³⁵⁴ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Boinato. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

³⁵⁵ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Boinato. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41-42.

³⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 45. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 46. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

Exemplo claro disso é a dignidade da pessoa humana, que tem se tornado mais uma vítima dessa publicização e constitucionalização do Direito Privado. Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito, tendo conexão direta com a autonomia das pessoas. Entretanto, sua banalização, a servir de base argumentativa ao civil-constitucionalismo, acaba por esvaziar por completo sua importância e seu significado. Com isso, como bem adverte João Baptista Villela, ela “tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta”³⁵⁸, afinal, se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será³⁵⁹.

O conjunto decisório do Judiciário é prova desalentadora dessa vitimização da dignidade humana, como já demonstrado no capítulo anterior. Rodrigues Junior oferece amostra mais ampla desse cenário, visto que, em pesquisa realizada, compreendida entre 1995 e 2010, junto apenas à Revista dos Tribunais, identificou 217 acórdãos nos quais a expressão “dignidade humana” é encontrada como fundamento da decisão adotada³⁶⁰.

No mesmo sentido, escreve Paula Forgioni, ao asseverar que a impressão que se tem ao se estudar a jurisprudência do STF, é a de que toda decisão é possível, bastando justificá-la: “com tal escopo, arruma-se algum princípio ou se faz alguma ‘ponderação’ entre eles. Olvida-se que legalidade é uma conquista da humanidade e que nos afastar dela é perigoso”³⁶¹.

É por isso que se discutirá mais adiante, neste trabalho, qual o real status da dignidade e como ela deva ser compreendida, para que não seja esvaziada nem sirva de instrumento de esvaziamento de institutos essencial e verdadeiramente jurídicos.

Antes disso, porém, convém apontar e esclarecer um outro problema relacionado à autonomia, que dessa vez encontra-se em campo mais específico, o do princípio jurídico: a compreensão equivocada e enviesada da autonomia privada pela doutrina em geral, especialmente pela doutrina civil constitucional.

5.1.2. *O princípio da autonomia privada*

³⁵⁸ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça/Via Lettera, 2009.

³⁵⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 44. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁶⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. p. 42. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

³⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 284.

5.1.2.1. *O processo de superação do dogma e da teoria da vontade*

Conforme exposto no capítulo anterior, para o direito civil constitucional, o Direito Contratual passou por mudança de eixo central, deslocando-se do fundamento volitivo e do dogma da vontade ao preceito do solidarismo e dos ditames constitucionais.

Em função disso, a própria liberdade negocial é afetada e relegada a plano secundário:

Segundo a perspectiva civil-constitucional, a aplicação ao contrato de novos princípios levou a que se quebrasse aquela hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial. Tais princípios encontram fundamento na Constituição, seja como desdobramentos da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (1º, III), seja como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada (art. 3º, I) [...].³⁶²

Dentro disso, a doutrina civil constitucional afirma que a autonomia da vontade passou à autonomia privada em razão de uma necessária releitura constitucional e existencial do Direito Privado, estando caracterizada, limitada e subordinada pelos princípios constitucionais e pelo solidarismo jurídico, ocorrendo uma elevação da função social a elemento chave do Direito Contratual – inclusive atuando como mais um limitador da autonomia privada.

Esse entendimento, contudo, mostra-se enviesado e direcionado a uma interpretação imprecisa da realidade do processo de transformação do Direito Privado e da mudança do dogma da vontade a uma teoria mais objetiva (descolada do elemento psíquico dos contraentes). Tal processo pelo qual o Direito Contratual foi submetido deve ser bem compreendido para que não ocorram distorções ou que conceitos jurídicos não venham a ser baseados puramente em noções ideológicas.

Ricardo Luis Lorenzetti chama atenção ao fato de que o status jurídico da autonomia privada há muitos anos tem sido objeto de preocupação da doutrina³⁶³. O civilista argentino posiciona-se de maneira crítica à autonomia privada, defendendo a intervenção estatal para que a coletividade não se submeta ao que particulares tenham acordado, sem, contudo, valer-se de fundamentos constitucionais ou da constitucionalização do Direito.

Lorenzetti acusa de ingenuidade aos doutrinadores que consideram a autonomia privada geradora de obrigações para as partes. Para ele, na verdade, é o legislador que impõe o conteúdo

³⁶² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.108.

³⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p.543.

obrigacional, não as partes, de forma que seria “perceptível então que uma grande parte das obrigações é imposta e não precisamente ‘causada’ pela autonomia privada”³⁶⁴.

Na sociedade pós-moderna, a limitação de atuação dos particulares seria insuficiente, pois seria necessário trabalhar com as coordenadas centrais do sistema, isto é, os princípios jurídicos³⁶⁵. Assim, o disposto nos contratos deve adequar-se aos princípios jurídicos, de forma a estarem realinhados com a ordem macrossocial. Por isso, afirma o autor, que “a ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor”³⁶⁶.

Nota-se que Lorenzetti, embora não alinhado à corrente civil constitucional, compartilha alguns dos entendimentos adotados pelos civil-constitucionalistas. A ideia de superioridade do interesse público e de submissão da autonomia das partes à proteção social é exemplo disso. Afinal, para o autor, o Estado requereria um Direito Privado, não um direito dos particulares³⁶⁷, e o Direito Civil deveria estar vinculado ao referencial do Direito Público, de forma que mesmo a funcionalidade e a eficácia das instituições de Direito Privado estariam condicionadas à essa correlação³⁶⁸.

A despeito das incoerências e dos equívocos existentes nesse raciocínio, e já demonstrados no tópico anterior, há um ponto nevrálgico levantado por Lorenzetti que vai ao encontro do que se pretende explorar neste tópico. Ao responder a seu próprio questionamento se a autonomia privada seria autossuficiente, o autor argentino aduz que o consentimento não seria um texto-normativo autossuficiente, pois, “há que integrar, tipificar e recorrer a inúmeras disposições complementares que não surgem da vontade das partes”³⁶⁹.

O equívoco dessa afirmação – e, em certa medida, de todo o raciocínio de Lorenzetti – encontra-se na compreensão da autonomia privada com base no elemento volitivo, com a utilização da vontade das partes como o elemento chave e gerador dos contratos. Vez mais, faz-se necessário apresentar e compreender o processo de superação da “teoria e do dogma da vontade” pelo Direito Privado.

³⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p.535.

³⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.. p.539.

³⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.. p.539.

³⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.. p.539.

³⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p.544.

³⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p.540.

Para tanto, Enzo Roppo parece ser um eficiente ponto de partida. O autor italiano bem pontua a elevação da vontade a elemento chave de definição do próprio conceito de negócio jurídico, nos ordenamentos clássicos liberais do século XIX e início do século XX³⁷⁰. Essa ideia da vontade como “força criadora” de direitos e obrigações foi exacerbada no período do Estado Liberal, e desembocou numa verdadeira e própria “mística da vontade” ou cristalizou na rigidez do “dogma da vontade”³⁷¹.

Nesse período histórico, o autor faz relevante distinção sobre a temática contratual, muitas vezes relegada por parte da doutrina. É importante diferenciar a disciplina civil e a dos contratos instituída na Alemanha pelo BGB daquela estabelecida anteriormente na França, pelo *Code Civil*, por vezes, equivocadamente, consideradas iguais.

É sabido que a Alemanha elaborou sua codificação civil em 1986, passando a vigorar em 1900, enquanto o código napoleônico é de 1804. Esse quase um século de atraso relativamente à França proporcionou que a disciplina do contrato estabelecida pelo BGB tivesse como base diferentes contexto histórico, condições socioeconômicas e tradição científica dos presentes no código francês e sua tradição encetada³⁷². Nesse contexto, já começavam a se desfazer muitas das ilusões liberais clássicas e do século XIX³⁷³.

Evidentemente que o código civil alemão, pelo caráter “industrial burguês” da sociedade alemã, inspirou-se em certos preceitos gerais já adotados pelo código de Napoleão, coessenciais a qualquer ordenamento “capitalista” de direito contratual, tais como, a liberdade de contratar baseada na igualdade formal; contudo, para além dessa inspiração de fundo genericamente “burguês”, são diversos os instrumentos os quais o BGB recorreu para a solução dos casos concretos divergentemente do *Code Civil*³⁷⁴.

Conforme anota Caenegem, a doutrina alemã do Direito Civil, produto do conflito entre Escola Histórica e Escola dos Pandecitistas, com vantagem final àquela, é “fundamentalmente diferente da Escola Francesa da Exegese, tanto em substância quanto em método”³⁷⁵. A doutrina civil alemã, predominantemente pandectística, partiu do rompimento com o jusnaturalismo para possibilitar o aparecimento de figuras como a da obrigação contratual, da validade do direito e do dever de prestação, as quais, por sua vez, favoreceram as doutrinas privatísticas pautadas

³⁷⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.49.

³⁷¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.49.

³⁷² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.49.

³⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

³⁷⁴ ROPPO, ENZO. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.48.

³⁷⁵ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 223.

nas concepções do sujeito de direito, da declaração de vontade e do negócio jurídico³⁷⁶. Franz Wieacker confirma que, partindo disso, o BGB desde o início significou um favorecimento ao jogo das forças econômicas e da formação do preço, tendo como pressuposto condições monetárias e econômicas estáveis³⁷⁷.

A principal diferença entre os modelos francês e alemão consiste no fato de, no alemão, o contrato ter sido concebido como categoria especial de uma categoria mais geral, qual seja, a do negócio jurídico³⁷⁸. Assim, no código civil alemão encontram-se normas especificamente dedicadas ao contrato (*Vertrag*) e outras mais dirigidas à disciplina do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*)³⁷⁹.

A fundamentalidade dessa diferenciação está no fato de que, embora a tradição francesa tenha repercutido no ordenamento brasileiro, as disciplinas civil e contratual estatuídas pelo Código Civil brasileiro de 1916 tiveram como maior influência justamente o BGB e a tradição jurídica civil alemã. A categorização do negócio jurídico como instituto geral da qual contrato era espécie é indubitável demonstração da influência germânica no país. Posteriormente, a “teoria ponteana” do negócio jurídico – consideração dos planos da existência, da validade e da eficácia – trazida da dogmática alemã, confirma essa fonte germânica da disciplina contratual brasileira.

Ainda no âmbito desse contexto de comparação entre o BGB e o código francês, outra diferença de tratamento à disciplina dos contratos dado pelo modelo alemão diz respeito à relativização do elemento volitivo na definição de negócio jurídico e de contrato. Diferentemente do modelo francês, que considerava a vontade a fonte de direitos e obrigações e elemento chave da própria definição de contrato, o código civil alemão acabou por antever a mudança pela qual o direito contratual passaria ao longo do século XX: o foco do negócio jurídico na vontade é deslocado para a declaração, por ser o negócio jurídico uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos³⁸⁰.

Confirmando o sublinhar dessas discrepâncias entre o direito francês e o direito alemão sobre o papel da vontade nos atos jurídicos, Antônio Junqueira de Azevedo remete a Roger Perrot o apontamento das idiosincrasias de cada modelo jurídico. Perrot afirma que, em geral, o direito francês se mostra como um direito essencialmente psicológico, que dá uma

³⁷⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 310.

³⁷⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 333.

³⁷⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.48.

³⁷⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.49.

³⁸⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.49.

importância decisiva às menores nuances do foro íntimo, enquanto que o BGB teria preocupação maior com a segurança das relações contratuais³⁸¹. Em outros termos, afirma-se que o “direito francês é apresentado, em geral, como partidário da teoria de vontade e o alemão, como da teoria da declaração”³⁸².

A verdade, porém, prossegue Azevedo, é que não são tão grandes as diferenças entre os direitos de ambos os países, haja vista que não configuram direitos opostos entre si, bem como não procede o raciocínio de que a teoria da vontade seja “individualista” e que a teoria da declaração seja “social”³⁸³.

Foi a antecipação do movimento de evolução da teoria e da disciplina dos contratos, que passou por progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes. Aqui, faz-se premente compreender o que se entende por “vontade” e, em decorrência, o porquê de sua redução e até superação pelo Direito Contratual – e Privado, como um todo.

A vontade deve ser entendida como o intento psíquico, o processo mental de desejo, que no Direito é traduzido como momento psicológico da iniciativa contratual³⁸⁴. Da própria definição jurídica do termo “vontade” já se deduz a sua problemática e inviabilidade: afinal, como é possível definir ou precisar qual a atitude psíquica, qual a intenção real do contraente no momento da sua iniciativa de contratar ou não, desse ou daquele modo? Como é possível verificar se o conteúdo contratual exprime exatamente a representação mental das partes? Ora, não é possível saber o que se passa na mente de cada indivíduo, como pretende considerar a teoria da vontade:

Falava-se, então, de “teoria da vontade” como chave para entender, em geral, a disciplina das trocas contratuais; e afirmava-se: que as consequências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes, e que o direito deve reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes, cancelando a operação em que – por ausência ou defeito, por assim dizer, do seu pressuposto psíquico – faltasse o seu próprio fundamento³⁸⁵.

Corroborando com esse entendimento, preceitua Emílio Betti:

Na verdade, a “vontade”, como fato psicológico meramente interno, é alguma coisa de impossível de se agarrar [...] somente na medida que se torna reconhecível no

³⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.75.

³⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.75.

³⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.76, 80.

³⁸⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.297.

³⁸⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.297-298.

ambiente social, seja como declaração, seja como comportamento, ela se torna um fato social, suscetível de avaliação pelas partes.³⁸⁶

A redução da importância do elemento volitivo deve-se, portanto, à sua própria impossibilidade de verificação, numa avaliação da validade de um negócio jurídico. O que resta é a viabilidade de ser possível ou não uma expressão de vontade ser livre, ser ou não conduzida indubitavelmente por atuação externa ou manifestada em contexto extraordinariamente desfavorável no qual outra parte tire proveito de maneira injusta e maliciosa; ou seja, verificasse não a origem do contrato, mas sua validade e sua eficácia. Não se é possível conferir a existência de compatibilidade entre o conteúdo contratual e a representação psíquica das partes.

Logo, a queda do dogma volitivo deve-se muito mais a uma questão de prática e de lógica do que a um processo de abstração ou interpretação valorativa da dignidade humana ou outro tipo de teratologia axiológica. Essa tendência de redução e superação do elemento voluntarista é chamada de “objetivação do contrato”³⁸⁷.

A superação da teoria da vontade foi forjada pelo próprio contexto do sistema econômico consolidado ao longo do século XX. Um sistema que tenha por características a produção, a distribuição, a circulação e o consumo de massa deve ter por objetivos primordiais a garantia da celeridade das contratações, a segurança jurídica e a estabilidade das relações, os quais são incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca³⁸⁸.

A insuficiência da vontade e as novas exigências acabaram se traduzindo em novas formulações jurídicas para a abordagem da vontade dos contraentes. Essas novas formulações foram resumidas pela passagem da “teoria da vontade” à “teoria da declaração”³⁸⁹. Esta nova disciplina contratual consolida-se por uma característica e um objetivo: (i) a característica é a de ligar os efeitos e concepções das relações aos elementos objetivos – exterior e socialmente reconhecíveis, pois a vontade é agora submetida àquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente e pelos terceiros afetados, ou seja, submetida à declaração; (ii) o objetivo é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração ao nível de todo o sistema, o que se converte em garantia de segurança e estabilidade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios³⁹⁰.

³⁸⁶ BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. In: VASSALLI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, 1960. p. 51.

³⁸⁷ BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. In: VASSALLI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, 1960. p. 51.

³⁸⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 298.

³⁸⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 298.

³⁹⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.298-299.

Dessa forma, ir além dos elementos de psicologia individual e das atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, não implica na extinção do elemento volitivo, mas significa, senão, que do conflito entre o “subjetivo” – as efetivas condutas da psique e da vontade do contraente – e o “objetivo” – aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente –, se atribuirá, preferencialmente, prevalências a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração³⁹¹.

Além disso, a discussão sobre a suposta inclinação “individualista” decorrente de uma predominância da vontade interna exige problematização mais complexa do que a simples confrontação do “privado” contra o “público”, contra o “social”. Afinal, se um sistema em que predomina a vontade interna parece, certamente, a princípio, mais protetor da liberdade do indivíduo e pouco e menos zeloso com o aspecto social, é preciso não se esquecer que, por exemplo, num contrato, onde estão em jogo dois sujeitos, beneficiar um deles significa pronta e diretamente prejudicar o outro³⁹².

Nesse âmbito, como se apercebe, Roppo não se alinha à corrente civil constitucional, não faz uso de raciocínios que submetem o direito a uma constitucionalização, nem lança mão de fundamentos publicizantes que reduzem o contrato a uma finalidade social, ao solidarismo jurídico. A superação do dogma da vontade é por ele demonstrada por meio da consequência prática e lógica da compreensão do elemento volitivo e das exigências do novo rearranjo socioeconômico do século XX.

Isso apenas evidencia a imprecisão e o viés os quais está sobrecarregada a dogmática civil constitucional, num esforço de sustentar que a substituição do formalismo jurídico pelo solidarismo se deu de maneira natural. É fato que os preceitos e as ilusões formais do liberalismo do século XIX eram insuficientes para dar proteção e segurança jurídica às relações jurídicas entre particulares, pelo que foram superados no decorrer do século XX. Entretanto, essa superação não pode ser apresentada sob um viés artificial e inverídico, forçando-se um direcionamento dos novos métodos jurídicos adotados.

Pontes de Miranda, desde há muito, fazia essa advertência. O centenário civilista refletiu que o formalismo jurídico como técnica de proteção do homem, nas relações com outros homens, se quebrou ou atenuou, exigindo que o ordenamento jurídico criasse outros expedientes de tutela. O autor alagoano adverte, no entanto, que nem sempre houve

³⁹¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.299.

³⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 80.

comedimento nessa adoção de novos métodos, sendo frequentes os cometimentos de exageros³⁹³.

Nesse diapasão, a abordagem da doutrina civil constitucional em relação à superação do dogma da vontade no século XX guarda excessos e claras imprecisões que indicam ser fruto da contaminação ideológica decorrente de sua face filosófica. Remetendo-se igualmente à advertência feita pelo próprio Enzo Roppo, é indispensável ter em mente que “as ideologias são sempre, em várias medidas, falsificações da realidade”³⁹⁴, ainda que, partindo dela, de algum modo, sejam capazes de refleti-la.

Na esteira do que expõe Roppo, Antônio Junqueira de Azevedo acautela que pior que eventual invasão religiosa, seria a possível invasão de ideologias substitutivas da religião. Isso porquanto o autor considera ser um “risco muito grande ver surgir ideólogos, vestidos de juiz, a nos dizer quais os motivos que são contrários aos bons costumes e à ordem pública”³⁹⁵.

Luciano Benetti Timm chama atenção ao fato de que não existem evidências empíricas de resultados concretos efetivos do papel da função social dos institutos de Direito Privado no desenvolvimento econômico e social de um povo; e considerada a realidade do Brasil, adverte para o perigo de abertura a leituras político-ideológicas do Direito Privado³⁹⁶.

De tudo exposto por Enzo Roppo relativamente à passagem da “teoria da vontade” à “teoria da declaração”, faz-se necessário um adendo.

Para tanto, a preleção de Antônio Junqueira de Azevedo guarda fundamental pertinência. Para o autor, tanto a teoria da vontade quanto a teoria da declaração, e mesmo a contraposição de ambas em dois extremos separados e singulares, apresentam um erro na sua formulação inicial: “ora, não há dois elementos, mas apenas um, este é a declaração de vontade”³⁹⁷.

Nesse ponto, importante referenciar e explorar, brevemente, os estudos de Azevedo sobre os planos do negócio jurídico – existência, validade e eficácia. Na sua tese de livre docência, publicada posteriormente como livro sob o título “Negócio jurídico: existência,

³⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

³⁹⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 31.

³⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 110.

³⁹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.54.

³⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

validade e eficácia”, o civilista considera que o plano da existência é constituído por elementos³⁹⁸, o da validade configura-se por requisitos³⁹⁹ e o da eficácia depende de fatores⁴⁰⁰.

Haja vista que a vontade e a declaração são tratadas pela doutrina como elementos criadores dos contratos, interessa é saber do plano da existência. Nesse plano, há os elementos gerais (sem os quais nenhum negócio jurídico existe), os elementos categoriais (próprios de cada tipo de negócio) e os elementos particulares (aqueles que existem em um negócio determinado, não comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócios)⁴⁰¹.

O que se incumbe é conhecer quais seriam os elementos gerais, necessários a todo e qualquer negócio jurídico. Para Azevedo, os elementos gerais dos negócios jurídicos podem ser intrínsecos – ou constitutivos, os quais são forma, objeto e circunstâncias negociais, ou extrínsecos – ou pressupostos, os quais resumem-se ao agente, ao lugar e ao tempo do negócio⁴⁰².

Em razão disso, o autor assevera que, apesar de a declaração ser resultado do processo volitivo interno, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o; com efeito, a vontade poderá, em momento posterior, influenciar a validade do negócio ou mesmo a eficácia; mas, considerada como processo psíquico do querer, não faz parte do plano existencial do negócio jurídico⁴⁰³. Por assim dizer, em conclusão, denota-se que a relevância jurídica da vontade fica adstrita, quando cabível, aos planos da validade e da eficácia, de modo que se vê como elemento de existência do negócio jurídico apenas a declaração de vontade⁴⁰⁴.

Azevedo afirma que Kohler também não admite a dualidade dos elementos vontade e declaração, considerando antes que, um só fenômeno existe, qual seja, a declaração como a própria vontade em ação⁴⁰⁵.

No Brasil, no âmbito legal, o Código Civil de 2002 claramente incorporou essa posição de elemento único, pois adotou a visão objetiva da regra de interpretação dos negócios jurídicos

³⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26 e segs.

³⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41 e segs.

⁴⁰⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49 e segs.

⁴⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

⁴⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

⁴⁰³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.82.

⁴⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.85.

⁴⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.84.

com base na declaração de vontade. A redação do artigo 112 não deixa dúvidas: “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

A partir disso, fica impraticável a concepção e a utilização do termo “autonomia da vontade”. O vocábulo deixa de ser pertinente ou adequado, e por isso é substituído. Em se tratando essencialmente de instituto a versar sobre os interesses e manifestações individuais e particulares, não fica difícil conceber a substituição pelo termo “autonomia privada”.

Todavia, e da mesma maneira, a ideia de “autonomia privada” merece ela mesma esclarecimentos, para que seja mais precisamente compreendida.

5.1.2.2. *A compreensão da autonomia privada*

Embora, como referido acima, o termo utilizado a partir do século XIX tenha sido “autonomia da vontade”, a própria noção da autonomia da atuação individual, de maneira ampla, independentemente da noção voluntarista pregada a partir do século XVII – e, portanto, privada – remonta ao direito romano.

Apesar de tão longínqua tradição, a autonomia privada ainda é tão má compreendida, atacada e submetida a interpretações “mistificadas”, que se torna necessário realizar sua “defesa”, com explanações e esclarecimentos.

Examinando a compreensão de autonomia privada no direito romano, Christian Baldus aduz que, em se tratando da defesa da autonomia privada, é obrigatório consultar os antigos romanos, visto ser comum afirmar que esse princípio teria sua raiz em Roma. A base para isso encontrar-se-ia na alusão ao fragmento D. 42, 8, 24: *ius civile est vigilantibus scriptum* – o direito é escrito para os vigilantes⁴⁰⁶. Assim, costuma ser insinuado que “os antigos romanos” teriam daí desenvolvido a ideia de uma autonomia privada da qual o comentador teria ciência⁴⁰⁷.

O autor alemão confirma que o direito privado romano é, de fato, a raiz de elementos essenciais do código civil alemão – e, conseqüentemente, do Código Civil brasileiro, em razão de sua indubitável fundação romano-germânica –, sobretudo devido aos já mencionados pandectistas do século XIX⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 42.

⁴⁰⁷ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 42.

⁴⁰⁸ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 42.

O pressuposto básico dos juristas romanos era o de que qualquer pessoa poderia, a princípio, dispor livremente de seus bens e deveria sofrer as consequências das próprias decisões tomadas⁴⁰⁹. O fato de esse pressuposto não ter sido resumido em um conceito como “*autonomia privata*” nada significa, haja vista que, em Roma, apenas era conceituado o que fosse para aplicação prática do direito⁴¹⁰ – o que demonstra o caráter técnico e superespecializado do direito romano.

O direito romano era amoldado pelo respeito à liberdade e à propriedade, de maneira que a formação contratual e as disposições testamentárias fossem possíveis⁴¹¹. Eis aí um indício histórico para sustentar a tese de que, apesar de não conceituada e não frequentemente problematizada, a autonomia privada seria em Roma conhecida⁴¹². Nesse sentido, Baldus comenta:

Em todo o direito clássico não se encontra nenhuma afirmação sobre como os próprios romanos entenderam, em termos filosóficos, psicológicos ou psiquiátricos, a liberdade contratual. Todavia, há diferentes fontes a partir das quais resta claro que os romanos reconheciam o defeito na autonomia da vontade como um fato e que tal defeito, é claro, resultava na ineficácia do negócio. São relatados casos excepcionais nos quais há falta de uma vontade livre com, quando muito, curtas fundamentações. Onde a liberdade de decisão foi prejudicada, tem-se correções, especialmente pela via processual, por meio da *restitutio in integrum* (da qual se originaria mais tarde o direito de anulação em razão de vício de vontade e a moderna proteção aos menores de idade).⁴¹³

Essa tecnicidade do direito romano a não oferecer conceito e contornos à autonomia privada em muito está ligada ao fato de que, em Roma, o direito não tinha a função de tratar e abranger todos os aspectos e problemas sociais, a funcionar como um emplasto Brás Cubas⁴¹⁴ da estrutura social. Conforme Baldus, na sociedade romana, o direito podia ser assim tão técnico justamente por não precisar resolver certos problemas:

⁴⁰⁹ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 43.

⁴¹⁰ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 43.

⁴¹¹ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 47.

⁴¹² BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 47.

⁴¹³ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p. 47.

⁴¹⁴ O emplasto Brás Cubas foi uma tentativa e uma obsessão do personagem de mesmo nome, da obra de Machado de Assis, de criar medicamento que contivesse a cura de todos os males, o que, entendia Brás Cubas, lhe garantiria a consagração e a glória eterna entre os homens. Ver: ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

Ele não era (como ocorre frequentemente no direito atual) entendido pela política e pela sociedade como uma panaceia, ou em palavras mais cuidadosas: como muito um instrumento universal de modelação social. Ele só intervém quando outros mecanismos não são suficientes, e mantém-se conectado ao funcionamento desses mecanismos.⁴¹⁵

Como se nota, a visão do direito como panaceia social, apontada por Baldus, no mínimo, guarda estreita semelhança com o sistema defendido e impingido pela doutrina civil constitucional, especialmente em relação à função do contrato, que deve ser, sob essa perspectiva, instrumento de concretização e proteção social.

Sob esse prisma da faceta filosófica do civil-constitucionalismo, tornou-se corriqueira e aceita a equivocada afirmação de que a autonomia privada, mesmo em Roma, configurava noção individualista e protetiva da parte “mais forte” em relação à parte “vulnerável”. Esse enorme equívoco deve ser desfeito.

Esclarece Baldus que, de fato, na concepção romana, o direito civil era escrito em princípio para o vigilante, e, no entanto, isso “não implica nenhum privilégio dos abastados contra os humildes ou dos maus contra os estúpidos: possíveis distorções da autonomia privada não encontram fundamento no direito romano”⁴¹⁶.

Desse modo, interpretações que atribuam ao direito romano uma noção “elitista” da autonomia privada não passam de distorções. Mesmo porque, como já dito, os juristas romanos jamais chegaram a formular um conceito e a estabelecer contornos da autonomia privada. Inclusive, apesar de os romanos terem sim se ocupado de princípios de maior ou menor proveniência filosófica, raramente deles extraíram soluções dedutivas para um caso concreto⁴¹⁷, não sendo proporcionada qualquer avaliação de existência de favorecimento ou protecionismo aos abastados.

Diferentemente dos sistemas jurídicos atuais, em que foi desenvolvida e solidificada a força normativa dos princípios, em Roma “a ideia de fornecer à posteridade princípios gerais lhes seria estranha”⁴¹⁸. Logo, é encargo de uma ordem jurídica que normatiza princípios definir

⁴¹⁵ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.50.

⁴¹⁶ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.67.

⁴¹⁷ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.59.

⁴¹⁸ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.59.

aqueles por ela validados⁴¹⁹, e não de uma ordem jurídica que não vê lógica em princípios de cunho vinculante e permanente.

É possível compreender, então, em linhas gerais, que a autonomia privada abrange em termos jurídicos o que poderia ser chamado em geral de individualismo ou de responsabilidade pessoal; em sua configuração atual, a autonomia privada reflete herança sobretudo do iluminismo, mas também guarda raízes que remontam a períodos anteriores, como ao romano⁴²⁰.

Desse entendimento de liberdade individual e responsabilização pessoal, adeptos da disciplina civil constitucional poderiam lançar mão da discussão sobre o contexto social, em que há indivíduos mais vulneráveis, sobrecarregados de informações, sujeitos menos aptos, ou mesmo vítimas de uma realidade que deve ser considerada. Nesse ponto, a ponderação de Christian Baldus é pertinente e necessária:

A solução para este problema não pode ser o retorno a uma ordem jurídica do passado. Para tais ordens não há nenhum caminho de volta, especialmente de um ponto de vista histórico. **A sociedade – assim como o direito – deve conviver com o fato de que, em princípio, deve ser por si responsável mesmo aquele que, não obstante tenha capacidades para tanto, não faça uso sensato delas. Isso vale especialmente quando os riscos da não utilização de tais capacidades sejam a ele atribuídos, e não imputados a outros.** A existência dessas capacidades é, ainda, em certos casos pressuposta – caso contrário, haveria perda de liberdade para outros. Esse é, entretanto, um problema moderno. Abusa-se da história do direito quando se serve dela como se fosse uma pedreira.⁴²¹ (grifou-se)

Prossegue o autor apontando a direção a ser tomada ao se tratar da autonomia privada, ontem e hoje: a diferenciação. Não há serventia submeter os indivíduos a uma tutela global, nem estabelecer uma presunção absoluta de liberdade, pois, se por um lado, não se pode valer de tendências do século XIX para promover um direito que apenas gerou benefícios a uma elite comercial, por outro, não se deve tolerar afrontas totalitárias ao princípio da liberdade: “devemos é diferenciar”⁴²².

Esse raciocínio bem se aplica a outro equívoco do civil-constitucionalismo, relativo aos tipos de relações contratuais. Esclarece-se. Por vezes, se percebe que parece haver, além de exageros, confusão no momento de se interpretar e se definir quais as normas a serem

⁴¹⁹ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.59.

⁴²⁰ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.68.

⁴²¹ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.69.

⁴²² BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011. p.71.

consideradas nas relações contratuais paritárias e não paritárias. Nestas, por óbvio, é cabível maior proteção à parte vulnerável e em objetiva desvantagem, mas, naquelas, não se justifica interferência protecionista, seja pelas características das partes seja pelo objeto da relação.

Nas relações não paritárias, o solidarismo é inadequado e desnecessário, já que, para tanto, existem as normas gerais do Código Civil e, para os contratos e as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.038/90). Nas relações paritárias o solidarismo é absolutamente incabível; é onde ele se mostra mais absurdo, autoritário até.

Feitos esses esclarecimentos em relação à autonomia privada, procede-se agora uma análise comparativa, no mundo jurídico, entre a autonomia privada e a dignidade humana, visto ser essa tão cara e utilizada pela doutrina civil constitucional, embora tão pouco conceituada.

5.2 Revisitando a antinomia autonomia privada *versus* dignidade da pessoa humana no âmbito contratual

5.2.1 Dignidade da pessoa humana: princípio jurídico ou valor? De axioma valorativo a sofisma jurídico

Como explica Ingo Wolfgang Sarlet, embora com os direitos fundamentais não se confunda, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana serve para esses como referencial, exercendo também função de critério legitimador de uma ordem jurídico-constitucional⁴²³.

Chama atenção nessa afirmação o termo utilizado pelo autor, a se referir à dignidade humana como princípio fundamental. De fato, a Constituição de 1988 dispõe no inciso III do seu art. 1º que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Mas, para além de constituir princípio de Estado, é possível conceber a dignidade humana como princípio jurídico da forma como conhecemos, isto é, como norma jurídica?

A dignidade como pressuposto de que todo humano possui um valor intrínseco⁴²⁴, como tradução das semelhanças e características comuns a todas as pessoas, como defesa das faculdades e da autonomia dotadas por todos os homens, e a significar que a pessoa é fim em

⁴²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 96-97.

⁴²⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 919. p. 127-196, maio 2012. p.132.

si mesmo, e não apenas um meio⁴²⁵, é concepção histórica e pouco contestável. Em linhas gerais, é esse seu conteúdo e significado moral e axiológico, dos quais se tem razoável consenso⁴²⁶. Interessa saber seu conteúdo e sua conceituação jurídicos.

A sua definição jurídica é plurívoca, guardando várias acepções a depender do interlocutor. Pela delimitação de objeto e espaço, as considerações de Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso serão tomadas como marcos da temática.

Sarlet mantém a noção multifuncional da dignidade humana, considerando-a valor superior e norma jurídica (regra e princípio) fundamental do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁴²⁷. Para o autor, o constituinte pretendeu, clara e inequivocamente, outorgar aos princípios fundamentais da Constituição a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional⁴²⁸.

Ingo Sarlet chama atenção ao fato de que, ao longo de todo o século XX, inúmeras constituições ao redor do mundo positivaram a dignidade da pessoa humana como princípio, e alçada como norma fundamental⁴²⁹. Além disso, no âmbito interno, o constituinte de 1988 teria decidido também assim considera-la, reconhecendo que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário⁴³⁰.

Prossegue o autor dizendo que, pelo fato de a dignidade humana estar sediada no Título I, dos Princípios Fundamentais, na Constituição de 1988, verifica-se que o constituinte preferiu não incluir a dignidade humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, o que infere sua condição à de princípio jurídico⁴³¹.

Não obstante, como a norma não se confunde com seu texto⁴³², nem com as respectivas posições jurídicas no ordenamento (direitos), Sarlet aduz que a dignidade humana comportaria também a caracterização de regra e o comportamento como direito fundamental:

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 32-48.

⁴²⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 919. p. 127-196, maio 2012. p.152.

⁴²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.73.

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 2015. p. 73.

⁴²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.80.

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.80.

⁴³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.79.

⁴³²ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Assim, adiantando aqui aspecto que voltará a ser referido, verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.⁴³³

Para Sarlet, a qualificação da dignidade tanto como princípio como quanto direito fundamental não deve ser fruto de análise dialética, por não se tratarem de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes. Apesar disso, reconhece não ser possível admitir a existência de um direito fundamental à dignidade⁴³⁴.

Luís Roberto Barroso, contudo, entende ser indispensável a distinção entre ambos, pelo que aduz não ser adequado caracterizar a dignidade humana como direito constitucional:

[...] razões pelas quais a caracterização da dignidade humana como um direito constitucional autônomo não corresponde à melhor abordagem. É verdade que princípios e direitos são categorias intimamente ligadas. Tanto os direitos fundamentais quanto os princípios constitucionais representam uma abertura ao sistema da filosofia moral. Contudo, uma vez que a dignidade é tida como alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considera-la como um direito em si⁴³⁵.

Isso porque, na visão de Barroso, com base na teoria de Alexy, em eventual conflito entre direitos, seria contraditório realizar a ponderação entre esses caso um deles fosse, justamente, o fundamento e a fonte do conteúdo essencial do outro. Em razão disso, a dignidade humana deve ser considerado apenas princípio constitucional, e não direito fundamental.

Esse raciocínio causa estranhamento, considerando que o mesmo pode ser dito em relação aos princípios, afinal, se a dignidade da pessoa humana é considerada princípio fundamental da República, pode ela ser, igualmente, fundamento e fonte essencial do conteúdo de outro princípio.

Ao mesmo tempo, conforme a própria teoria de Alexy, adotada pelos autores referenciados, os direitos fundamentais possuem caráter de princípios. Ou seja, antinomia entre

⁴³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 81.

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 81-82.

⁴³⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 919. p. 127-196, maio 2012. p. 157.

direitos fundamentais não é solucionada considerando-os direitos e/ou regras, mas sim considerando-os princípios, o que permitiria a solução pelo critério da ponderação⁴³⁶.

Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”⁴³⁷, constituindo parte integrante da deontologia (dever-ser, proibição e permissão). Portanto, os princípios situam-se na categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica.

O que se denota é que a dignidade da pessoa humana enquanto considerada no plano axiológico, como valor superior do ordenamento jurídico, aparenta traduzir significado e impacto compreensivos, delimitados e precisos. O problema aparece quando ela adentra ao plano jurídico: a dissonância técnico-conceitual se traduz em confusão e incapacidade de formulação de um conceito aplicável e apto a produzir efeitos determinados e previsíveis.

O que se tem percebido, é que nos atuais tempos de “pós-positivismos”, de “neoconstitucionalismo”, de “constitucionalização do direito” e de “solidarismo jurídico”, as decisões judiciais frequentemente resultam insegurança jurídica, nebulosidade interpretativa e alcançam competências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Interessante notar que, essa “intrincada e complexa” sistematização considerada no âmbito do princípio da dignidade humana, não parece ocorrer com o princípio da autonomia privada. Até porque, a autonomia não é “multifuncional” nem apresenta naturezas jurídicas múltiplas, sendo, tão somente, princípio jurídico. Esse ponto será devidamente explorado adiante.

Um dos principais motivos para esse cenário aparenta estar relacionado com o pano de fundo da estrutura jurídica constitucionalmente centrada. Ingo Sarlet reconhece que, dentre os aspectos essenciais do conteúdo da dignidade humana, assumem protagonismo as suas vertentes histórica e filosófica, relativamente à doutrina jusnaturalista. Isto é dizer, portanto, que com a ascensão da dignidade da pessoa humana a status de princípio constitucional e de regra definidora dos direitos e das garantias fundamentais, o Direito passa a estar condicionado e fundamentado por uma norma de Direito Natural, a espriar sua lógica por todo o ordenamento.

É o retorno ao jusnaturalismo, em pleno século XXI. É também o retorno à moral e aos argumentos morais como institutos capazes de decidir e solucionar, o que vai muito além de uma mera e necessária reconciliação entre Direito e moral. Recolocar ao lado do Direito

⁴³⁶ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 112.

⁴³⁷ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 112.

Positivo o superado Direito Natural significa aceitar, num conflito entre Direito e moral, seja escolhida essa última em lugar do próprio Direito.

Esse é um movimento identificado como coincidente ao protagonismo constitucional e ao neoconstitucionalismo, surgidos no pós-guerras:

Sob o paradigma da lei, a maneira de conceber o Direito correspondia perfeitamente à mentalidade democrática e individualista das nações ocidentais, no séc. XIX e começo do séc. XX. Entretanto, os movimentos sociais, as revoluções, as guerras, os campos de extermínio, em todo o decorrer do séc. XX, puseram em cheque aquela confiança na lei como expressão da vontade coletiva. Especialmente, após a 2ª Grande Guerra, os juristas, consciente ou inconscientemente, voltaram a procurar algo que pudesse evitar tanta tragédia para o ser humano. **O simples Direito Positivo, afinal, não fora suficiente para impedir a barbárie. Alguns juristas voltaram a falar em “direito supralegal” (evitando a expressão “Direito Natural”) (Bachof, o.c., passim) mas a maior parte procurou reforçar a Constituição e os Direitos Humanos, até mesmo formulando novas declarações de direitos, válidas quaisquer que fossem o Estado e seu regime político** (por ex., a Declaração do Direitos da ONU, de 1948). Daí, a nosso ver, os dois pilares do Direito atual: **Constituição e Direitos Humanos**. Constituem ambos como que os fundamentos últimos da argumentação jurídica hoje. Mas, movidos pela inquietação intelectual, cabe perguntar: **esses dois alicerces bastam? Resolvem ambos todas as nossas possíveis dúvidas?**⁴³⁸ (grifou-se)

Um fator importante a se notar nesse contexto, muitas vezes desapercibido pelos neoconstitucionalistas, é que, mesmo considerada lei maior, a Constituição não deixa de ser lei como as outras, estando sujeita às mesmas vicissitudes:

Se hoje é uma Constituição que nos agrada, amanhã poderá ser outra, e não agradar. E aí como ficamos? Convém observar que a nossa atual Constituição, em vinte anos, já recebeu mais de 60 emendas! E há sempre a questão da interpretação: lei maior ou lei menor, quem interpreta é o intérprete (é “*tautologia expressiva*”, na expressão de Pontes de Miranda)⁴³⁹.

Não surpreende, então, que com a recolocação do Direito Natural ao lado do Direito Positivo, e a decorrente confusão entre Direito e moral, em que esta acaba se sobrepondo, a dignidade da pessoa humana esteja sendo banalizada, a servir de tudo e como solução para todos os “males”, aplicada como verdadeira panaceia pelo Judiciário.

Com frequência, a dignidade da pessoa humana aparece como eixo central na fundamentação de decisões judiciais de todos os ramos jurídicos, mesmo quando não há razão

⁴³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, jan./dez. 2007. p. 586.

⁴³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, jan./dez. 2007. p. 586.

para tanto, seja por mera inadequação seja por clara existência de norma jurídica suficiente para solucionar o caso. No Direito Contratual, especialmente, essa onipotência da dignidade causa maior espanto.

Uma instituição financeira pretende reaver o bem dado em fidúcia só porque falta quitar 25% do financiamento? Absurdo! Fere a dignidade do devedor, que já “adimpliu substancialmente” seu débito. Um inquilino foi despejado porque não paga o aluguel há seis meses? Imitam-no na posse imediatamente: fere a dignidade da pessoa humana retirar a moradia do locatário, ainda que ele não esteja adimplente, pela proteção do mínimo existencial de cada pessoa.

Por essas e outras tantas mais, percebe-se que a dignidade humana empobreceu-se, esvaziou-se, tornou-se um tropo oratório fadado à flacidez absoluta, como já citado de Villela⁴⁴⁰. Argumentos dessa natureza transformam a dignidade humana em verdadeiro sofisma jurídico. Da forma como está sendo feita, a utilização da dignidade da pessoa humana acaba por acarretar um processo de autofagia, que gradativamente levará à sua destruição.

Como bem aponta João Baptista Villela, a ideia de colocar a dignidade humana como fundamento do Estado, de qualificar a democracia como exigência da dignidade humana é um exagero ou, pelo menos, falta de medida das coisas ao se tratar de uma ideia tão grave e austera; chegar a tanto seria mais uma forma de incorrer na banalização que aqui se tem apontado⁴⁴¹.

Por vezes, o próprio Judiciário se atenta a esse fato, e coloca “freios” no principiologismo e na aplicação da dignidade humana como panaceia. No STF, em sede de julgamento por repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 363.889 do Distrito Federal, versando sobre aplicação da dignidade da pessoa humana em relação privada, o ministro José Antonio Dias Toffoli, relator do caso, atentamente asseverou:

Creio ser **indispensável enaltecer a circunstância da desnecessidade da invocação da dignidade humana** como fundamento decisório da causa. Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero **haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado**, transformando a conspícua dignidade humana, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em **verdadeira panacéia** de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. **Não se pode esquecer o processo de deformação a que foi submetida a cláusula geral da boa-fé na jurisprudência francesa, a ponto de seu recurso excessivo levar ao descrédito essa importante**

⁴⁴⁰ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça/Via Lettera, 2009. p. 562.

⁴⁴¹ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça/Via Lettera, 2009. p. 579.

figura jurídica.[...] **Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma**, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado, “um tropo oratório que tende à flacidez absoluta”. E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa principiologia sem grandes freios⁴⁴². (Grifou-se).

Considerando o atual estágio da doutrina e da jurisprudência, parece ter chegado o tão indesejado momento prenunciado pelo voto supra, prolatado em 2011: é preciso salvar a dignidade humana dela mesma.

Sem essa conscientização da necessidade de seu “salvamento”, e seguindo como está, a dignidade humana tende a se tornar mero argumento retórico ou, pior, como acontece com frequência, rebaixar-se à categoria de sofisma jurídico.

5.2.2. *Autonomia privada: conceituação e conformação*

Etimologicamente, o vocábulo “autonomia” deriva do grego, formado pela conjunção dos termos autós, que significa “por si mesmo”, “próprio”, e nómos, que significa “convenção”, “lei”.

Ela pode ser entendida, então, como a competência de “realizar suas próprias escolhas”, “pautar-se pelas próprias regras”; denota, enfim, regulamentação dos próprios termos, atuação por lei própria. Uma pessoa autônoma é capaz de dirigir a própria vida, de planejar o próprio futuro.

Por sua vez, a autonomia privada não se encontra expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional. Esse fato não acarreta prejuízo, haja vista que a norma (princípio ou regra) não se confunde com o texto (dispositivo constitucional ou legal).

Embora, como todo princípio, represente importante aspecto axiológico, a autonomia privada não é ela mesma um valor. O valor fonte de seu conteúdo é a liberdade, valor fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, prevista apenas no preâmbulo da Constituição de 1988. Ou seja, apesar de emanar da liberdade, com esta não se confunde.

Por isso também, não se confunde com o direito à liberdade, previsto no caput do art. 5º. Este é considerado a veste jurídico-formal do valor liberdade. A liberdade, por ser o valor fundamental, também é fonte de outro valor constitucional: a livre iniciativa (art. 1º, IV, CR/88),

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 363.889/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 jun. 2011. p. 1-2. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

que também pode ser considerada princípio. Por sua vez, a livre iniciativa também constitui fonte da autonomia privada. Esses dois valores – liberdade e livre iniciativa – constituem e dão origem a diversos direitos e princípios, não apenas no âmbito constitucional, mas, sobretudo, no âmbito do Direito Privado.

É sabido que, não raro, os direitos necessitam de instrumentos para serem exercidos e efetivados. Mesmo os princípios, quando fruto de profunda especialização e confinamento a um ramo jurídico, necessitam certa complementação para se verem concretizados. E aqui entra a autonomia privada: é ela ferramenta de exercício de direitos individuais e instrumento de concretização jurídica do valor liberdade e seus valores, princípios e direitos decorrentes.

A autonomia privada acaba sendo, então, o mandamento otimizador de todos os outros princípios e direitos de caráter individual, sendo o instrumento de efetivação do valor liberdade, do valor livre iniciativa e do direito à liberdade. Resumindo-se: a autonomia privada é pressuposto geral e princípio fundamental do Direito Privado.

À vista disso, não se pode reduzir as relações às quais ela se aplica, admitindo se tratar exclusivamente de questões de natureza econômica, patrimonial. A autonomia privada se manifesta nos mais diversos campos de atuação do indivíduo, tais como nas condutas no seio familiar, na disposição de órgãos para fins científicos e no exercício dos direitos de personalidade, e não somente no âmbito negocial⁴⁴³. Tanto na deliberação sobre a doação de órgãos à ciência quanto na decisão de indivíduo que resolve vender um imóvel, “o núcleo comum das situações é exatamente o reconhecimento jurídico do poder da autonomia na composição das categorias jurídicas pelos sujeitos”⁴⁴⁴.

Por essa razão, afirma-se não existirem vários tipos de autonomia: há somente situações e âmbitos distintos no seu exercício⁴⁴⁵. Mas, evidentemente, por ser o contrato objeto do presente estudo, será explorado justamente esse âmbito de atuação da autonomia privada.

O problema que se põe diz respeito à compreensão do alcance da autonomia privada, que acaba por interferir fortemente no próprio conceito que dela se faz. Por se tratar de instrumento jurídico, impassível de absolutização, a autonomia privada tem sido considerada instituto limitado conforme restrições impostas por normas cogentes, de ordem pública.

⁴⁴³ Outros tantos exemplos são citados por Lorenzetti: manutenção artificial da vida humana em casos de tratamentos médicos, novos modelos de estrutura familiar, a adoção, a inseminação artificial etc. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴⁴⁴ POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015. p. 91.

⁴⁴⁵ POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015. p. 92.

Para a doutrina civil constitucional, não são os valores da livre iniciativa e da liberdade (sobretudo este último) suas fontes geradoras. Nas relações contratuais que apresentem também conteúdo extrapatrimonial, o fundamento único e exclusivo da autonomia privada seria a dignidade da pessoa humana⁴⁴⁶.

Esse seria o ponto de partida da limitação da autonomia privada, pela noção de que não seria a livre escolha dos sujeitos que determinaria as normas aplicáveis ao ato que se intende praticar, mas sim o ordenamento que selecionaria a intenção com a qual o ato seria condizente. Como entende Ana Prata, a juridicidade do ato e da relação seria aferida pela dignidade do interesse do caso, e o juízo sob essa dignidade seria um juízo normativo informado por critérios supraindividuais⁴⁴⁷.

Por tal motivo, como se viu no capítulo anterior, para os adeptos do civil-constitucionalismo, a autonomia privada apenas produz efeitos quando realizado direito ou princípio constitucional, como também tem sua própria existência no mundo jurídico condicionada a uma busca pela dignidade humana. A consequência disso é uma abertura à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de maneira irrestrita.

A partir disso, a autonomia privada passa a estar funcionalizada e submetida à dignidade da pessoa humana. O solidarismo jurídico se impõe, e promove uma série de restrições ao exercício da autonomia privada, mediante limitação externa de seu conteúdo e sua eficácia. Pelas cláusulas gerais e abertas, a autonomia privada se vê limitada pela boa-fé e pela função social do contrato, em combate ao citado “individualismo jurídico”.

Toda essa posição apresenta graves falhas e incompreensões que resultam na sua completa inadequação. Nota-se sensível imprecisão conceitual e etimológica, a ser aclarada e desmistificada. Explica-se.

O fato de a autonomia privada não ser absoluta – assim como qualquer outro instituto jurídico – não significa que ela é limitada, ao menos no sentido de que ela sofreria limitações, estabelecido pela perspectiva civil constitucional.

O termo “limite” tem origem na palavra latina “*limes*”, cujo genitivo “*limīts*” significa caminho, fronteira, borda, raia⁴⁴⁸. Ou seja, limitações presentes naturalmente, características internas e inatas a algo. Mas, quando se fala que a autonomia privada sofre limitações, utiliza-

⁴⁴⁶ Conforme defende Pietro Perlingieri: “A tentativa de individualizar o fundamento da autonomia na garantia constitucional de iniciativa econômica é parcial. A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

⁴⁴⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 23.

⁴⁴⁸ TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino-português**. 2. ed. Porto: Maranus, 1942. p.480.

se de semântica para dizer que, diferentemente do sentido etimológico, os seus limites são impostos externamente, pois surgidos de atuações externas a reprimi-la, a empurrá-la e a recuá-la numa ou noutra direção ou espaço.

No caso da perspectiva civil constitucional desse princípio, as limitações são impostas externamente pela ordem pública, pelo interesse coletivo e pelos fundamentos constitucionais, por vezes expressados mediante a boa-fé e a função social.

Essa proposição apresenta equívoco: embora tenha limites, a autonomia privada não é limitada externamente. O que se tem é uma conformação a demonstrar limites interna e congenitamente concebidos.

A palavra “conformar” vem do latim “*cōnfōrm-ārē*” ou “*cōm-fōrmō*”, que significa dar uma forma, formar, compor⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹. Nessa essência, o termo “conformação” vem sendo utilizado e aplicado às mais diversas searas do conhecimento, principalmente pelos campos da ciência.

Na química, segundo a União Internacional de Química Pura e Aplicada (IUPAC - *International Union of Pure and Applied Chemistry*) conformação é o “arranjo espacial de átomos a proporcionar distinção entre estereoisômeros passíveis de serem interconvertidos por rotações sobre ligações formalmente simples”⁴⁵². Para compreensão leiga, o dicionário Cambridge explica que seria o “arranjo molecular formado por átomos, quando estes se movem livremente em constante mudança”⁴⁵³. Na biologia, conformação significa a forma ou a estrutura de um animal.

Note-se que, nos casos das ciências, o termo indica as características inatas a algo, sua estrutura e forma surgidas e desenvolvidas naturalmente, no sentido etimológico do termo conformar.

O mesmo deve ser admitido para a autonomia privada, que se amolda internamente considerando seus fundamentos – liberdade e livre iniciativa, os institutos que deva efetivar e concretizar – direitos e subprincípios, e as circunstâncias relacionais e negociais que fazem com que ela, desde a origem, se faça mais ou menos presente. Ela não é, portanto, limitada por

⁴⁴⁹ TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino-português**. 2. ed. Porto: Maranus, 1942. p.183.

⁴⁵⁰ LEITE, José Florentino Marques. **Dicionário latino vernáculo**: etimologia, literatura, história, mitologia, geografia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lux, 1958. p.104.

⁴⁵¹ SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novíssimo dicionário latino-português**: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.. 10. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993. p.280.

⁴⁵² Tradução livre do conceito “*The spatial arrangement of the atoms affording distinction between stereoisomers which can be interconverted by rotations about formally single bonds*”. Disponível em: <<https://goldbook.iupac.org/html/C/C01258.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

⁴⁵³ Tradução livre de: “*the arrangement formed by the atoms in a molecule when they move freely around, that can often change*”. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/conformation>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

normas de ordem pública e interesse social, pois isso significaria dizer que seu conteúdo e sua forma são determinados, definidos e impostos externamente.

Explica-se melhor com exemplo alegórico.

Pense no próprio corpo humano, particularmente seus contornos e alcance dos seus membros. Não há, verdadeiramente, elemento ou componente externo que a ele imponha até onde pode ou não atingir. O meio em que está inserido não exerce papel direto nesse sentido. O braço não pode ir além do seu alcance natural tão somente por seu próprio comprimento, sua própria envergadura e sua composição orgânica, e não porque algo externo ou um corpo o pressione ou empurre para limitá-lo.

A analogia, por simples que seja, é eficiente e precisa para demonstrar a autoconformação característica da autonomia privada. Assim como um corpo tem seus contornos e é conformado por seus membros, a autonomia privada é conformada pelas limitações inerentes a si, considerando os contornos pelos quais seu alcance pode atingir. A autonomia privada, primeiramente, não irá atuar no espaço em que a autonomia privada de outro indivíduo se encontra. Seu exercício por alguém, espontaneamente, não impedirá que outrem possa exercer sua própria autonomia privada.

Assim como ocorre com o corpo humano, estabelecer imposições externas como limitações ao alcance e ao exercício da autonomia privada significa deformá-la, atrofiá-la; implica restringir autoritariamente a livre atuação individual. Por sua vez, imaginar que a autonomia privada seja infinita, que configure alcance absoluto em qualquer campo e momento de atuação, consiste, tão somente, em idealismo a ser evitado, por não guardar pertinência com a realidade.

A compreensão de sua conformação não significa que a autonomia privada não sofra influências externas. Mas há distinção entre sofrer influências externas e sofrer limitações externas a definirem seus contornos e conteúdo e suas formas. Por isso, conceber que a autonomia privada apenas é conformada não implica dizer que ela seja absoluta ou não encontre limites, mas, tão somente, que seus limites se dão de maneira interna, pelos contornos de seu próprio alcance influenciado pelos contextos relacionais e pelas circunstâncias negociais.

Ademais, a noção de que a autonomia privada teria como fonte a dignidade humana se mostra equivocada, eivada ideologicamente. É mais uma artimanha a integrar o arcabouço civil constitucional para permitir extensa intervenção judicial nas relações contratuais.

Na direção do que aponta César Fiuza, não é possível aceitar uma busca atabalhoada e precipitada de fundamentos e valores constitucionais para os diversos institutos do Direito Civil, perdendo-se de vista a ótica do próprio Direito Civil, bem como a liberdade do indivíduo,

da liberdade de contratar, de empreender, de ter, enfim, de ser⁴⁵⁴. É mais que tempo de reconhecer a relevância histórica do Direito Privado, assim como a imprescindibilidade e inviolabilidade da autonomia privada para o Direito e para a própria sociedade, em defesa de ataques autoritários e ações invasivas da esfera particular:

A autonomia privada foi uma conquista histórica, da qual simplesmente não podemos abdicar, permitindo que o Estado, em nome de uma dignidade, muitas vezes levemente invocada, intervenha de modo ditatorial, violento e arbitrário na esfera privada, que só ao indivíduo pertence⁴⁵⁵.

No âmbito das relações paritárias, deve-se combater todo raciocínio que, em nome da dignidade humana, do interesse público ou da função social, permitir intervenções arbitrárias no domínio da autonomia privada, da liberdade de contratar, de agir e de empreender, de ter, de pensar; enfim, a supressão do valor liberdade. Não se pode esquecer que esse mesmo valor – a liberdade – é base de qualquer noção que se tenha de dignidade, sem o qual essa não sobrevive:

Há que se ter cuidado e não cair na ditadura da dignidade, da função social, do politicamente correto, do interesse público, dos direitos das minorias ou das maiorias. Tudo há de ser sopesado com boa dose de bom senso e, sobretudo, com muito amor à liberdade, que, afinal de contas, é o alicerce da dignidade⁴⁵⁶.

Assim, a autonomia privada tem como fonte o valor liberdade, não a dignidade humana, que, em sentido direto, pouco tem a ver com o exercício de liberdades individuais no âmbito negocial⁴⁵⁷. Por bem menos, a morte do contrato chegou a ser anunciada em função do direcionamento “solidário” do contrato, que já configurava ameaça à autodeterminação individual.

Em movimento similar ao ocorrido nos países de tradição *Civil Law*, a realidade jurídica de *Common Law* chegou a apresentar o que teria sido o nascimento e a morte da teoria contratual clássica. Dos Estados Unidos notabilizaram-se Grant Gilmore⁴⁵⁸ e Morton Horwitz⁴⁵⁹, enquanto do direito inglês destaca-se Patrick Atiyah⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Nota do autor.

⁴⁵⁵ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Nota do autor.

⁴⁵⁶ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 149-150.

⁴⁵⁷ Para não restar dúvidas ou permitir conclusões inadequadas, ao se afirmar que a autonomia privada decorre diretamente da liberdade está-se expondo a estrutura de causalidade do referido princípio, o que não significa, portanto, que não haja qualquer relação entre a autonomia privada e a dignidade humana, mas que essa interação se dá por correlação.

⁴⁵⁸ GILMORE, Grant. **The death of contract**. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

⁴⁵⁹ HORWITZ, Morton J. **The transformation of American Law: 1780-1860**. London: Harvard University Press, 1977.

⁴⁶⁰ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon, 1979.

A escolha de autores-vilões vinculados a um arcabouço teórico – Teoria Geral do Contrato –, que representam uma ideologia ou conjunto de valores que não mais guarda a simpatia dos estudiosos (individualismo e formalismo), por meio de utilização da História para crítica configura o cerne das teorias dos referidos autores, acabaram recepcionadas no Brasil como argumentos de autoridade para o combate ao Direito Privado e à sua autonomia⁴⁶¹.

5.2.3. *Superioridade técnico-hermenêutica da autonomia privada*

De todo o exposto nos tópicos supra, parece ser possível tirar uma conclusão, ainda que não de maneira absoluta: no aspecto jurídico, considerando o plano normativo, a autonomia privada aparenta ter definição mais precisa e delimitada, aplicação mais palpável e técnica, enfim, ser superior técnica e hermenêuticamente em relação à dignidade humana.

Como se viu, o instituto da autonomia privada decorre de um processo histórico, com origem desde Roma, numa evolução conceitual e técnica construída, há milênios, para servir de instrumento de concretização de direitos na esfera privada, na atuação autônoma dos sujeitos. Fica evidente que a técnica jurídica dispensada é mais acurada.

Mas, ainda assim, falta verificar como ficaria sua aplicação concreta no âmbito das relações contratuais. É possível definir critérios bem objetivos e diretos, que irão ao mesmo tempo refinar e tornar mais eficaz a interpretação dessas relações, para definir um âmbito de consideração e aplicação da autonomia privada.

Em recente tese de doutorado publicada em livro, Rodrigo Fernandes Rebouças desenvolveu um método de aplicação da autonomia privada nos mais diversos âmbitos das relações contratuais. Para tanto, utiliza de um critério de gradação de aplicação da autonomia privada de acordo com as “reais circunstâncias negociais presentes no processo obrigacional (formação do vínculo contratual)”⁴⁶².

O critério aplicado é o de gradação da aplicação da autonomia privada em mínima, média e máxima. Na visão do autor, num contrato vinculado a um mercado fortemente regulamentado pelo Estado e/ou que apresente forma por adesão, haveria inequívoca autonomia privada mínima, a permitir maiores intervenções⁴⁶³. Quando o contrato estiver num âmbito

⁴⁶¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 47.

⁴⁶² REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.188.

⁴⁶³ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.40.

puramente empresarial, numa relação paritária e sinalagmática, a autonomia privada será máxima, com mínima interferência estatal⁴⁶⁴. O meio termo seria uma relação parcialmente civil, com características consumeristas, em que a autonomia privada será média⁴⁶⁵.

O ponto de partida é bastante proveitoso, embora parece pecar por desnecessária complexidade, o que acaba enfraquecendo a aplicabilidade das gradações propostas. A gradação mínima indica inclinação à adoção de uma perspectiva solidarista de contrato⁴⁶⁶. Já a média e a máxima denotam uma concepção complexada dos vínculos e das relações contratuais.

Como explicado no capítulo 3 deste trabalho, não se verificam tão grandes diferenças assim entre os contratos civis e empresariais no âmbito de análise da autonomia privada e de responsabilidade das partes. Para ambas as situações nos contratos paritários, é notório que as partes desfrutam de autonomia concreta, sem que existam vulnerabilidades jurídicas, em que ambas buscam à sua maneira o resultado mais proveitoso no exercício do seu poder de barganha. Assim, verifica-se nebulosa a aplicação precisa e eficiente desse critério de gradação.

Tanto aquelas decorrentes de um contrato típico empresarial, quanto as fruto de um contrato civil por excelência, são consideradas relações paritárias. E é isso que efetivamente importa numa verificação do grau de autonomia privada numa relação contratual. Em virtude disso, não se irá tão “longe” no presente, comparativamente ao que propõe Rodrigo Rebouças, embora sua proposta sirva como excelente alicerce.

O critério de eficiência e a gradação de prevalência da autonomia privada aqui proposto é mais simples e objetivo, apresentando dois matizes fundamentais: nas relações contratuais paritárias – ou quanto mais assim sejam, a autonomia privada é suprema, máxima, conformada apenas para preservação de si mesma e dos direitos das partes; nesses cenários, a intervenção judicial é excepcionalíssima e, ainda assim, deve sempre atentar para a preservação da autonomia privada.

Em relações não paritárias, precisamente consideradas, a autonomia privada está mais conformada e contida pelo fato de, na própria origem e formação do contrato, não ter tido ela mesma papel central ou de grande relevância. A redução da eficácia e da preponderância da autonomia privada, nessas relações, se dá, então, em razão de sua “ausência” ainda na fase

⁴⁶⁴ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.40.

⁴⁶⁵ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.40.

⁴⁶⁶ O autor é partidário das concepções de direito contratual de vários autores “solidaristas”, principalmente Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, notórios civil-constitucionalistas. Seu critério de gradação mínima da autonomia privada é aplicado inclusive a relações não totalmente consumeristas, bem como a contratos que não são de adesão. É o que se percebe de vários trechos ao longo do seu livro. Vide, por exemplo, o capítulo 2.

negocial (não jurídica), decorrente das condições externas e dos fatos que se impuseram à sua manifestação integral.

As relações não paritárias sempre contêm uma parte que se apresenta vulnerável em relação à outra, seja pela perniciosa redução do poder de barganha, seja pelo cenário do próprio mercado que não apresenta alternativas de contratações em condições diversas, como nos contratos de agentes que atuam por monopólios ou oligopólios. Nesses casos, é evidente a maior abertura para intervenções mais frequentes e mais profundas nos contratos.

Importante ressaltar, ainda, que no âmbito das relações privadas não paritárias, os diplomas concorrenciais e consumeristas são os competentes e aptos a atender as controvérsias e apresentar as soluções. Em caso de ineficiência, as normas antitruste e das relações de consumo devem ser revistas, alteradas e atualizadas, não se admitindo que se “publicize”, “constitucionalize” ou se descaracterize o Direito Civil.

Desde que não ocorra situação flagrante de ofensa direta a direitos ou mesmo aos princípios gerais e constitucionais apta a desnaturá-la, a autonomia privada prevalecerá sempre nas relações contratuais paritárias, não podendo ser esgarçada em nome de um “interesse social”, ainda que de alguma forma vinculado aos direitos fundamentais.

5.3. O auxílio metodológico da Análise Econômica do Direito

É de conhecimento que a discussão sobre a intersecção entre Direito e Economia teve seu embrião fecundado pelos trabalhos de Ronald Coase, sobretudo em “*The nature of the firm*”⁴⁶⁷, e, mais tarde, no igualmente fundamental “*The problem of social cost*”⁴⁶⁸.

Coase venceu o Nobel de Economia em 1991 pela sua formulação de um teorema que demonstra, basicamente, que a introdução de custos de transação na análise econômica é determinante para as formas que as organizações e as instituições fazem escolhas e se comportam no meio social⁴⁶⁹.

Custos de transação são aqueles incorridos na realização de uma transação⁴⁷⁰, abrangendo o conjunto de ações e medidas adotadas antes, antes durante e depois de consumada a operação econômica. Como exemplos práticos, podem ser citados os custos decorrentes da forma e do tempo transcorrido da negociação, os custos para as partes buscarem e obterem

⁴⁶⁷ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, n. 4, 1937.

⁴⁶⁸ COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**. n. 3, 1960.

⁴⁶⁹ COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, n. 4, 1937.

⁴⁷⁰ Em resumo, no sentido econômico, o termo é utilizado como qualquer operação que promova a circulação de riquezas na sociedade.

informações, os custos de estabelecimento das condições contratuais, os custos resultantes da fiscalização da execução do contrato, etc.

O autor demonstrou também que as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos próprios agentes econômicos⁴⁷¹, numa ratificação do entendimento de que o Direito não mais pode ser considerado como elemento externo ou mera externalidade do mercado.

Depois de fecundado esse embrião, contando com as contribuições de Guido Calabresi⁴⁷², foi dado o passo para o nascimento do movimento do *Law and Economics*, ou Análise Econômica do Direito (AED), desenvolvida principalmente pela repercussão dos estudos de Richard Posner⁴⁷³.

Por um lado, a Economia serve para prever o comportamento dos agentes econômicos; por outro, o Direito objetiva prever e garantir a liberdade de ação e estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre as pessoas em sociedade. Assim, afirma-se que o Direito influencia e é influenciado pela Economia, devendo essa considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, e aquele levar em conta os impactos econômicos derivados das relações entre agentes⁴⁷⁴.

No estudo da AED dois equívocos devem ser desfeitos: (i) não é ela uma metodologia dar respostas definitivas para dilemas normativos, apresentando predicados do tipo “receita de bolo” a resolver as questões; e (ii) a AED não se limita à discussão do papel da eficiência na determinação de normas jurídicas⁴⁷⁵, embora tenha a eficiência relevância fundamental. Acima de tudo, a AED serve para apontar quais as implicações, quais as consequências das diversas escolhas normativas e dos agentes no campo jurídico, por meio da aplicação da Economia às normas e instituições jurídicas⁴⁷⁶. É a capacidade preditiva da Economia a serviço – e aplicada – do Direito⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, n. 3, 1960.

⁴⁷² Ver de Guido Calabresi: Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. **Yale Law Journal**, n. 70, 1961; e **The cost of accidents**. A legal and economic analysis. Yale University Press, 1970.

⁴⁷³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, 2010.

⁴⁷⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: _____. **Direito e economia – Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

⁴⁷⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno. **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50.

⁴⁷⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno. **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50-51.

⁴⁷⁷ Conforme explicam Cooter e Ulen: “Tomemos esta definição clássica da lei: ‘Uma lei é uma obrigação apoiada por uma sanção estatal [...] A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. [...] Generalizando,

Evidentemente, pela complexidade e variedade do campo econômico, a AED pode fornecer ferramentas e análises de diferentes aspectos, nas mais variadas correntes e teorias econômicas. À vista disso, o trabalho se limitará a apresentar, desenvolver e aplicar apenas os conceitos e institutos econômicos centrais e indispensáveis para a análise da seara contratual presentemente proposta.

Dos institutos econômicos clássicos, a eficiência, sem dúvida, é o mais importante e impactante para o Direito Contratual, por isso será mais explorado. O termo “eficiência” tem diversas acepções, sendo mais comumente concebido como maximização de ganhos e minimização de custos, por isso associa-se à noção de rendimento, de produtividade⁴⁷⁸. Os dois principais critérios de eficiência desenvolvidos são os conceitos de Pareto e de Kaldor-Hicks.

Pode-se considerar, em linhas breves, que o ótimo de Pareto consiste na busca pela geração de riquezas por meio dos contratos com base na ocorrência de alocação de bens que satisfaça dois requisitos: (i) deixe pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixe nenhum indivíduo em pior situação⁴⁷⁹. O ótimo de Pareto ocorrerá quando se alcançar um ponto em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível na relação⁴⁸⁰.

Em outras palavras, o ótimo de Pareto significa a situação pela qual uma transação, uma alocação de bens ou recursos promova a melhoria do estado de uma das partes sem que, obrigatoriamente, piore o estado da outra. Numa relação plurilateral isso significará a melhoria da situação do maior número de partes possível sem agravamento da situação das demais. Por isso se diz que, pelo ótimo de Pareto, um bem estará melhor alocado nas mãos daquele que mais valor der a ele, pois isso provocará um ganho econômico do próprio bem sem que a parte que o detinha anteriormente se veja em situação pior do que estava, por não valorizar igualmente esse mesmo bem.

Nesse sentido, sob a perspectiva econômica, numa visão que busque a eficiência, o contrato deve representar os melhores esforços das partes para alcançar o ótimo de Pareto, isto é, a melhor solução entre si para melhores ganhos e redução dos custos da relação. É fato que, quando uma parte contrata com outra para determinado objetivo ou solução, ela o faz para melhorar sua situação anterior. Do mesmo modo ocorre com a parte que foi contratada.

podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis”. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25.

⁴⁷⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economía** – Análise económica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 83.

⁴⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

⁴⁸⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

Um exemplo de mudança de situação não adequada ao ótimo de Pareto foi o nacionalmente conhecido "caso Zeca Pagodinho". O cantor, notório consumidor de cerveja, foi contratado pela cervejaria Schincariol para atuar em campanha da marca Nova Schin. No contrato celebrado entre o cantor e a cervejaria, constava cláusula de exclusividade e previsão de multa por violação decorrente de “culpa do contratante ou qualquer causa que dele advenha”.

O valor da multa equivalia à remuneração devida ao cantor, acrescida de 35% (trinta e cinco por cento). Bem pouco tempo após a veiculação do comercial da marca Nova Schin, o mesmo cantor gravou outra propaganda, desta vez para a Brahma (Ambev), uma cervejaria concorrente, enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à cerveja objeto da peça publicitária anterior como mera “paixão de verão”. Desses eventos surgiu um litígio, analisado pelo Poder Judiciário paulista.

A decisão do TJSP⁴⁸¹, posteriormente confirmada pelo STJ⁴⁸², acabou condenando a Ambev ao pagamento da multa e de indenização por danos causados à Schincariol. Ocorre que o valor da multa e da indenização não foram suficientes para cobrir os danos e prejuízos suportados pela Schincariol, que teve sua imagem irremediavelmente prejudicada.

A quebra de contrato do caso foi considerada um exemplo da chamada *efficient breach theory* ou teoria do inadimplemento/quebra eficiente de contrato. Ela consiste na ideia geral de que as partes devem ser livres para, em determinadas situações, descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que arquem com os danos gerados.

E, por que, no caso, a quebra contratual não atingiu a eficiência de Pareto? Na situação, verifica-se que, embora o cantor tenha sido beneficiado das circunstâncias, promovendo a melhoria de sua situação, isso se deu, senão às custas, pelo menos com implicação de prejuízo direto à Schincariol, que teve sua situação piorada. Ou seja, os requisitos de (i) melhora da situação de um indivíduo e (ii) não piora da situação do outro, não ocorreram simultaneamente.

A esse caso, pode ser atribuída obtenção do outro índice de eficiência, o Kaldor-Hicks. Isso pois, a eficiência de Kaldor-Hicks determina que o maior número de indivíduos possível deve ter sua situação melhorada, desde que seja possível aos demais serem compensados por eventual prejuízo. Veja-se bem: a diferença do Kaldor-Hicks para o Pareto, nesse cenário, é que esse exige que um ganho de benefício de um não implique perdas a outro, enquanto aquele

⁴⁸¹ TJSP. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.000. Des. Rel. Mônaco da Silva. Data de julgamento: 12 jun. 2013.

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 16 nov 2018.

apenas prevê que hipoteticamente seja possível compensar a perda dos prejudicados para se ter uma melhoria de eficiência. Impedir que a melhoria seja alcançada às custas da piora da situação dos demais – da minoria, não constitui exigência apriorística do critério de Kaldor-Hicks. Foi o que ocorreu nesse caso, haja vista havia que das três partes na relação, duas melhoraram sua situação anterior e uma foi prejudicada.

Em razão disso se afirma que, na seara contratual, o ótimo de Pareto é o índice de eficiência a ser aceito, não outro que permita uma deliberada lesão a uma parte. A AED, embora seja importantíssima para fornecer critérios de eficiência e previsões médias de conduta dos agentes, deve estar alinhada, e submetida até, aos critérios jurídicos. Por isso o ótimo Pareto e não o Kaldor-Hicks é elemento da AED a ser considerado juridicamente no contrato. O ótimo de Pareto, além de promover critérios de eficiência econômica, é compatível com um dos fundamentos do direito contratual: a segurança jurídica.

No caso do cantor, por exemplo, embora com base no índice de Kaldor-Hicks a situação possa ser considerada economicamente eficiente, a aplicação dessa lógica implicaria insegurança jurídica às partes contratuais, visto que os indivíduos não mais teriam confiança e segurança em celebrar e permanecer em contratos num sistema que não os proteja e permita o inadimplemento e quebra contratual por “mera” eficiência econômica.

Além disso, defender a quebra contratual em situações análogas seria desconsiderar as formulações já comprovadas por Ronald Coase, que demonstrou a importância e a influência das instituições jurídicas na economia. Logo, um índice aparentemente eficiente que desconsidere os impactos jurídicos que uma decisão tomada por base nele possa implicar, permitindo a existência de comportamentos oportunistas, em verdade, não pode ser considerado economicamente o mais eficiente.

De qualquer forma, no caso citado, vale criticar que em momento algum os julgadores lançaram mão da AED para analisar o caso com maior precisão, fato que se soma a outras tantas falhas possíveis de se apontar na decisão, o que se fará mais à frente. A inexistência de avaliação dos impactos econômicos num caso dessa natureza revela o estágio atrasado do Judiciário nacional.

Mas qual a importância da AED no exame das consequências de uma decisão que promova a eficácia horizontal de um direito fundamental nas relações contratuais? Quando aplicado numa relação contratual, o direito fundamental protege uma parte em detrimento da outra. Logo, por se tratar de uma intervenção judicial numa relação privada, deve ser analisado se o direito que está sendo protegido não terá seus custos suportados pela outra parte ou, até

mesmo, por terceiros – demais agentes do nicho do mercado e pela própria sociedade. O julgador deve verificar se sua interferência na relação privada respeita o critério de Pareto.

Grande exemplo disso é quando se impede que um locador-credor possa despejar o locatário em caso de inadimplemento ou mesmo executar a fiança em momento posterior: ao se proteger o locatário ou o fiador, especialmente sob o fundamento de tutela ao direito fundamental à moradia, acaba-se “concretizando” tal direito justamente às custas do locador, piorando sua situação. No caso, era a situação do locador-credor aquela a ser protegida, pela existência de crédito em seu favor e pela própria proteção ao seu direito de propriedade, que não pode ter seu conteúdo econômico esvaziado para custear direito social, que é de responsabilidade do Estado.

Sem contar que os custos podem ser “redistribuídos” ao mercado e à sociedade, que poderão ter que pagar pela “moradia” dos devedores. Para isso é importante conhecer outros dois institutos econômicos relevantes e indispensáveis ao processo de “livre convencimento decisório”: os incentivos e as externalidades.

Os incentivos podem ser considerados fatores endógenos e exógenos ao mercado que induzem determinado comportamento aos agentes econômicos, podendo ser positivos ou negativos. É incontroverso que os agentes econômicos atuam, geralmente, motivados pelos incentivos existentes no mercado. Tomando o cenário do contrato de locação como exemplo, quando o crédito e o direito de propriedade do locador são subordinados ao direito à moradia do locador, gera-se um incentivo negativo aos demais locadores, que não mais se sentirão seguros em disponibilizar seus imóveis nos termos de contratação até então usuais. O mercado como um todo acaba desaquecendo.

Por sua vez, as externalidades são os efeitos externos a um mercado específico e os efeitos colaterais de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela. Existe uma externalidade quando há consequências para terceiros que não são tomadas em conta por quem toma a decisão. Assim como os incentivos, podem elas serem positivas ou negativas. Quando os efeitos colaterais de uma conduta/decisão forem benéficos para aqueles que dela não participaram a externalidade será positiva. É o caso do avanço da tecnologia de automóveis que promove a melhoria do sistema de frenagem do controle de tração, acarretando redução no número de acidentes automobilísticos, o que, por sua vez, beneficia as seguradoras, que se beneficiarão de uma diminuição no número de sinistros a serem cobertos.

Por óbvio, externalidade negativa é aquela decorrente dos efeitos colaterais negativos aos agentes que não participaram de uma decisão. É justamente o que ocorre quando o Estado-juiz intervém na relação contratual para garantir um direito fundamental sem avaliar seu

impacto econômico para terceiros, como por exemplo, outros locatários do mercado – adimplentes, que verão a oferta de imóveis diminuir e/ou enfrentarão condições de contratação mais rígidas e onerosas – aumento dos custos de transação, suficientes até mesmo para inviabilizar a contratação.

As externalidades são um importante exemplo do que se chama “falha de mercado”. Em suma, falha de mercado é a situação na qual o custo marginal social não é igual ao benefício marginal social.

Outro grande exemplo de falha de mercado refere-se à assimetria de informação, isto é, a discrepância quantitativa e/ou qualitativa de informações entre agentes econômicos de um mercado e/ ou de uma relação negocial específica. É muito difícil todos terem o mesmo nível e profundidade de informações, mas apenas quando essa assimetria acarreta prejuízo ao regular decurso contratual/ das transações econômicas é que será considerada falha de mercado.

Como é de conhecimento, as relações de consumo são o típico exemplo desse fenômeno. À vista disso, por meio da metodologia do *Law and Economics*, o magistrado pode aferir o grau de assimetria informacional constante da relação, a fim de que possa decidir tecnicamente a pertinência e a proporção de sua intervenção na relação privada. Afinal, se na relação contratual não ficar demonstrada a assimetria informacional, sob o prisma da economia, não há falha de mercado autorizativa de intervenção estatal.

É importante assimilar, assim, que quando se fala de AED se fala de uma metodologia. Essa metodologia promove uma análise do Direito a fim de tornar seu desenvolvimento, sua interpretação e sua aplicação o mais adequado possível sob o ponto de vista econômico. E como busca indicar os corolários possíveis do ordenamento jurídico e sua interpretação nas escolhas dos indivíduos, a AED apresenta uma perspectiva consequencialista.

Em razão disso, afirma-se que a intervenção judicial numa relação contratual sem a devida análise econômica (e das consequências, portanto) representará um desequilíbrio econômico do contrato e de suas bases objetiva e subjetiva⁴⁸³. Em decorrência, o valor de eventual “ganho” com a redução “abusiva” de um lucro ou com a tutela de direito fundamental de uma parte será repassado à outra ou ainda aos demais agentes atuantes naquele mercado; em última análise, haverá repasse do acréscimo dos custos desse “ganho” a toda a sociedade⁴⁸⁴.

⁴⁸³ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.28.

⁴⁸⁴ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p.28.

Do ponto de vista econômico, o escopo do contrato é permitir que as partes obtenham ganhos recíprocos, um resultado ganha-ganha ou win-win⁴⁸⁵. No entanto, para que isso ocorra, a própria economia admite tal escopo seria mais bem garantido se as pessoas forem livres para celebrar os contratos da forma como lhes convenham⁴⁸⁶. E aqui, mais uma vez, entra a fundamentalidade do Direito Privado e da autonomia privada.

No dogma civil constitucional e no modelo solidarista de contrato, o Direito Privado e a autonomia privada são relativizados e relegados em favor dos direitos fundamentais e do interesse público, não sendo priorizado o direito das partes de definirem os conteúdos de suas contratações. Esse é mais um elemento a demonstrar a ineficiência e a inadequação dessas perspectivas jurídicas. Por elas, as relações tendem a ser menos eficientes e, fatalmente, as intervenções judiciais nos contratos promoverão desequilíbrios contratuais e externalidades negativas, pois, ao desconsiderarem o que foi livremente definido pelas partes, acabam também por olvidar da AED.

A finalidade de qualquer contrato, independentemente das circunstâncias envolvidas, é permitir que as pessoas alcancem seus objetivos, e isso é feito mediante a preservação da autonomia do Direito Privado e pelo respeito à autonomia privada. Não fosse assim, os indivíduos sequer se valeriam de instrumentos contratuais para a consecução de seus interesses.

Essa é uma máxima presente nos sistemas jurídicos tanto de *Civil Law* quanto de *Common Law*, visto que “*A basic purpose of contract law is to enable people to get what they want*”⁴⁸⁷. E nesse contexto, é importante lembrar que o “aquilo que as partes querem” é encontrado no conteúdo da sua declaração de vontade, e não na intenção psíquica, no interesse social ou na finalidade econômica do contrato.

Acima de tudo, o contrato é instrumento jurídico, ainda que seja também “a veste jurídico-formal de operações econômicas”⁴⁸⁸, como explica Roppo. Afinal, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não estão reduzidos unicamente à uma operação econômica, pois guardam, em relação a essa, uma autonomia⁴⁸⁹.

Portanto, a AED é uma metodologia de análise do Direito, e não uma ferramenta de substituição desse pela economia; o Direito deve sempre prevalecer. E quando se toca no

⁴⁸⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405.

⁴⁸⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405.

⁴⁸⁷ GORDLEY, James. **Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 333.

⁴⁸⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

⁴⁸⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

critério de compreensão da finalidade e de verificação do que as “pessoas querem” no contrato, isso fica ainda mais evidente, como advertem Cooter e Ulen:

Além da substância, os economistas podem aprender técnicas dos juristas. Os advogados passam boa parte de seu tempo tentando resolver problemas práticos, e as técnicas de análise jurídica foram moldadas por essa dedicação à prática. [...] os economistas muitas vezes exaltam as virtudes das trocas voluntárias, mas a economia não tem uma explicação detalhada do que significa o fato de as trocas serem voluntárias. Como veremos, o direito contratual tem uma teoria complexa e bem articulada da volição.⁴⁹⁰

Entretanto, com isso não se quer dizer que não sejam aceitas formulações de teorias econômicas do contrato. Pelo contrário, as teorias econômicas do contrato são essenciais para se compreender a aplicação dos institutos econômicos nos contratos, de forma a se celebrar instrumentos eficientes, com maximização de ganhos e diminuição de custos.

Aliás, a teoria econômica do contrato propicia bases fundamentais de verificação de eficiência e viabilidade contratual e do estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro na celebração e na execução contratual. Esses mesmos critérios econômicos são indispensáveis numa eventual solução de conflito por arbitragem ou mediante intervenção judicial.

Nesse sentido, deve-se compreender por teoria econômica do contrato não que este passe a ser então apenas um instituto econômico, a ser conceituado e pautado pela Economia, como equivocadamente ocorre em algumas interpretações ou mesmo é defendido, ainda que por linhas mais "tênuas", por muitos especialistas e estudiosos do assunto.

A teoria econômica do contrato significa, então, assim como a própria AED, e em decorrência desta, que o contrato pode e deve ser analisado sob a perspectiva da Economia, observando na sua celebração e execução, os institutos e efeitos econômicos presentes na relação, pela capacidade que detém a Economia em levar em conta as possíveis consequências dos atos decisórios – sejam estes a elaboração de um contrato ou uma decisão judicial.

Significa, pois, a aplicação do método econômico na negociação, celebração, execução e análise de contrato, de forma a possibilitar que este seja firmado e executado com a suficiente capacidade de antevisão das consequências decisórias e de maneira eficiente; isto é, com adoção de condutas que impliquem menores custos possíveis (de oportunidade, de transação, prevenção de externalidades negativas) e maiores benefícios aproveitáveis pelas partes.

Não se trata, portanto, da redefinição da dogmática contratual, de seus preceitos, princípios e estruturas gerais, nem mesmo do próprio instituto em si. Em verdade, é

⁴⁹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 33.

compatibilizar a estrutura jurídica pretendida e estabelecida pelas partes com a previsão das possíveis consequências econômicas das escolhas feitas.

Quando, a partir da teoria econômica do contrato, se pretende desenvolver um modelo econômico do contrato, está-se aí a subjugar um instituto jurídico à seara econômica, o que se mostra grande equívoco.

Por mais que um contrato, na esteira do que precisamente aponta Roppo, seja quase sempre a roupagem jurídico-formal de operações econômicas e não possa olvidar impunemente das implicações econômicas, aos contratantes e ao próprio instituto em si, não se impõe qualquer observância imperativa de preceitos econômicos. Os contratantes são, pois, livres para agirem de qualquer modo, por menos eficiente e “antieconômico” que ele o seja.

A teoria do contrato não é concebida de outro modo que o jurídico, em observância à estrutura e aos critérios e requisitos jurídicos. O contrato, por ser negócio jurídico, tem como indispensáveis apenas os elementos gerais de existência, os quais são forma, objeto, agente e circunstâncias do negócio⁴⁹¹; nenhum deles portanto é econômico. Ou seja, para existir, esse instrumento dispensa em absoluto elementos econômicos.

Da mesma forma, considerando-se seu segundo mais imediato plano, o da validade, não se identifica critérios puramente econômicos como requisitos a validar ou não um negócio jurídico. Lembra-se, os requisitos de validade são objeto lícito, determinado ou determinável, agente capaz, forma prevista ou não defesa em lei e livre declaração de vontade.

No último plano dos negócios jurídicos sim, a influência da economia – e, conseqüentemente da AED, é imensa. Se não sempre, certamente com grande assiduidade os critérios econômicos atuarão como fatores de eficácia. Isto é, a economia atuará como condicionante da produção de efeitos de um negócio jurídico. Mas isso, não se pode dizer sempre. Tampouco configura condição de existência, como dito. Daí, então, que se fala que o contrato é instituto/instrumento essencialmente jurídico, e sua teorização conceitual também o será. Nada impede que, para que esse instrumento seja o mais eficiente possível e produza com maior frequência e precisão os efeitos desejados, afirme-se seja premente a utilização da economia; o método da AED possui, nesse aspecto, caráter de imprescindibilidade, conforme já afirmado.

O mesmo não se pode falar, porém, do julgador ou do terceiro a interpretar e interferir num contrato. Como demonstrado anteriormente, para estes a utilização da AED é crucial e indispensável. Qualquer seja o aspecto ou o plano de análise de um negócio jurídico, a decisão

⁴⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

em si produzirá efeitos metadecisórios, isto é, uma decisão sobre a nulidade ou não de um contrato não produz efeitos apenas para aquele negócio, mas para todos os instrumentos análogos, que potencialmente podem ser assim interpretados judicialmente. Por isso há de se falar que a decisão daquele que intervém na relação contratual jamais obedece ao princípio da relatividade do contrato, pelo seu potencial de repercussão para todo um nicho de mercado, uma comunidade ou um país.

Nesse caso, então, toda vez que um terceiro intervir num contrato deve ele submeter seu ato ao crivo da AED, de maneira a verificar as consequências a terceiros, a repercussão exterior e evitar sejam geradas, dentre outros, externalidades negativas.

Afinal, a existência apriorística de alguma circunstância negocial potencialmente prejudicial ao contrato ou a uma das partes, não justifica por si uma intervenção judicial – ou dirigismo contratual. Para tanto, é indispensável também garantir e demonstrar que essa interferência não vá gerar custos superiores àqueles que tenta remediar ou prevenir⁴⁹².

Dessa fora, em síntese, a livre atuação dos sujeitos não exige, juridicamente, que estejam em confluência com os melhores critérios econômicos; os indivíduos podem celebrar um contrato desconsiderando por completo critérios de eficiência econômica, pois isso não configurará uma infração jurídica ou ofensa a direitos de terceiros. No máximo, e certamente, o que ocorrerá é uma perda de uma oportunidade de maiores ganhos em função de uma atuação não eficiente.

O mesmo não pode ser dito de uma intervenção estatal. Sempre que se interfere externamente numa atuação livre e autônoma dos indivíduos, uma análise econômica das decisões deve ser exigida, inclusive legalmente. Afinal, uma decisão economicamente alheia pode sim causar ofensas aos direitos de terceiros, que nada tinham a ver com o litígio e passam a ser afetados negativamente por ele, tornando, o que é pior, a decisão além de antieconômica, também antijurídica.

E como visto, a doutrina civil constitucional e o modelo solidarista de contrato não permitem seja feita essa análise, já que privilegiam, a qualquer custo, a “defesa” do interesse público e dos direitos fundamentais.

Por isso, também sob o aspecto econômico, a perspectiva que mantenha e valorize a autonomia dos Direitos Privado e Civil, e que suporte um modelo contratual pautado na

⁴⁹² Nesse sentido: “A presença de um desses fatores considerados como imperfeição de mercado não justifica por si a intervenção corretiva; é preciso ainda garantir que tal intervenção não gerará custos superiores aos que tenta prevenir”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 408.

autonomia privada, se mostra a alternativa adequada e eficiente. Um modelo privatista de contrato não permite seja desconsiderado e revisto o escopo definido pelas partes, tampouco tolera que esse instrumento seja utilizado para concretização de políticas socioeconômicas, a desequilibrar o mercado, gerar custos à sociedade e causar ofensas a direitos.

Os profissionais do campo econômico coadunam com esse entendimento, já que “economistas favoráveis à redistribuição e os que se opõem a ela podem concordar que os direitos jurídicos privados costumam ser a maneira errada de tentar atingir a justiça distributiva”⁴⁹³.

5.4. Crítica ao Modelo Solidarista de Contrato

5.4.1. A compreensão equivocada de contrato e sua descaracterização pelo modelo solidarista

Luciano Benetti Timm, atualmente um dos maiores nomes contrários à doutrina civil constitucional e, particularmente, ao solidarismo jurídico, tem realizado pertinente reflexão desta dogmática.

Em sua pesquisa, destacam-se as obras “O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público” e “Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico”. Em ambas, o autor parte da análise da passagem do Estado Liberal ao Estado Social, ou Welfare State (Estado de Bem-Estar Social), que considera ser o início e o gerador do solidarismo jurídica, para apontar equívocos e falhas, defendendo e apresentando um modelo com uma interpretação econômica do Direito, com base na Análise Econômica do Direito.

Tal discussão, relativamente à suposta origem do solidarismo atribuída ao Estado de Bem-estar Social impulsionado na Europa a partir da segunda metade do século XX, por não configurar objeto do presente trabalho e necessitar mais ampla análise, não será aqui levada em conta. Da reflexão de Timm, importam suas ponderações relativas apenas aos aspectos jurídicos do solidarismo jurídico.

No capítulo anterior, viu-se como os defensores do solidarismo jurídico acreditam que o Direito Privado deva ser funcionalizado a promover a engenharia social, por meio da elaboração de normas jurídicas solidárias e justas, e da interpretação constitucional e

⁴⁹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 32.

“humanizada” do ordenamento vigente. Essa lógica é igualmente aplicada ao contrato, que assim como todos os demais institutos de Direito Privado subsistiria apenas para cumprir sua função social.

Como bem aponta Timm, no modelo solidarista de contrato, as relações são entendidas sob um ponto de vista social e holístico, inseridas num ambiente complexo que exige sua funcionalização à observância do interesse social⁴⁹⁴. Isso pois, a teoria contratual clássica seria incapaz de acompanhar e promover soluções jurídicas numa realidade pós-moderna, da dinâmica célere e superficial das relações via internet, da interconexão instantânea da atual globalização⁴⁹⁵.

Essa nova racionalidade jurídica, critica Timm, submete o contrato a uma excessiva e exagerada exposição a interferências e manipulações externas, isto é, a uma “alopoiese”, a ser promovida pela intervenção estatal por meio de normas promocionais da engenharia social⁴⁹⁶. Isso acaba, paradoxalmente, por contrariar a própria realidade social complexa, que não se coaduna com uma busca de controle e domínio da autonomia dos subsistemas sociais por meio do Direito⁴⁹⁷.

Por isso, Timm aponta que o solidarismo estaria fora de contexto. No âmbito do direito internacional, o que tem ocorrido é um crescimento exponencial da autonomia privada⁴⁹⁸. Exemplos são inúmeros, tais como, as regras internacionais de comércio pautadas nos usos e costumes, como é o caso dos INCOTERMS⁴⁹⁹, e as estipulações de *soft law*⁵⁰⁰.

TIMM, Luciano Benetti; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Aspectos gerais: pressupostos teóricos do novo Código Civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

⁴⁹⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

⁴⁹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140.

⁴⁹⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140.

⁴⁹⁸ “que, no estrito âmbito do Direito Internacional Privado significa a possibilidade de as partes elegerem, via cláusula contratual, o sistema jurídico que regulará seu conflito de interesse”[...] . TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141.

⁴⁹⁹ INCOTERMS é a abreviatura de *International Commercial Terms*, que são o conjunto de regras de formação e interpretação dos contratos internacionais no âmbito do comércio internacional. Geralmente, regulam as relações entre prestadores de serviços e seus contratantes e entre compradores e vendedores. Os INCOTERMS são consolidados e atualizados periodicamente na Câmara Internacional de Comércio – *International Chamber of Commerce* (ICC).

⁵⁰⁰ *Soft law* é o termo utilizado para designer regras de cunho mais brando, com valor coercitivo limitado, embora possuam sim relativa força cogente. É o caso de estipulações específicas de órgãos internacionais, como Banco Mundial e Câmara Internacional de Comércio, e das próprias empresas, a exemplo das regras de compliance, integridade e anticorrupção estipuladas por uma companhia e exigidas de seus administradores, colaboradores, parceiros comerciais, clientes e fornecedores. No âmbito do comércio internacional, os INCOTERMS são um exemplo de *soft law*, apesar de estarem ganhando cada dia mais força cogente.

Nessa perspectiva, o modelo solidarista de contrato, por ensejar maior grau de intervenção estatal nas relações contratuais, demonstra estar desatualizado e ineficaz ante uma realidade globalizada, de uma internacionalização da economia; está no contrafluxo da história⁵⁰¹.

Na direção do que denuncia Timm, Antônio Junqueira de Azevedo já há muito apontava a desatualização do solidarismo jurídico. Se é fato que o sistema clássico era o da formalidade da lei e passou a ser o do dirigismo e do Juiz, agora o modelo é o da solução rápida do caso concreto⁵⁰². Aponta com precisão Azevedo, que a dinâmica atual é a da “fuga do Juiz”, mas não apenas por culpa do Judiciário, mas também porquanto ele deve estar restrito ao que é sua missão, que é o conflito do caso difícil, aquele que exige uma ponderação⁵⁰³. Como exemplos de instituições que comprovam essa “fuga do Juiz”, são a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, a OAB e o Conselho de Medicina, cujos problemas não deságuam no Judiciário⁵⁰⁴.

Em função dessa alopoiese a qual o Direito é submetido, outro gargalo do solidarismo jurídico consiste no grande risco de politização do Direito que ele necessariamente implica, numa tentativa de dominação da realidade jurídica pela realidade política⁵⁰⁵. Considerando-se as convicções filosóficas de Orlando Gomes, um dos pilares do solidarismo jurídico praticado no Brasil, não fica difícil perceber o porquê de a concretização das políticas “estatais” e “sociais” ocupar papel central no projeto civil-constitucionalista.

E, conforme demonstrado no capítulo anterior, essa politização do ordenamento jurídico e do próprio Direito transborda ao Poder Judiciário, pelo domínio que acaba tendo os círculos

⁵⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.141 e 143.

⁵⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622.

⁵⁰³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622.

⁵⁰⁴ Com usual ironia, Azevedo comenta que, certa vez, por ocasião de análise de uma tese acadêmica sobre bolsa de Mercadorias e Futuros, verificou que “todos os dias há milhões de reais que se transferem entre pessoas que negociam nessa Bolsa de Mercadorias e Futuros e que nenhum caso, nenhum caso da Bolsa de Mercadorias e Futuros, está no Poder Judiciário!”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622-623.

⁵⁰⁵ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros Interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

acadêmicos⁵⁰⁶. Um estudo de 2005, realizado por Armando Castelar Pinheiro, evidenciou que mais de 70% dos juizes pesquisados à época preferiam fazer “justiça social” a aplicar a “letra fria” da lei e do contrato⁵⁰⁷. Não à toa, exatamente esse quadro foi também apresentado no capítulo anterior, pelo conjunto de decisões judiciais “garantidoras” e “protetoras” dos direitos fundamentais.

E, o que se identifica, prontamente, é que o solidarismo contratual faz uso de conhecidos mecanismos jurídicos de maneira bem ampliada e direcionada, para que seja exitosa a obtenção dessa “justiça social”: as cláusulas gerais ou abertas. Os solidaristas muito se apegam a essas normatizações, pois consideram que, quanto maior o grau da indeterminação conceitual e da vagueza semântica, mais eficientes e garantidas estariam as possibilidades de intervenção do julgador, “libertando-o” para preencher e aplicar seu “sentido de justiça”⁵⁰⁸.

A justificar o intervencionismo judicial nas relações contratuais por meio de tais cláusulas gerais, o solidarismo aponta como relevante fator a incompletude e as lacunas existentes nos contratos. No modelo solidarista de contrato, a incompletude e as lacunas do instrumento serão preenchidas com a aplicação das cláusulas gerais pelo Estado-juiz, na busca do “justo” e do que teria sido intentado pelas partes. Essas argumentações são mais um equívoco desse modelo.

Nesse ponto, a lição de Waldirio Bulgarelli, no seu estudo dos contratos empresariais, mostra-se pertinente e aplicável a qualquer contrato paritário. Ao se analisar e interpretar um contrato, é crucial compreender que o exercício de adivinhação do que as partes teriam contratado se houvessem previsto determinado fato à época da contratação mostra-se, quase sempre, inadequado⁵⁰⁹.

Qualquer pessoa que atue no ramo negocial ou já tenha tido que empreender num processo dessa natureza – certamente, toda pessoa capaz já experienciou tal situação –, sabe que num processo negocial é prática que as partes, deliberadamente, evitam pontos controversos e sensíveis capazes de aumentar seus custos de barganha (mormente os custos de transação) e/ou, até mesmo, de frustrar a celebração do negócio⁵¹⁰. Com isso, em benefício de alcançarem

⁵⁰⁶ A reforçar esse entendimento, a pesquisa desenvolvida por Fabiano Engelman. Ver: ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico**: juristas e usos do Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

⁵⁰⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e mercados. São Paulo: Campus, 2005. ou CASTELAR. Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

⁵⁰⁸ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros Interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.72.

⁵⁰⁹ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

cada uma seus objetivos, as partes assumem riscos para que o contrato seja firmado que não podem ser ignorados pelo intérprete⁵¹¹. A intervenção no contrato, pela imposição de obrigação ou disposição não prevista, acaba por significar tanto a neutralização dos riscos assumidos pelas partes⁵¹² quanto a criação de um novo por elas não assumido. Então, o que se deve entender, para jamais se esquecer, é que as lacunas não são, necessariamente, um defeito do negócio jurídico, mas sua característica⁵¹³.

A costumeira defesa da “justiça contratual” também não se sustenta, visto que a autonomia privada, como já demonstrado, não implica tributo ao individualismo clássico dos séculos XVIII e XIX, nem tampouco privilégio aos agentes mais “poderosos”. O respeito à autonomia privada representa a preservação das liberdades individuais e a reverência ao princípio da legalidade; afinal, ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou sua própria vontade declarada⁵¹⁴.

Para ilustrar esse conflito de visões da autonomia privada, é possível tomar como exemplo a contratação de uma empresa de software por uma indústria metalúrgica. A metalúrgica busca a contratação de um software de gestão empresarial para o controle de sua produção, entradas e saídas dos produtos, etc.. Pela perspectiva civil constitucional, poder-se-ia sustentar que a fornecedora do software detém o know-how do produto tecnológico, enquanto que a metalúrgica seria vulnerável em relação à empresa de software, permitindo a intervenção estatal para proteção da metalúrgica, com a revisão do contrato.

Mas essa não deve ser a interpretação do caso. Nos âmbitos negocial e mercadológico, é dever da metalúrgica realizar estudos prévios e submeter a contratação à análise de uma equipe de tecnologia da informação, interna ou contratada de uma consultoria especializada.

Conforme mencionado anteriormente, os prejuízos sistêmicos que advêm do ataque aos princípios da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* não costumam ser compensados por eventual “ganho” decorrente de uma preservação forçada do contrato⁵¹⁵. A flexibilização desses princípios deve ser exceção, e não regra, como tem ocorrido pela adoção do solidarismo contratual pelo Judiciário:

É preciso abandonar certo “preconceito progressista” que presume ser o respeito ao pacto asserção própria apenas ao contexto social e econômico do século XVIII. Trata-se de um dos principais pilares do sistema mercantil; sem ele, ruiria o mercado. Exceções devem ser tomadas *cum grano salis* e se alçam não a partir da vontade do

⁵¹¹ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹² BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹³ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹⁴ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

jugador, daquilo que ele entende ser ‘coreto’, e sim da prática de mercado e da preservação da legítima expectativa⁵¹⁶.

Por assim dizer, o dirigismo contratual esposado pelo modelo solidarista, na busca da concretização da justiça social no âmbito dos contratos, possui uma noção bastante equivocada do próprio instituto contratual, demonstrando, igualmente, não compreender como funcionam as dinâmicas no âmbito negocial, sejam eles civis ou empresariais. Esse paternalismo jurídico, praticado também por meio das cláusulas abertas, implica, tão somente, ofensa à liberdade individual e ao princípio da legalidade.

Além disso, Franz Wieckar há muito advertia sobre a adoração aos conceitos indeterminados e às cláusulas gerais: “enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas”⁵¹⁷. Desperta preocupação a frequência e a forma como elas vêm sendo utilizados

Típicos de Estados intervencionistas, em que os juízes atuam no compasso de sua discricionariedade, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são até hoje utilizados bem à moda da revolução cultural comunista, agora com eficácia material, principalmente aqueles que Antônio Junqueira de Azevedo cunhou de o “bando dos quatro”: função social, boa-fé, ordem pública e interesse público⁵¹⁸.

Ordem pública e interesse público talvez sejam os mais amplos e utilizados conceitos dentre todos esses, frequentemente empregados como situação impositiva. Não há que se duvidar que existam regras de ordem pública, cogentes, tais como as de direito penal e de direito administrativo; em suma, aquelas pertencentes ao Direito Público. O problema se apresenta quando se fala em princípio de ordem pública, em toda sua vagueza e indeterminação, ao invés de regra de ordem pública. Da mesma forma, o conceito de interesse público, posto aberto e sem conteúdo, não pode ser usado para considerar nulo determinado ato⁵¹⁹.

⁵¹⁶ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987. p. 304.

⁵¹⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 547.

⁵¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622.

⁵¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 623.

Os princípios restantes do chamado “bando dos quatro” – boa-fé e função social – merecem mais atenção em sua análise, pois, mesmo sendo princípios contratuais, não raro servem de porta de entrada à imposição da aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais, pelo que serão analisados a seguir, separadamente.

5.4.1.1. *Princípio da função social do contrato*

Poucas novidades do Código Civil de 2002 provocaram tanta euforia nos adeptos do solidarismo jurídico quanto o art. 421, que introduziu a função social ao ordenamento civil positivo. Diferentemente da boa-fé objetiva, importada do código civil alemão, a função social do contrato não encontra disposição semelhante no BGB.

Como dito, sabe-se que o solidarismo jurídico compreende a função social como um imperativo ao contrato de obediência e concretização dos interesses coletivos, sociais. Pode tanto significar interferência para a proteção da parte mais fraca na relação contratual, quanto exigência de redistribuição do resultado do contrato entre os contratantes, ou, ainda, pode ser vista como a noção de que o contrato deve, necessariamente, ser benéfico à sociedade e não somente às partes.

Em função disso, esse princípio é constantemente aplicado para servir de justificativa à efetivação de algum direito fundamental por meio de decisões judiciais a modificarem a relação contratual e o próprio contrato. Por ser considerada princípio geral do Direito, a função social tem suas vagezas conceitual e semântica exploradas o máximo possível.

No âmbito do direito de propriedade, a função social teve estabelecidos critérios claros para sua aplicação, como é o caso do art. 182, § 2º⁵²⁰ da Constituição, para os imóveis urbanos.

Contudo, na seara contratual, não houve o mesmo cuidado de determinação e delimitação de critérios aptos a promoverem uma conceituação precisa do termo. Toda essa vagueza e essa indeterminação tornam-se campo fértil à imposição de aplicações axiológicas do princípio, e permitem sua manipulação por discursos retóricos.

De fato, o problema se encontra na indeterminação do termo, no que significa dizer “função social de um contrato”. Por coadunar tão bem os anseios do solidarismo, não é surpresa perceber o forte traço ideológico da redação do art. 421, o que por sua vez já seria motivo

⁵²⁰ Art. 182 [...]§ 2º - “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

suficiente para despertar preocupação, pois estipulações dessa natureza não costumam conviver bem com uma estrutura política democrática e pluralística⁵²¹.

Como bem aponta João Baptista Villela: “Cada um trate de se perguntar, se quiser, qual é a razão para o exercício da liberdade de contratar”⁵²². Mais do que isso, o que se quer dizer por “limites” a essa razão da liberdade de contratar? Pretendendo-se responder a essa questão sem fazer uso de fundamentos intervencionistas autoritários ou publicizantes, seria seguro afirmar que, na esteira de qualquer lógica contratual, “ao Estado cabe apenas garanti-la até os limites (melhor que “nos limites”) em que o seu exercício não lese o direito alheio”⁵²³.

Não é de todo errado se afirmar que o direito contratual teria como função social possibilitar a continuidade de ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelas partes e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente⁵²⁴. Essa seria uma perspectiva econômica, a conceber um modelo econômico de contrato.

Poder-se-ia dizer, também, que a função social dos contratos reside na sua capacidade de movimentar a cadeia econômica, a geração e a circulação de riquezas, e que a economia por ele se movimenta, gerando empregos e oportunidades de negócios e de concretização de objetivos pessoais⁵²⁵. Essa é uma perspectiva ligeiramente mais ampla, possível de ser concebida.

Mas, ainda assim, é certo que essas concepções que almejam propiciar funções do contrato em relação à sociedade seguem abrindo margem a interpretações extensivas, muitas das vezes descoladas de uma verdadeira pertinência com os casos concretos. Um grande exemplo disso é o já citado caso do cantor Zeca Pagodinho contra a Schincariol.

Relembra-se que o negócio realizado entre as partes previa a aplicação de multa em caso de violação culposa do contrato, a qual posteriormente se mostrou insuficiente a cobrir os danos gerados pela quebra do contrato pelo cantor. Os danos atingiram a própria imagem da cervejaria, e por isso foi judicialmente estabelecida uma compensação por perdas e danos.

⁵²¹ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 8, n. 32. p. 161–178, out./dez., 2007. p. 198 Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/58/56>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵²² VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 8, n. 32. p. 161–178, out./dez., 2007. p. 198 Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/58/56>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵²³ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 8, n. 32. p. 161–178, out./dez., 2007. p. 198 Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/58/56>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵²⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203.

⁵²⁵ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 563.

Ocorre que o acórdão do TJSP fundamentou o entendimento da seguinte forma:

[...] assim, resta evidente que a requerida, ao aliciar o cantor ainda na vigência do contrato e veicular a campanha publicitária com referência direta à campanha produzida anteriormente pela autora, causou-lhe prejuízos, porque, por óbvio, foram inutilizados todos os materiais já produzidos pela requerente com tal campanha e perdidos eventuais espaços publicitários já adquiridos e não utilizados. **O art. 421 do Código Civil prevê o princípio da função social do contrato ao prescrever que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ora, tal princípio não observado pela requerida ao aliciar o cantor contratado pela requerente e ao se comprometer a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho viesse a ser condenado.** Ademais, a cooptação exercida pela ré constituiu patente ato de concorrência desleal, vedada pelo direito pátrio, o que impõe a sua responsabilidade pelos danos causados à autora.⁵²⁶ (Grifou-se).

Repare que a decisão utiliza o princípio da função social do contrato para reconhecer uma responsabilização civil da parte que causou danos à outra. A imprecisão e inadequação do dispositivo ao caso é patente, preocupante até. Mesmo havendo no ordenamento várias soluções específicas e precisas para o caso, como o inadimplemento contratual e a reparação civil, por estarem todos os elementos visivelmente presentes – ato ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade –, o tribunal decidiu por base na função social do contrato (?).

Posteriormente, ao julgar recurso do caso, o STJ, numa aparente e velada correção do equívoco, atribui o dever de indenização aos dispositivos de responsabilização civil (arts. 927, CC) e à quebra da boa-fé objetiva (art. 422, CC)⁵²⁷. Não obstante, a “confusão” incorrida pela Corte de Justiça paulista demonstra como a indeterminação do princípio da função social do contrato implica más interpretações, e faz com que a função social se torne uma carta coringa,

⁵²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.0000. Des. Rel. Mônaco da Silva. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2013. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁵²⁷ Conforme se nota do trecho: “De outra parte, ainda que abstraída a questão da concorrência desleal, a ilicitude do ato praticado pela agência ÁFRICA poderia ser verificada sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), dele extraindo-se um dever geral imposto a toda a coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes. O violador desse dever tem sido denominado “terceiro ofensor” pela doutrina. A propósito, cabe repetir a citação de NELSON ROSENVALD, transcrita no acórdão recorrido, litteris: As relações contratuais produzem obrigações restritas às partes - princípio da relatividade contratual -, mas geram oponibilidade “erga omnes”, pois a sociedade deve se comportar de modo a respeitar as relações jurídicas em curso, permitindo que alcancem o seu desiderato pela via adequada do adimplemento. Nesse instante, os contratantes retomam a sua liberdade e estão aptos a contrair novos negócios jurídicos, preservando o clima de estabilidade nas relações econômicas e propiciando uma confiança generalizada no cumprimento dos contratos. Jogadores de futebol, artistas de emissoras de televisão, técnicos especializados, enfim, uma gama de pessoas recebe - e aceita - propostas de concorrentes, menos pelo interesse específico do ofertante na aquisição do profissional e mais pelo simples propósito comercial de esvaziar o contrato alheio, naquilo que pode ser registrado como uma espécie de concorrência desleal. Portanto, não é justo que terceiros atuem como se desconhecêssem os contratos, desrespeitando-os apenas para a satisfação de seus interesses pessoais, mas de modo ofensivo às finalidades éticas do ordenamento jurídico”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 16 nov 2018.

empregada sempre que o julgador entender pertinente. Mais que isso, ela propicia a percepção de que, na realidade, não se tem uma compreensão criteriosa de qual seria a função social de um contrato.

Essa ausência é compreensível, não pela lógica do contrato, mas sim pela constatação de que não há como se vislumbrar uma função do contrato que não seja a ele interna, a ele inerente. Talvez, sob certo aspecto, seja possível afirmar que a função social não passa de uma redundância, uma tautologia, ou, nas palavras de João Baptista Villela:

Função social do contrato é um recurso transnominativo para designar o próprio contrato, pois não há contrato válido que não seja, ele próprio, uma função social. Pode-se dizer, de outro modo, que função social do contrato é uma definição descritivo-transnominativa do contrato mesmo. [...] dizer *função social do contrato* seria o mesmo que dizer *função biológica do metabolismo* ou *função pedagógica da educação*. Isto é, pura redundância. O contrato não tem outras funções, além da social. É ele próprio uma função social.⁵²⁸

Em sendo assim, então, o que possível se compreender da previsão do art. 421, visto que ele segue positivado e em vigor no ordenamento? Que o contrato, porquanto espécie de negócio jurídico, deve atender aos pressupostos de existência, validade e eficácia, podendo ser exercido nos contornos de atuação da autonomia privada, sem invadir, portanto, a autonomia privada alheia. Na precisa conclusão de João Baptista Villela: “nada, pois, que já não se contivesse no art. 104. Much ado about nothing, como diria o velho bardo de Stratford upon-Avon.”⁵²⁹

O que disso extrapolar, consistirá tão somente manipulação hermenêutica de ode ao intervencionismo disfarçado de “justiça social”. Preciso e ilustrativo é o raciocínio de Otávio Luiz Rodrigues Junior:

Tem-se como exemplo decisões judiciais marcadas pela “síndrome de Sherwood”. Os contratos de Direito Civil, em tese paritários, são o âmbito ideal para que os juízes se convertam em “Robins dos Bosques” e tirem dos ricos para dar aos pobres. Velhos axiomas como o *pacta sunt servanda*, que já foram devidamente flexibilizados pelos inegáveis avanços das teorias ligadas à alteração de circunstâncias, são antagonizados como se foram verdadeiros anátemas. A intervenção judicial nos contratos, que deveria ser exceção, torna-se a regra.⁵³⁰

⁵²⁸ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 8, n. 32. p. 161–178, out./dez., 2007. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/58/56>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵²⁹ VILLELA, João Baptista. Apontamentos sobre a cláusula “... ou devia saber”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 8, n. 32. p. 161–178, out./dez., 2007. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/58/56>> Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

Falando de maneira mais direta, outra interpretação que do artigo se faça traduz somente recurso retórico para atender a uma ideologia, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade das operações, da estabilidade e da confiabilidade das relações, e da tecnicidade proporcionadas pelo Direito Contratual.

Considerar a função social um limitador à liberdade contratual é artifício que remonta a regimes totalitários, em que os ordenamentos jurídicos eram manipulados e construídos para atender aos anseios do “Estado Nacionalista”, do “Governo Popular”. Não é demais lembrar a noção de liberdade contratual como função social no regime nacional-socialista: na Alemanha nazista, a liberdade contratual apenas existia na medida em que o ordenamento social e econômico permitissem, sendo exercida como dever anexo das tarefas e responsabilidades sociais do particular⁵³¹

Bem ao inverso do que propagam os defensores dessa concepção, a imposição da função social como limitadora da autonomia privada e contratual ao que ao ordenamento e à sociedade interessa – incluindo a pretensa tutela dos direitos fundamentais – é ferramenta autoritária.

5.4.1.2. *Princípio da boa-fé objetiva*

Nesse contexto dogmático de cláusulas gerais que dão aos juízes mais poderes e mais discricionariedade, a boa-fé objetiva tem desempenhado importante papel na expansão do solidarismo jurídico, em razão de sua aplicação equivocada.

Desde Roma, o comportamento ético das partes de uma relação civil é valorizado. Isso ficava evidente nas *actiones ex fide bona*, “nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico”⁵³².

Essa visão foi modernamente traduzida pelos pandectistas no §242 do BGB⁵³³, que consagrou definitivamente o princípio da boa-fé. No código alemão, encontra-se a expressão

⁵³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 133.

⁵³² COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

⁵³³ Redação do artigo: §242 (Prestação segundo a boa-fé) – O devedor é obrigado a efetuar a prestação tal como a boa-fé, considerando os usos do tráfico, o exige”. No original: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>> Acesso em: 15 ago. 2018.

Treu und Glauben, em que, separadamente, *Treu* (ou *Treue*) significa lealdade, ao passo que *Glauben* (ou *Glaube*) exprime a ideia de crença, convencimento⁵³⁴.

Nos anos iniciais de vigência do BGB, a boa-fé era compreendida como reforço impositivo de cumprimento do contratado, estando limitada a obrigar as partes ao que elas tivessem pactuado expressamente. A partir da eclosão da Primeira Guerra, porém, a jurisprudência alemã passou a atribuir-lhe sentido mais amplo, passando a agregar aos contratos os deveres anexos de conduta das partes, promovendo uma visão mais inteira da dinâmica contratual.

Entretanto, não foi essa a única resultante do movimento judicial alemão desse período. Conforme narra Jan Peter Schmidt, em 1933, o jurista alemão Justus Wilhelm Hedemann, em seu livro “*Die Flucht in die Generalklauseln: Einen Gefahr für Recht und Staat*” (“A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e para o Estado”), reclamou que “enfeitar” as decisões com a boa-fé objetiva havia se tornado “um esporte para a atual geração de juristas”, que sentenças construídas de maneira impecável invocassem ainda, os “bons costumes” ou a “boa-fé objetiva”⁵³⁵.

Parece, então, que o fenômeno ocorrido na Alemanha décadas atrás se repete, “supreendentemente”, no Brasil do século XXI (pelo menos), com enorme força. É exatamente esse o diagnóstico de Schmidt: “os paralelos com a atual jurisprudência brasileira são óbvios⁵³⁶”. E acrescenta: “é evidente que muitos juízes acreditam que fazer referência à boa-fé empresta legitimidade e persuasão adicionais à sua motivação”⁵³⁷.

Nesse sentido, levantamento feito pela jurista Judith Martins-Costa junto aos Tribunais de Justiça dos 26 Estados e do Distrito Federal, em 30 de outubro de 2017, respondendo ao filtro “boa-fé objetiva”, apontou que o termo aparecia em cerca de 445 mil acórdãos⁵³⁸.

⁵³⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 167.

⁵³⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 127.

⁵³⁶ SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 127.

⁵³⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 127.

⁵³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 47-48.

A frequência com que a boa-fé é trazida no bojo das decisões judiciais no Brasil assusta o jurista alemão, que suscita importante questionamento: o princípio da boa-fé objetiva foi realmente relevante para o resultado em todos os casos? Adianta-se Schmidt a responder que não, por concluir que a boa-fé é frequentemente citada como simples adorno retórico, e que o resultado da decisão já seria obtido por meio da aplicação das disposições específicas pertinentes⁵³⁹.

A se juntar a Schmidt nesse raciocínio, Reinhard Zimmermann, em entrevista publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico – CONJUR, quando indagado sobre as cláusulas gerais e sua aplicação pelos tribunais brasileiros, assim respondeu, em ponderação comparativa com o direito alemão:

Na Alemanha, nós também temos cláusulas gerais. Isso não é algo específico do Direito brasileiro. Nós temos essas cláusulas gerais e, é claro, elas conseguiram se inculir porque permitem ao juiz ter uma considerável margem de apreciação dos valores constitucionais. Nós também possuímos uma constituição com um catálogo de direitos fundamentais e assim por diante. Nosso Código é bastante antigo e quando a Constituição foi promulgada nós adotamos a doutrina da *Drittwirkung*, que significa que a Constituição tem eficácia em relação ao Direito Privado, mas por intermédio das cláusulas gerais. A maneira como as cláusulas gerais são interpretadas no Brasil, pelo que ouvi dizer, liga-se ao desenvolvimento da constitucionalização do Direito Privado, a qual me parece foi longe demais.⁵⁴⁰

O que se percebe é que com base nessa visão solidarista, a boa-fé tem sido constantemente manuseada pelo Judiciário, a servir de “varinha de condão” que conduz o juiz ao resultado desejado pelo caminho mais rápido⁵⁴¹. Mais do que “poderes mágicos”, a práxis judicial tem atribuído à boa-fé contornos demiúrgicos, como bem denunciado por João Baptista Villela:

Na euforia geral em torno da boa-fé, que acompanhou a promulgação do novo Código Civil, manteve-se [o autor] na posição discreta do bom intérprete. Absteve-se de dar ao art. 422 a função demiúrgica que nele enxergou Nelson Nery Junior. Do eminente jurista é o entendimento segundo o qual o art. 422 confere ao juiz poderes para suspender, resolver, extinguir ou manter o contrato, assim como determinar que seja alterado ou revisto. Ou , no limite, poderes para reescrever ele próprio – o juiz –

⁵³⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 125.

⁵⁴⁰ Trecho da entrevista publicada. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-01/entrevista-reinhard-zimmermann-jan-peter-schmidt-juristas>> Acesso em: 15 ago.2018.

⁵⁴¹ SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 129.

cláusulas de que se compõe o acordo. Ufa, meu caro amigo Nelson Junior. Não o posso deixar de ver acrescentando, para terminar: *Excusez du peu!*⁵⁴²

A conclusão é que o Judiciário brasileiro tem feito uso da boa-fé objetiva de maneira esparolada, para tudo obter. Por meio dela, tudo se torna possível fundamentar, a tudo se abre espaço, inclusive, indiscriminadamente, aos direitos fundamentais.

Não se está pretendendo aqui promover um reducionismo vulgar do princípio da boa-fé objetiva. Como os contratos se desenrolam por um conjunto sucessivo de prestações e obrigações, as relações contratuais são concebidas como um todo, como um processo. Evidentemente, no decorrer de um processo geralmente contínuo a confiança entre as partes é fator crucial. A boa-fé é, portanto, instituto jurídico fundamental ao Direito Contratual, atuando como instrumento garantidor da segurança jurídica para as partes.

Mas, é importante se ter em mente que a boa-fé, primariamente, foi concebida para proteção e sobrevivência do próprio contrato, enquanto instituto jurídico. Afinal, num contexto liberal clássico já saturado de mero formalismo, não se combatia condutas oportunistas, que minavam a confiabilidade e a segurança jurídica desse instituto. E se não se pode confiar no instrumento de promoção de trocas e de consecução de objetivos, fatalmente esse espaço restará reduzido.

Quando da massificação dos contratos, o fator confiança tornou-se ainda mais relevante e indispensável, considerando serem inviáveis jurídica (derruimento do dogma da vontade e de sua exigência para formação dos negócios jurídicos) e economicamente (custos de transação e de oportunidade) as deliberações negociais detidas. Ao mesmo tempo, passou-se a dar cada vez mais importância ao decorrer das relações, ao executar do contrato, em consagração ao processo obrigacional e às relações duradouras – *endo* ou *extracontratuais*.

A noção de relação obrigacional como um todo, uma relação jurídica total, surgiu em Karl Larenz, que compreendeu essa relação como uma série de deveres de prestação e de conduta, podendo conter direitos formativos para as partes. Nas palavras de Larenz:

É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos, do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de “consequências jurídicas”, quer dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica.⁵⁴³

⁵⁴² VILLELA, Joao Baptista, Prefácio. In: LOPES, Chistian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁵⁴³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1998. p. 37.

No Brasil, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva desenvolveu sua noção de obrigação como processo, na trilha do que já reconhecia Larenz, embora este não tenha utilizado expressamente esse conceito. Com a expressão “obrigação como processo”, Couto e Silva buscou demarcar e ressaltar o dinamismo ontológico da obrigação: “as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”⁵⁴⁴.

Pondera Couto e Silva que, conceber a obrigação como processo, apenas tem sentido nos sistemas nos quais o nexu finalístico possui posição relevante⁵⁴⁵. Isso se deve, pois, os atos praticados por devedor e credor ao ingressarem e repercutirem no mundo jurídico são dispostos e classificados segundo uma ordem, relevante, vez que esses atos tendem a um fim; é justamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo⁵⁴⁶.

Por assim dizer, depreende-se que a boa-fé vincula-se à finalidade do contrato, a ser aplicada nas relações contratuais sempre para proteger o seu fim. A finalidade integra a teoria da causa dos negócios jurídicos⁵⁴⁷, e aqui já se tem um vislumbre do quão indispensável e crucial é o “fim” para os contratos. Mais adiante, isso será explorado com atenção.

Como aduz Couto e Silva, a boa-fé atua como uma força de coerção de deveres de conduta pelas partes e limitação ao exercício incondicional de direitos por estas, de forma que o vínculo contratual impõe uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem, qual sejam, credor e devedor, que deixam de ocupar posições antagônicas para coligarem-se em torno do fim que dirige o vínculo⁵⁴⁸.

Isto é, diretamente falando, a boa-fé imporia às partes conduta cooperativa e não mais conflitiva, aberta a comportamentos oportunistas, pois o vínculo contratual é dirigido justamente para a consecução do fim objetivo do contrato. À vista disso, permite-se dizer que a boa-fé não autoriza que o contrato seja revisto, modificado ou extinto judicialmente por conta de elementos alheios à própria finalidade do contrato.

Não se pode admitir a intervenção na relação contratual para que sejam impostas condutas estranhas ao fim do contrato estipulado pelas partes, já que é o fim que principalmente sustenta o próprio vínculo contratual. Nesse sentido é que se defende cabível a extinção do contrato pela teoria da base objetiva do negócio também no âmbito dos contratos paritários⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20.

⁵⁴⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20.

⁵⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20-21.

⁵⁴⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 63.

⁵⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 19.

⁵⁴⁹ A teoria da base objetiva é notoriamente aplicada com fundamento no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), mas também transcende a seara consumerista, conforme se verifica em julgados do STJ, desde o final da década de 1980, antes mesmo da criação do CDC, tal como resume o ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “O curioso é que os primeiros casos apreciados pela jurisprudência desta Corte, analisando a

Segundo conta Antônio Junqueira de Azevedo, a teoria da base do negócio foi desenvolvida por Karl Larenz a partir da teoria de Oertmann (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: revista de Derecho Privado, 1956). Larenz distingue dois aspectos dos negócios jurídicos, quais sejam, a base subjetiva e a base objetiva, em que aquela é a representação mental ou expectativa pela qual ambos os contratantes se guiaram para celebrar o contrato⁵⁵⁰.

Já a base objetiva consiste “conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado de ambos contratantes, possa subsistir como relação dotada de sentido”⁵⁵¹. A base objetiva desaparece quando ocorre (i) a destruição da relação de equivalência; ou (ii) a frustração da finalidade do negócio, pelo que se torna legítima a revisão ou a resolução do contrato⁵⁵².

É sob essa lógica que se defende uma diferenciação entre a intervenção judicial para reconhecimento da perda do fim do contrato e a intervenção por senso de “justiça” a impor obrigações estranhas ao escopo contratual.

O locador, num contrato de locação residencial, não se obriga a concretizar o direito de moradia do locatário. Compete-lhe, apenas, disponibilizar um imóvel para a finalidade a qual foi construído, mesmo que o locatário o utilize com a finalidade de morada (como sempre ocorre). Igualmente, ao locatário não se atribui a obrigação de prover o sustento do locador. A ele cabe apenas pagar a contraprestação devida sob a forma de aluguel, ainda que, em hipótese, o aluguel constitua meio de subsistência do locador. Mesmo que pareçam se fundir numa só, a finalidade do contrato é distinta daquela individualmente buscada pelas partes em decorrência do objeto contratado.

aplicabilidade da teoria da base objetiva em nosso sistema jurídico, não foram em benefício do consumidor. Mais, versavam acerca de casos anteriores à própria vigência do CDC”. REsp nº 1.321.614/SP. Min Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Min Rel. Acórdão Ricardo Villas Bôas Cueva. Dje: 03/03/2015.

Porém, a partir do advento do CDC, a Corte Superior não firmou jurisprudência pacífica, e tem proferido decisões considerando a aplicação da base objetiva fora dos contratos de consumo e outras restringindo a teoria às relações submetidas ao CDC. Para conferir a divergência ver, por exemplo: REsp nº 1.321.614/SP, AgInt no Ag em Resp nº 698.136-SP; Resp nº 1.209.644-SP; Ag Resp nº 870.784-SP; e Resp nº 1.342.185-SP.

Por sua vez, alguns Tribunais estaduais têm aceitado e aplicado com maior frequência a teoria da base objetiva aos contratos não consumeristas, v. TJSP – Apelação Cível nº 1016382-78.2015.8.26.0405 e Apelação Cível nº 0009106-93.2011.8.26.0068; TJRS – Apelação Cível nº 70030483549; Apelação Cível nº 70067954651; Apelação Cível nº 70060650801.

⁵⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1203.

⁵⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1203.

⁵⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986. p. 224.

Por isso, em eventual situação de despejo, imputar ao locador uma conduta de má-fé por ofensa ao direito de moradia do locatário se mostra descabido, absurdo. O que integra o processo das “obrigações de meio” exigidas pela boa-fé é o fim do contrato, e não a finalidade individual almejada pelas partes – ou seja, a base subjetiva do contrato.

Por mais que pareça instintivo pensar na indissociação destas finalidades, é preciso, justamente, dissociá-las. É também pela incompreensão destes preceitos que a boa-fé acaba sendo alargada pelos magistrados no momento de sua aplicação, abarcando situações e efeitos alheios ao contexto contratual e à própria natureza do instituto.

Afinal, quando se admite que o princípio da boa-fé, de maneira geral, relaciona-se com as funções de deveres éticos e limitações dos direitos subjetivos, sem que, para tanto, se tenha em mente sua vinculação à finalidade contratual, a aplicação da boa-fé acaba ficando esparolada, por vezes direcionada ao “senso de justiça” do julgador, em completo desacordo com suas limitações teleológicas.

Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker identificam os riscos da má compreensão e da indefinição conceitual da boa-fé também para o âmbito do Direito Contratual europeu. A imprecisão em torno do real significado da boa-fé acaba sendo prejudicial à sua aplicação no caso concreto: *“Nothing has, so far, been said about what good Faith actually means. The reason for this is that not much can be said; and what can be said is not very helpful for deciding concrete cases”*⁵⁵³.

No mesmo sentido, vale dar ouvidos à ponderação de Judith Martins-Costa de que, passados os ares de “novidade” e admiração dos foros brasileiros em relação à boa-fé, é preciso centrar o foco na “necessidade de delimitação desse instituto, melhor sendo precisados os contornos dos seus campos operativos e precisadas suas distintas funções”⁵⁵⁴. E exatamente essa precisão conceitual e operativa da boa-fé é fundamental para afastar as má-compreensões e mistificações do instituto, comuns no civil-constitucionalismo:

A maior precisão ajudará a afastar alguns mitos provenientes de um senso comum nada fundamentado, como os que igualam boa-fé a um “sentimento de justiça” livre de amarras técnico-dogmáticas e dependente do alvedrio do juiz; com o “ser ingênuo” na relação contratual; ou confundem seu papel com instrumento de desmanche da vinculabilidade e da relatividade dos contratos⁵⁵⁵.

⁵⁵³ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 30.

⁵⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.48.

⁵⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.48.

Por esse motivo é preciso ter muito cuidado e parcimônia na interpretação e na aplicação das cláusulas gerais numa relação contratual, não obstante sejam elas mesmas importantíssimas ao Direito Contratual. Não sem razão, Antônio Junqueira de Azevedo teceu inúmeras críticas à redação do art. 422 do Código Civil (art. 421, à época de sua crítica), considerando-a insuficiente, deficiente e, assim como a função social, atrasada, pois pertencente a um “paradigma anterior”, relativo ao “sistema que alguns dizem ‘aberto’, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. No meu modo de entender, já estamos, no mundo, hoje em outro paradigma”⁵⁵⁶.

Em suma, é evidente que a boa-fé, instituto concebido desde o direito romano, é princípio fundamental no Direito Privado, coibindo abusos e comportamentos oportunistas aptos a minar a confiança e a segurança jurídica inerentes ao instituto contratual. Contudo, o fato de a boa-fé consistir em cláusula geral do Direito não implica que ela seja instituto aberto e ampliado indefinidamente, principalmente quando utilizada despropositadamente e a servir de entrada aos ditames constitucionais, acarretando verdadeira publicização do Direito Privado e do contrato.

5.4.2 O equívoco solidarista e civil constitucionalista acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais

Como visto, a perspectiva civil constitucional promove a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas e, notadamente, nas contratuais, com o auxílio das cláusulas gerais, tais como a função social e a boa-fé.

Acima de tudo, a doutrina civil constitucional compreende e pretende que os direitos fundamentais tenham eficácia direta entre os particulares. Referências ao sistema alemão não faltam, e são amplamente utilizadas por essa dogmática para fundamentar suas pretensões jurídicas, que significariam uma recepção das teorias germânicas de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

Entretanto, percebe-se ter ocorrido uma má recepção dessas teorias. Nota-se que foram aplicadas de maneira esparolada, sem que se fosse realizada reflexão e posterior estruturação do problema da eficácia e de sua operacionalização em termos procedimentais. Grande exemplo disso é a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, largamente utilizada para

⁵⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos** – contratos: princípios e limites. Coleção doutrinas essenciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615.

reforçar as noções de constitucionalização do direito pela submissão dos demais campos ao Direito Constitucional, o qual deve prevalecer.

Bem ao contrário do que afirmam os civil-constitucionalistas, Konrad Hesse defende, na realidade, a autonomia do Direito Privado, sobretudo para frear os imperativos estatizantes. Primeiramente, para Hesse a Constituição não “surge” automaticamente com força normativa, já capaz de concretizar por si mesma suas disposições; ela pode sim impor tarefas a serem cumpridas, para que então seja efetivada e torne-se uma força ativa:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida [...] Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁵⁵⁷

Além disso, como qualquer outra lei e/ou norma, está condicionada pela realidade histórica, sujeita às nuances de seu tempo e às influências ideológicas e axiológicas que podem não mais serem adequadas no futuro. Assim como o Direito em si, a Constituição não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo⁵⁵⁸.

Não obstante a força normativa da Constituição, Hesse defende a noção de que permanece e deve ser conservado o Direito Civil como aquele que constitui o Direito Privado como setor jurídico próprio e irrenunciável⁵⁵⁹. É o Direito Civil o competente para preservar a personalidade do homem em se autodeterminar e se responsabilizar pelos seus próprios atos: são justamente esses (autodeterminação e autoresponsabilização) os elementos que fizeram do Direito Privado o baluarte da liberdade⁵⁶⁰.

Até porque, acrescenta-se, a personalidade jurídica individual atribuída pelos direitos constitucionais acaba por designar uma identidade constitucional, diferente das mais diversas identidades idiossincráticas de uma sociedade, sempre correndo o risco de se deslocar e não representar toda gama de identidades nacionais, culturais e mercadológicas do substrato social,

⁵⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

⁵⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

⁵⁵⁹ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 74.

⁵⁶⁰ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 74.

que não se resumem ao limitado texto constitucional⁵⁶¹. Nessa esteira, a autonomia privada é o instrumento pelo qual cada indivíduo voluntariamente se vincula e determina as normas às quais se submeterá, em tradução de sua própria identidade⁵⁶².

Por conseguinte, no Direito Privado, é a autonomia privada o princípio a ser conservado:

De otro lado, pertenece a lo que permanece y debe ser conservado el principio fundamental del Derecho Privado, la autonomía privada, en particular en la forma de libertad contractual. Constituye, por así decirlo, el aspecto activo y positivo de la personalidad, el ámbito en el que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, en el cual no es lícito convertida en simple medio para fines sociales.⁵⁶³

O autor critica o que chama de “proliferação das regulamentações imperativas” a colocarem em risco a subsistência da autonomia privada, da liberdade de contratar e do próprio valor liberdade⁵⁶⁴. Numa noção de Estado social, prossegue Hesse, acaba por se proclamar que uma configuração responsável e autônoma da própria vida mostra-se desnecessária, até mesmo impossível⁵⁶⁵, pois ameaçados seus pressupostos mais importantes: a autonomia privada e a liberdade contratual. Por isso tão premente e indispensável a preservação desses pressupostos e da autonomia do próprio Direito Privado:

Si, desde tal perspectiva, la libertad es ciertamente un fin en sí mismo, entonces los efectos de la configuración autónoma de la vida privada se anteponen como medio sobre todo a la ordenación de la vida económica: dada la complejidad de las actuales circunstancias, el contrato jurídico-privado aparece como una forma de conducir el ordenamiento jurídico más adecuada y más efectiva que configuración imperativa, además de producir un resultado más justo y mejor. Consecuentemente, Fritz RITTNER ha hablado de una primacía del Derecho Privado⁵⁶⁶

Não se está a admitir que bastaria uma simples e geral desregulação para que desapareçam todas as dificuldades e conflitos interprivados, adverte Hesse. No mesmo sentido do que foi aqui abordado anteriormente, diz o autor que a autonomia privada e a liberdade

⁵⁶¹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos: 2003. p. 20-24.

⁵⁶² ROSENFELD, Michel. Contract and justice: the relation between classical contract law and social contract theory. **Iowa Law Review**, n. 70, v. 768, 1985.

⁵⁶³ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 75.

⁵⁶⁴ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 76.

⁵⁶⁵ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 76.

⁵⁶⁶ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 77.

contratual não são irrestritas, mas encontram seus fundamentos e limites na ideia de configuração sob seu próprio contorno, de responsabilidade individual e personalíssima⁵⁶⁷.

Nas relações contratuais paritárias, pressupõe-se uma situação jurídica e fática de igualdade aproximada e relativa das partes. Onde faltar esse pressuposto, e a autonomia privada de uma conduzir à falta de liberdade da outra, desaparece esse fundamento e se ultrapassam os limites, de forma que o equilíbrio possa ser encontrado por outra via, aí sim pela da regulação estatal, desde que conectada com os preceitos do Direito Privado⁵⁶⁸.

Conforme já aduzido nesse trabalho, Konrad Hesse afirma que essa diferenciação é essencial, visto que a prevalência desse pressuposto numa situação jurídica é “*sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea*”⁵⁶⁹.

Como expõe Ingo Sarlet, nesse caso de preservação da autonomia do Direito Privado, se percebe não haver um estabelecimento de um abismo entre as normas constitucionais e as privatistas, mas uma relação de harmonização e fluidez entre os campos⁵⁷⁰, sem invasões às fronteiras de atuação umas das outras. Ainda assim, quando se considera a vinculação dos particulares de maneira direta ou imediata aos direitos fundamentais, o que se tem é um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado⁵⁷¹. Mas, ao contrário do que afirma Sarlet⁵⁷², é sim possível se atribuir solução uniforme para a extensão e o modo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações

Claus-Wilhelm Canaris, outro autor mal compreendido e apontado equivocadamente pela doutrina civil constitucional como adepto da teoria da supremacia da constituição, também defende a autonomia e a preservação do Direito Privado e do Direito Contratual e se opõe à eficácia direta dos direitos fundamentais. O autor aponta as evidentes inconsistências e

⁵⁶⁷ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 78.

⁵⁶⁸ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 78.

⁵⁶⁹ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado** Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001. p. 79.

⁵⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 397.

⁵⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 398.

⁵⁷² Para o autor, identifica-se a “inexistência de soluções uniformes nesta seara – eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como essa dispõe sobre as relações entre os particulares”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 398.

impossibilidades da tese de eficácia horizontal (Drittwirkung) imediata/direta dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia imediata em relação a terceiros.

Quando aplicada coerentemente, da forma como defende a dogmática civil constitucional e têm considerado muitos tribunais, implica que todos os direitos fundamentais conduzem a proibições no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos e defesa em face de sujeitos jusprivatistas^{573 574}. Dessa maneira, os direitos fundamentais não mais careceriam de nenhuma implementação ou transformação pelo próprio sistema de regras do Direito Privado⁵⁷⁵.

Promovido de maneira geral, como o fazem os civil-constitucionalistas, esse entendimento conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado seriam guindadas ao patamar do Direito Constitucional e destituídas de sua autonomia⁵⁷⁶.

A consequência disso poderia ser a destruição tanto do Direito Contratual quanto do instituto da responsabilidade civil, pois ambos seriam em substituídas pelo Direito Constitucional⁵⁷⁷. Isso é um claro contrassenso à autonomia do Direito Privado, como dito anteriormente, desenvolvida organicamente há séculos; a própria sistemática alemã de eficácia dos direitos fundamentais é contrariada, pois ela tem como princípio de formulação que apenas o Estado é destinatário direto dos direitos fundamentais, e não um particular⁵⁷⁸.

Além disso, a adoção da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações interprivatistas incorre em grandes dificuldades de ordem prática, haja vista que a maioria dos efeitos jurídicos a qual tal concepção forçosamente chegaria teria de ser afastada por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade⁵⁷⁹. Exemplo claro desses efeitos desastrosos é a anulação de contratos que restrinjam e delimitam direitos fundamentais, o que, infelizmente, já tem ocorrido de maneira corriqueira no Judiciário.

⁵⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 51, n. 312, dez./out. 2003. p. 16.

⁵⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53.

⁵⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 51, n. 312, dez./out. 2003. p. 16.

⁵⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p.54.

⁵⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 51, n. 312, dez./out. 2003. p. 16.

⁵⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 51, n. 312, dez./out. 2003. p. 16.

⁵⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53-54.

Em função de tudo isso é que não foi adotada na Alemanha a tese da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas; lá, a teoria amplamente adotada é a da eficácia mediata⁵⁸⁰.

Nesse ponto, convém distinguir entre eficácia imediata em relação a terceiros e a imediata vigência dos direitos fundamentais⁵⁸¹. Os direitos fundamentais, por óbvio, desde quando positivados passam a vigor e a produzir efeitos. O que se combate é a forma e a operacionalização de sua eficácia nas relações jurídicas.

Isso porque, num primeiro aspecto, deve-se entender quais os destinatários diretos das normas de direito privada, para que se possa iniciar uma compreensão mais precisa de sua eficácia e extensão. Na esteira de Canaris, deve-se compreender que, a princípio, os destinatários dos direitos fundamentais são o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de Direito Privado⁵⁸². Até porque, acrescenta-se,

Outro aspecto a ser avaliado refere-se a qual o objeto da eficácia dos direitos fundamentais. Os objetos do controle dos direitos fundamentais são, também a princípio, apenas as regulações e os atos estatais, ou seja, sobretudo leis e decisões judiciais, excluindo-se os atos dos particulares – especialmente negócios jurídicos e atos ilícitos⁵⁸³. Afinal, se não são os sujeitos privados destinatários diretos dos direitos fundamentais, por ilação lógica seus atos também não podem ser aferidos imediatamente pelo filtro dos direitos fundamentais⁵⁸⁴.

Mas isso não significa dizer que os direitos fundamentais não exercem influências também nos sujeitos privados e em suas relações e atos. Os direitos fundamentais têm, além da função de proibições de intervenção face o Estado, a função de imperativos de tutela, em que recai sobre o Estado também a função de proteger⁵⁸⁵. Mas nesse caso, é crucial compreender que existem duas “constelações distintas” de relações sobre as quais recaia a vinculação e aplicação dos direitos fundamentais: “as relações manifestamente desiguais e as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54.

⁵⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54.

⁵⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 55.

⁵⁸³ “Ao contrário do que ocorre com as leis, verifica-se que contratos, negócios jurídicos e outros actos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direto com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses actos não são, como já foi exposto, destinatários dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercem influência nestes casos”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 55.

⁵⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 56.

⁵⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

⁵⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 398.

Como resultado, os cidadãos são atingidos e os direitos fundamentais produzem também, por via indireta, efeitos em relação a eles⁵⁸⁷, preservadas a autonomia do Direito Privado e a autonomia privada. Assim funciona, na teoria da eficácia mediata, a sistemática de eficácia e aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Pela experiência germânica, parece ser ela a teoria metódica de eficácia horizontal dos direitos fundamentais mais adequada à realidade brasileira, até pela influência e similitude jurídica alemã com os Direitos Privado e Constitucional brasileiros.

Infelizmente, essa reflexão crítica das teorias de eficácia horizontal também não tem sido realizada pelo Judiciário brasileiro. As decisões judiciais seguem um critério de primazia total da Constituição em prejuízo da autonomia e da subsistência do Direito Privado, com aplicações equivocadas da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações contratuais.

Esse fenômeno, porém, parece não ser exclusivo da dogmática e jurisprudência brasileiras, irrompendo-se por outros países da América do Sul. Exemplo disso é a Colômbia, onde equívocos semelhantes aparentam estar ocorrendo de igual maneira, no que pode ser um indicativo de que a má-recepção de teorias estrangeiras é práxis latino-americana.

Em artigo publicado na Revista Chilena de Direito Privado, Fabricio Matilla Espinosa, Professor de Direito Privado da Universidad del Rosario na Colômbia, realiza estarrecedor diagnóstico da constitucionalização dos contratos nesse país, revelando a extrema semelhança ente os cenários jurídicos/judiciais colombiano e brasileiro. Por isso mesmo sua análise pertinentemente servirá de modelo à crítica ao status quo brasileiro.

Assim como ocorre no Brasil, a Corte Constitucional colombiana adotou, segundo o autor, uma teoria interpretativa baseada nos direitos fundamentais e princípios constitucionais cujos conflitos são solucionados por meio de “*un obscuro método de ponderación*”⁵⁸⁸. Adicionalmente, ela ampliou seu próprio raio de influência ao ordenar aos juízes que se “*parcialicen com la verdad*”, com a tomada decisões de ofício que os permitam alcançar a justiça material e a opção pela jurisprudência da Corte em face das normas jurídicas específicas aplicáveis aos casos que julguem⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

⁵⁸⁸ ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011. p. 224.

⁵⁸⁹ ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011. p. 224.

No campo do Direito Privado, a Corte Constitucional colombiana desenvolveu método⁵⁹⁰ conhecido em terras tupiniquins para fazer e impor “justiça” às normas que regem os contratos civis e comerciais:

- Primeiramente, é atribuída valoração absoluta a algum princípio moral descrito de forma geral e imprecisa.
- Depois, confere a eles um campo geral de aplicação que abarca toda sorte e relações contratuais. A própria Corte colombiana esclarece: “[...] debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubija todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al ‘orden objetivo de valores’ establecido por la Carta política de 1991”.
- Por fim, descreve os fatos de forma tal que enquadrem necessariamente no campo de atuação dos princípios e fundamentos constitucionais.

Qualquer semelhança com o caso brasileiro não é mera coincidência. Também na Colômbia, o Judiciário faz distinção entre sujeitos “plenamente hábeis e poderosos” e sujeitos “hipossuficientes”. Enquanto estes recebem todo tipo de proteção e privilégios num julgamento viesado pelo plano constitucional, àqueles estão reservados os duros e lentos processos ordinários e as condenações pela proteção ao “princípio da solidariedade”⁵⁹¹.

Decerto, em sociedades com enormes desigualdades e concentração de riquezas como são a colombiana e a brasileira, um discurso alusivo à justiça social, à “realidade concreta” e à solidariedade é sempre sedutor⁵⁹², principalmente se o Judiciário figura como o espaço de poder “eleito” como o responsável por trazer a cura de todos os males sociais.

⁵⁹⁰ ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011. p. 225-226.

⁵⁹¹ O autor ilustra o raciocínio com um comparativo entre dois casos julgados pela Corte Constitucional colombiana: num deles, a Corte decidiu amparar os direitos constitucionais de uma modelo vítima de inúmeros descumprimentos contratuais por parte da sua agência, mesmo sendo possível solucionar o caso por meio das ações e regras próprias do Direito Privado. No outro, julgado apenas três meses antes, a mesma Corte revogou a decisão da segunda instância em favor de um empresário que ajuizou ação contra uma sociedade fiduciária por seus diversos descumprimentos contratuais, aduzindo que o empresário era “*plenamente hábil*” e capaz de se defender e “*afrontar con todos los instrumentos jurídicos disponibles el incumplimiento contractual*”. ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011. p. 228-229.

⁵⁹² ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011. p. 225-226.

Conseqüentemente, parece ter se tornado mais cômodo ao magistrado ver ampliada sua discricionariedade, permitindo que toda decisão seja possível, bem como conveniente a certos operadores do direito ter à sua disposição uma vagueza que os permite fundamentar uma ação de maneira aberta e imprecisa, em que toda argumentação é possível. A adoção ao discurso neoconstitucionalista é tentadora e se torna corrente na práxis jurídicas:

Dentro de este contexto, es natural que el neoconstitucionalismo resulte irresistible para abogados y jueces: ¿para qué fundamentar demandas y sentencias en normas de menor jerarquía si los derechos constitucionales están disponibles, son más flexibles, efectivos y, por si fuera poco, pertenecen al noble linaje de la justicia, la equidad, la solidaridad y la buena fe?⁵⁹³

É esse o cenário que se coloca diante dos atuais estudiosos da temática, apesar das inúmeras inconsistências apontadas em relação à teoria da horizontalidade direta. O que se apercebe, de todo o cenário proposto pelo civil-constitucionalismo, é que à axiologia foi atribuída relevância suprema, passando a exercer papel superior aos demais, na irrestrita utilização da dignidade humana – transformada em panaceia na incessante busca da “justiça”.

Carl Schmitt há muito advertiu sobre os riscos e as implicações do que considera uma “tirania dos valores”. O autor conta que a expressão “tirania dos valores” foi cunhada originalmente por Nicolai Hartmann, na obra *Ethik* de 1926, e significa o apoderamento sentimental dos valores sobre o homem, revelado pelo *ethos* unilateral que se apropria do ser humano nos casos de conflitos de natureza moral⁵⁹⁴. Exemplos disso seriam certas correntes e certos movimentos sociais e políticos que, por fanatismo, têm como pretensão a imposição da justiça aos demais⁵⁹⁵. A partir da concepção desenvolvida por Hartmann, Schmitt afirma que os valores possuem um “reverso fatal”, pois valem também sempre *contra* alguém, e não apenas *para* alguém; essa seria uma lógica intrínseca aos valores⁵⁹⁶.

Nesse sentido, identifica-se que todo o arcabouço solidarista e neoconstitucional é utilizado pelo Judiciário brasileiro para promover uma aplicação imediata e irrestrita dos direitos fundamentais – sob a pretensa ideia de busca e imposição da justiça. E essa aplicação nos casos concretos é que será o objeto de análise no próximo tópico.

⁵⁹³ ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 16, jul. 2011. p. 229.

⁵⁹⁴ SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Granada: Comares, 2010. p. 46-47.

⁵⁹⁵ SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Granada: Comares, 2010. p. 47.

⁵⁹⁶ SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Granada: Comares, 2010. p. 49.

5.5 Crítica à aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais pelo Judiciário

Feita a análise crítica acima, o trabalho irá expor agora as consequências mais práticas e concretas de todas as incongruências, atecnias, etc. da dogmática civil constitucional, a causar a derrogação do Direito Privado e do Direito Contratual pelo Direito Constitucional e do solidarismo contratual, na interpretação e aplicação do judiciário dos direitos fundamentais pautados nessa dogmática.

A análise foi dividida em 4 blocos de direitos fundamentais sobre os quais versaram decisões colacionadas no capítulo anterior.

a) GRUPO 1 – Ampla defesa e contraditório: STF- Exclusão de cooperados; TJDFT –Aplicação de penalidade condôminos – mudança de fundamentos; TJDFT – cláusula penal; TJSP – cláusula estatuto do Palmeiras.

O primeiro caso advém do STF, no acórdão do Recurso Extraordinário 158216/RS, prolatado em 1996. Nele, foi anulada a exclusão de cooperados por uma cooperativa em função de violação às regras estatutárias relativas à defesa num procedimento punitivo. Embora os excluídos tenham lançado mão do argumento de ofensa ao direito constitucional à ampla defesa, a decisão não fez menção expressa a argumentos solidaristas ou civis constitucionais para fundamentar a anulação, como devia ser. O único – e relevante – “porém” refere-se ao fato do próprio STF ter admitido o recurso: se o caso pode ser resolvido com a aplicação do ordenamento legal, não existe, sequer, questão constitucional a ser analisada. Afinal, se o próprio estatuto foi desrespeitado, não haveria que se falar em qualquer ofensa constitucional. O julgamento deveria ter sido feito, pois, pelo STJ.

O problema se torna crescente a partir de então. Como se viu no capítulo anterior, em 2007, o TJDF julgou apelação para anular a aplicação de penalidade por condomínio a condômino. No caso, também ficou demonstrada violação a uma regra do próprio Regimento Interno do condomínio. Ainda assim, o Tribunal distrital fez questão de apontar “mácula à ampla defesa e ao contraditório”, numa imprecisa e desnecessária alusão ao texto constitucional.

Esse equívoco agravou-se posteriormente, já em 2015, por ocasião de julgamento de caso similar também pelo TJDF. Nesse caso a Corte foi além e fez uso da doutrina civil constitucional para expandir indevidamente o âmbito da análise e o alcance da eficácia dos direitos fundamentais. Num rompante contrassenso, o acórdão fundamenta a submissão do Direito Privado e suas relações aos direitos fundamentais, mesmo já existindo solução dada pelo próprio ordenamento privatista, pelo fato de a penalidade imposta aos condôminos não ter seguido os procedimentos internos do condomínio. Contrariando a própria lógica do ordenamento, a decisão alega que “nem o Código Civil, e nem a Lei 4.591/64 [...] traçam regras a fim que seja assegurado ao infrator o exercício do contraditório e da ampla defesa”, e então fundamenta a aplicação horizontal direta dos direitos fundamentais. Ora, se o próprio procedimento interno não foi seguido, não há porque se remeter à norma constitucional. E, mesmo que não houvesse previsão condominial para o procedimento, há regras suficientes no ordenamento privado para solucionar a questão, tais como o art. 187⁵⁹⁷ do Código Civil: se os limites econômicos e sociais razoáveis são ultrapassados e o costumes dos condomínios apresentam regras distintas de punições a seus condôminos, estar-se-á diante de abuso de direito a ser coibido judicialmente. Nada de intervenção constitucional ou perda de autonomia do ordenamento privado, ao contrário do que equivocadamente alude a decisão comentada.

Este mesmo raciocínio é aplicável ao julgado do TJSP sobre exclusão de sócio do Palmeiras, último desse quadrante de eficácia direta da ampla defesa e do contraditório. O que se percebe, na linha do que advertem Hesse e Canaris, é um encolhimento forçado do Direito Privado, que corre risco de ser totalmente substituído pelo Direito Constitucional.

b) GRUPO 2 – Liberdade Associativa: STF – escrivão do Paraná; STJ – cláusula de exclusividade de estatuto de cooperativa médica; TJRS – cooperativa de laticínios.

O primeiro julgado vem do STF, em que escrivão se insurgiu contra o órgão de previdência dos escrivães do Estado do Paraná, que o obrigou a filiar-se ao regime de previdência complementar. A Suprema Corte brasileira garantiu o direito do escrivão de desassociar-se em virtude de *regra* precisa e direta da constituição: o art. 202 determina que a adesão a regime de previdência privada de caráter complementar é facultativa. Não haveria, pois, necessidade de outra fundamentação; o dispositivo constitucional deu ordem direta e clara, totalmente cabível ao caso. Por isso causa certo estranhamento a alusão feita ao direito

⁵⁹⁷ “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”.

fundamental de liberdade associativa: o recurso à aplicação do direito fundamental mostra-se desnecessário, expondo um risco de banalização.

Noutro caso, a Segunda Seção do STJ julgou o Recurso Especial nº 261.155 de São Paulo, sobre cláusula de exclusividade de cooperativa médica, que proibia que seus médicos cooperados prestar serviços a outras entidades. Pelos profissionais afetados, foi alegada ofensa ao art. 18, III da Lei 9.656/98, que proíbe a imposição, pelas operadoras de saúde, de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. O resultado do julgamento não chama tanto a atenção, considerando a precisa fundamentação dos votos vencedores – houve decisão dúvida – no sentido de: (i) a cláusula ser válida por ter sido prevista em estatuto de cooperativa profissional, e não em regime de operadora de saúde, sendo afastada, assim, a incidência do proibitivo da Lei 9.656/98; (ii) o profissional é livre para aderir ou não à cooperativa, e uma vez que o faça, deve submeter-se ao seu estatuto; e (iii) ainda que fosse o caso de aplicar a referida lei, a limitação ou não da prestação de serviços no mercado regional é questão para análise dos órgãos concorrenciais ou exige que as cooperativas profissionais concorrentes prejudicadas suscitem o fato, pois as únicas legitimidade ativa, como bem apontou o ministro Ari Pargendler. Ademais, pode-se afirmar que, para um julgamento sob o aspecto concorrencial, é preciso, primeiramente, analisar as repercussões econômicas por meio do método da AED, o que em nenhum momento foi feito. Ocorre que a fundamentação dos votos vencidos lançou mão do direito fundamental social à saúde aduzindo que a proibição ofenderia esse direito da população local, conseqüentemente afetando o direito de livre associação dos médicos cooperados. Para o ministro Aldir Passarinho, nesse caso, o cidadão e o consumidor devem ser protegidos, não podendo a atividade econômica prevalecer sobre os “princípios maiores”, em “normas de ordem pública”. O típico fundamento civil constitucional, posto a esgarçar o ordenamento jusprivatista e infraconstitucional para ampliar injustificadamente a eficácia imediata de direitos fundamentais. E foi justamente esse entendimento que passou a prevalecer, em momento posterior, por força do precedente do Recurso Especial nº 768.118 de Santa Catarina, mormente pelo voto do ministro Luis Fux, que acrescenta aos fundamentos anteriormente vencidos a dignidade da pessoa humana – vez mais, banalizada – e os valores sociais do trabalho. A solidificação dessa virada civil constitucionalista se deu pelo Recurso Especial nº 1.172.603 do Rio Grande do Sul, já analisando caso que teve origem decisão do CADE. Apesar de o órgão antitruste já ter se posicionado contrariamente à cláusula, apontando prejuízo ao mercado local – fundamento concorrencial, o ministro relator do caso, Humberto Martins, adicionou à sua fundamentação referências aos preceitos constitucionais, rechaçando a “solução minimalista” e “individualista” de reputar lícita a cláusula contratual da cooperativa

médica. Em seu voto, o relator defende uma interpretação pautada no “interesse público primário” consagrado na “Constituição Cidadã”. É o Direito Privado literalmente sendo substituído pelo Direito Constitucional na era neoconstitucionalista.

Por fim, foi apontada decisão da Décima Sexta Câmara Cível do TJRS que anulou cláusula de contrato de locação de shopping center que exigia que os lojistas fossem filiados a associação de lojistas do shopping center para que o contrato fosse firmado. Na visão da câmara, tal exigência configurou violação ao direito de liberdade associativa. Para afastar a obrigatoriedade dos contratos e permitir a “entrada” do direito de liberdade associativa, a decisão se valeu dos princípios da função social e da boa-fé objetiva como cláusulas abertas. Pergunta-se: qual a relevância “social” desse contrato? Qual a conduta antiética do condomínio do shopping? Não é absurdo pensar que uma associação de lojistas específica de um empreendimento seja mais eficiente em protegê-los, em função da expertise do próprio negócio, do que um sindicato genérico de lojistas. Qual o interesse a ser defendido, o dos lojistas ou do sindicato? A cláusula estava desde o início predisposta, podendo os interessados aceitar ou não, celebrar ou não o contrato. Caso houvesse sido colocada durante a vigência dos contratos, num momento de renovação, por exemplo, o âmbito de análise seria bem diferente. Não foi o caso. No mais rígido dos cenários, o que houve foi um abuso de direito, passível de ser combatido pela lei civil, sem qualquer necessidade de alusão ao texto constitucional.

c) GRUPO 3 – Acesso à justiça: TJDF – cláusula arbitral de estatuto social; TJRJ – cláusula de estatuto de cooperativa.

Em caso julgado no TJDF, a Primeira Turma Cível analisou apelação que pretendeu anular sentença que extinguiu ação de obrigação de fazer c/c indenização em razão de previsão estatutária de cláusula de compromisso arbitral. Nesse caso, absurdamente, a turma “promoveu” antinomia entre o princípio da autonomia privada e o direito fundamental do acesso à justiça. O fundamento de que o art. 109, § 3º da Lei das S.A. feriria direitos fundamentais é inadequado. Como dito no capítulo anterior, se a cláusula de compromisso arbitral foi inserida no estatuto em momento posterior, o próprio dispositivo resolve questão, pois o seu inciso V garante o direito de o acionista sair do capital social da companhia caso discorde da mudança. Se não é esse raciocínio, em breve então nos depararemos com a submissão das decisões e dos rumos de uma companhia ao Estado-juiz, e não mais aos acionistas em democrática e estatutária decisão por assembleia geral. É a supressão do democrático âmbito de atuação privada pelo coercitivo e interventor Direito Público.

No caso julgado pela Nona Câmara Cível do TJRJ, foi anulada disposição estatutária que vedava a participação em eleições do cooperado que ajuizasse ação contra a cooperativa. Curiosamente, nesse caso, não só houve a derrogação do Direito Privado em favor do Direito Constitucional, como a foi levantada antinomia entre os direitos constitucionais de livre acesso à justiça e de liberdade associativa. Na confusa fundamentação, a Nona Câmara “reconheceu” a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas aduziu que o direito de associação não é absoluto e não pode restringir o plexo mínimo de direitos do cidadão (?). Ao que parece, então, a câmara acabou conflitando dois direitos fundamentais e decidindo em favor de um deles – livre acesso à justiça, sem que tenha havido critério técnico de solução da antinomia.

d) GRUPO 4 – Direito à moradia: STF – penhora bem de família do fiador; STJ – penhora bem de família de fiador; TJRS – penhora bem de família de fiador; TJRS – ação de despejo.

O caso a ser comentado aqui evidentemente é o referente à mudança de entendimento de turmas do Supremo Tribunal Federal a respeito da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

Como informado no capítulo anterior, no julgamento do Recurso Extraordinário 605.709/SP, em decisão dividida, a Primeira Turma considerou ser impenhorável bem de família dado em fiança de contrato de locação comercial.

No lado “vencedor”, a ministra Rosa Weber argumentou, dentre outros, que a livre iniciativa não pode se sobrepor ao direito fundamental de moradia. Em primeiro lugar, é possível afirmar que esta é uma decisão contra legis. Explica-se. A Lei nº 8.009/90 versa sobre a tutela ao chamado “bem de família”, que, resumidamente, consiste na proteção jurídica ao imóvel próprio e único da pessoa utilizado para sua moradia.

Porém, a própria lei prevê algumas exceções a essa regra, dentre elas, a possibilidade de se penhorar imóvel único do fiador em contrato de locação. É clara violação ao ordenamento infraconstitucional específico, que, indubitavelmente, trata e resolve a questão.

Mas, como já se viu, a lógica do civil constitucionalismo é suprimir o Direito Privado em benefício do Direito Constitucional, sendo os direitos fundamentais os institutos aptos a decidir os casos concretos de relações privadas. Não mais se recorre ao ordenamento privado para tratar conflitos surgidos das relações... *privadas!*

Em decorrência disso, se identifica uma falta de compreensão da sistemática privada. Ora, se o fiador expressa livremente sua declaração de vontade para, voluntariamente, dar em garantia contratual seu imóvel, assume ele o risco de ver executada sua garantia. Nada a si foi

imposto. A vinculação contratual não se deu por necessidade e impossibilidade de escolha diversa. Por que haveria ele de ter protegida uma “dignidade” que sequer foi ameaçada? O exercício da autonomia privada pressupõe igualmente o agir livre e a responsabilização decorrente dessa conduta. Ao se proteger a irresponsabilidade da parte que decide assumir compromisso e não o cumpre, acaba-se ferindo necessariamente a “dignidade” da outra, inocente e confiante na efetividade da garantia enquanto credora. Aqui sim é possível dizer ter ocorrido ofensa à boa-fé, pela postura maliciosa e antiética da parte que dá em garantia bem para, propositalmente, escusar-se de cumprir sua obrigação quando chegada a hora.

Pergunta-se: e se o locador necessita do valor do aluguel para subsistir? Se essa for sua principal fonte de renda, essencial para ter sua própria vida “digna”, para ter ele mesmo sua moradia? Não seria ele merecedor de proteção? Nunca é demais lembrar que, se num contrato é possível falar de dignidade humana, deve-se compreender que existirão sempre duas “dignidades” a serem protegidas, no mínimo.

Não suficiente, a decisão mostra-se desprovida de qualquer análise da repercussão econômica. Ao declarar a, na prática, a inexecutabilidade da fiança de bem de família, a decisão acaba implicando externalidade negativa ao mercado de locações. A fiança constituiu a principal modalidade de garantia nos contratos de locação em geral, pois, além de trazer segurança ao locador, é a única a não importar custos e ônus ao locatário.

Ou seja, o mercado desaquece tanto pela insegurança jurídica de uma garantia pouco executável, como pelo aumento de custos gerado aos locatários, que agora terão que buscar fiadores mais “apoderados” ou outras formas de garantia. Num país altamente desigual como o Brasil, não é comum que as pessoas sejam proprietárias de mais de um imóvel. Segundo a última pesquisa do Instituto Brasileiro de Estatística – IBGE, mais de 30% (trinta por cento) dos domicílios brasileiros não são próprios dos seus moradores ou já estão quitados⁵⁹⁸.

Em decorrência, os locadores passarão, então, a enrijecer suas exigências para protegerem-se de toda insegurança jurídica gerada, passando a selecionar cada vez mais os locatários por base de suas maiores condições de prestar garantias mais custosas. Assim, mesmo os “bons pagadores” serão prejudicados pela conduta dos “mau pagadores”, e menos pessoas serão capazes de “preencher esses requisitos”, implicando em incentivos negativos aos agentes do mercado imobiliário; com a restrição de oferta provocada pelo protecionismo dos proprietários, e o decréscimo da demanda decorrente da incapacidade econômica dos locatários, o mercado tende a desaquecer.

⁵⁹⁸ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1937832-casa-propria-e-maioria-mas-sul-e-sudeste-tem-percentual-alto-de-alugueis.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Um efeito direto disso será maior dificuldade para os micro e pequenos empreendedores, que enfrentarão resistência para encontrar imóvel viável para desenvolverem suas atividades. A economia como um todo será afetada, afinal, são esses empreendimentos responsáveis por de cerca de 52% de todos os empregos com carteira assinada no país⁵⁹⁹.

Esse cenário poderá se agravar ainda mais, considerando um detalhe da fundamentação do ministro Marco Aurélio. Em seu voto, Marco Aurélio argumenta que, sob o aspecto da impenhorabilidade, a lei não faz qualquer distinção do tipo de locação afetada. Em razão disso, abre-se caminho para que a impenhorabilidade do bem de família na locação comercial seja igualmente estendida aos casos de locação residencial.

Quanto aos votos vencidos, embora apresentem pertinentes e precisas análises do cenário, há ponto que chama atenção, incluindo no próprio fato de o caso ter sido objeto de análise detida da Corte. Isso porque, em verdade, o caso sequer poderia ter chegado ao STF, por não versar realmente sobre questão constitucional. Apesar de louvável a tentativa dos ministros em valorizar a livre iniciativa, e não submetê-la ao solidarismo jurídico e à imposição das normas de ordem pública, o fato é que a celeuma deveria ter sido resolvida com aplicação das normas do ordenamento privado, que apresentam solução direta e inequívoca para o caso, conforme foi demonstrado.

Até porque, se o Supremo tivesse entendido pela inconformidade constitucional do dispositivo – equivocadamente, diga-se –, o que deveria ter sido feito é controle de constitucionalidade, com a declaração da inconstitucionalidade da norma, e não uma interpretação que promova a eficácia direta de direitos fundamentais, decidindo-se antinomia por ponderação em favor do direito de maior “interesse e relevância sociais”.

Em conclusão, pode-se afirmar que essa alteração contra *legem* da jurisprudência é mero ativismo judicial. Gera insegurança jurídica aos contratos vigentes, e externalidades negativas ao mercado, que sequer foram objeto secundário de análise do caso. É perfeito caso – infelizmente – dos efeitos maléficos do neoconstitucionalismo e do civil-constitucionalismo ao Direito Contratual e ao próprio instituto do contrato.

⁵⁹⁹ Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CAPÍTULO 6 – MODELO TELEOLÓGICO PRIVADO DE CONTRATO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PARITÁRIAS

6.1. Alternativa ao Modelo Solidarista: Modelo Teleológico Privado de Contrato

Até aqui, foram apontadas as inconsistências e incoerências do civil-constitucionalismo e do solidarismo contratual, que propõe uma visão do contrato que coloca em risco a essência do próprio instituto, subverte perniciosamente as estruturas do Direito Privado e desconsidera os impactos socioeconômicos da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo Judiciário.

No capítulo anterior, viu-se que a doutrina civil constitucional acaba provocando um pouco daquilo que especialmente proclama combater: coloca em posição de antagonismo e disputa as partes contratuais, contribuindo para o aumento de litígios e interferências autoritárias na relação.

Ao suscitar de maneira extremada e radicalizada a dignidade da pessoa humana, tais perspectivas não só promovem a banalização desse instituto, como também parecem olvidar completamente que, numa relação contratual, composta sempre por duas partes, se tem, por consequência, duas “dignidades” a serem respeitadas de lado a lado. Os direitos fundamentais são aplicados irrestritamente nas relações contratuais, propagando insegurança jurídica e impondo restrições abusivas à atuação particular.

Mas, considerando que o solidarismo contratual se tornou quase unânime na doutrina e na jurisprudência nacionais, qual seria a alternativa viável e eficaz a esse modelo? É o que será proposto adiante, como decorrência e complemento a todas as críticas e proposições do capítulo 5.

Na introdução deste trabalho, um entendimento bastante amplo do que aqui se advoga foi condensado e exprimido em uma única, mas esclarecedora frase: o futuro do Direito Privado é dar um passo atrás. Conseqüentemente, é esse também o futuro do Direito Contratual e do contrato. Mais que uma afirmativa, a frase agora representa uma constatação.

O que se propõe, finalmente, para a teoria do contrato, é que esse seja tomado em conta por seu *telos* essencial, originário. A proposta é simples, uma retomada da valorização do papel supremo do contrato, por muito esquecido ou sobreposto por “novos” institutos e interpretações: sua finalidade, seu fim.

Estes são, tão somente, a realização do objeto, da finalidade estipulada pelas partes. Nada mais que isso. O que não significa que o contrato se resume a isso, mas que é essa sua essência e seu *telos*, a prevalecer sempre. De nada adianta promover alguma forma de circulação de riquezas, concretizar algum de benefício social ou mesmo obter conciliação entre as partes sob certo aspecto, se elas não virem realizado o escopo do que acordaram. Se o fim contratual estipulado pelas partes não for atingido, desnecessário se torna o contrato. Isoladas, essas outras funções do contrato, importantes, mas assessórias, podem ser efetivadas de maneira muito mais adequada e eficiente por meio de outros institutos e instrumentos que não o contratual.

Por mais óbvia que essa argumentação possa parecer, ela se mostra, em verdade, imprescindível. Muito se tem esquecido que o contrato surgiu e apenas subsiste enquanto instrumento para consecução de propósitos específicos, determinados. Evidentemente, nos dias atuais, mais do que nunca o contrato é parte de uma realidade supercomplexa, e assim também se comporta para acompanhá-la e atendê-la. No entanto, as novas funções não podem sobrepujar aquilo no qual o contrato não subsiste sem: o fim definido pelas partes.

E ainda que esse fim faça parte de uma realidade complexa, e possa representar e proporcionar, em segunda análise, uma plêiade de funções, efeitos e significados, nada disso pode estar acima dele, na sua forma original.

O julgador deve, tão somente, conhecer e preservar o fim pretendido pelas partes, pois, caso assim não faça, estará subvertendo o próprio contrato; e, seguramente, estabelecerá condições e efeitos simulados e viciosos, implicando a produção de obrigações jurídicas que, em verdade, não guardam vínculo com a realidade e não suportam probabilidade de se efetivar. Em regra, se constatado não ser mais possível o atingimento do fim contratual pelos termos estabelecidos, novas condições só podem ser estabelecidas quando as partes assim concordarem ou numa das hipóteses previstas pelo Código Civil, tais como imprevisão (arts. 317 e 393 CC) e onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 CC).

E juridicamente, haveria como traduzir a finalidade em um conceito? Como bem pontuava Miguel Maria de Serpa Lopes, os atos humanos são praticados com uma causa ou motivação que os move, mas, diferentemente das ocorrências naturais, regidas pelas leis da natureza, em que a causa dos fenômenos é mecânica, como o fruto que cai da árvore, nos atos humanos ação decorre menos de um *porquê* e mais de um *para quê*, buscando atingir uma finalidade⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 481.

Nesse cenário, a discussão versa sobre o motivo e a causa que determinou a prática de terminado ato, mormente negócios jurídicos. Esses dois institutos, embora guardem proximidade, são distintos e não se confundem.

Os motivos são ligados à vontade psíquica do agente, e representam sempre os componentes internos, psicológicos de cada parte, e por isso são irrelevantes, em regra⁶⁰¹. Portanto, o motivo consubstancia a intenção da parte em firmar determinado contrato⁶⁰². Nesse sentido, não seria arriscado dizer que o motivo se relaciona com a base subjetiva do negócio jurídico e com a vontade do agente.

Por sua vez, a causa tem relação com a base objetiva do negócio jurídico e com a declaração de vontade. Segundo preceitua Emilio Betti, a causa consiste num interesse objetivo socialmente percebido e verificável, cujo o negócio deve corresponder⁶⁰³. Considerada a maior relevância, do ponto de vista da interpretação contratual, a causa pode ser considerada como o fim do negócio jurídico⁶⁰⁴.

Valendo-se de Karl Larenz, Fiuza apresenta bons exemplos dessa distinção. O primeiro é o da pessoa que adquire alianças de noivado, mas este vem a ser cancelado. O motivo da compra era o noivado. Contudo, por não configurar qualquer relevância ao negócio e ao vendedor, este motivo não pode interferir no contrato. Ainda que cancelado o noivado, o contrato deverá ser cumprido⁶⁰⁵.

Já na compra e venda, o motivo seria a razão pela qual uma parte está querendo vender e a outra querendo comprar; diz respeito às necessidades de cada uma delas⁶⁰⁶. Não se confunde, pois, com a causa, que é a *razão de ser jurídica* do contrato; e o motivo é interno, varia de pessoa para pessoa⁶⁰⁷.

Numa compra e venda de imóvel residencial, por exemplo, o fim do contrato não é a realização do direito fundamental à moradia do comprador nem a concretização do sustento do vendedor, mas sim a transferência efetiva e eficaz da propriedade mediante contrapartida financeira equivalente ao preço, sendo esse vínculo jurídico elemento natural do contrato (objeto).

⁶⁰¹ É o que indica o art. 140 do Código Civil: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expreso como razão determinante”.

⁶⁰² FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 554.

⁶⁰³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 252.

⁶⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986. p. 129.

⁶⁰⁵ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 554.

⁶⁰⁶ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 554.

⁶⁰⁷ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 554.

Dessa maneira, numa locação por temporada em função de um evento específico, por exemplo, caso o evento seja cancelado, perde-se o fim do contrato, sua base objetiva, não sendo exigível, portanto, sua execução pelo locatário.

Apesar dessa diferenciação, ainda restam indagações objeto de pesquisa pela doutrina jurídica civil: A causa se confunde com o fim do contrato? A causa seria elemento do negócio jurídico?

Não obstante a pluralidade e relevância de outros pensamentos, pode se afirmar que há duas correntes principais que defendem posições distintas da análise do papel da causa: a dos causalistas e a dos anticausalistas. A primeira, iniciada em Pothier, defende que todos os negócios jurídicos têm como imprescindível a causa. No direito francês, só existem negócios causais, definindo-se a causa “como sendo o fim imediato e direto a que se propõe o que se obriga; e esse fim é o que se propõem todos quantos celebram um contrato de espécie declarada”⁶⁰⁸.

A seu turno, a perspectiva anticausalista se desenvolve no direito alemão, visto que o BGB contempla tanto os negócios abstratos quanto os causais, não reconhecendo, assim, a causa como elemento essencial a todo negócio jurídico. Porém, isso não implica dizer que o BGB não admita a existência da causa, mas sim que não atribui a ela papel de protagonismo em todos os negócios com o faz o direito francês.

E o que seriam negócios jurídicos causais e negócios jurídicos abstratos?

Negócios jurídicos abstratos podem ser definidos como aqueles cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa, são obrigatórios de maneira autônoma à causa; eles têm, portanto, causa, mas sua causa é juridicamente irrelevante para a validade ou a eficácia; e se caracteriza pela forma, e não pelo conteúdo⁶⁰⁹.

Ou seja, um negócio jurídico abstrato gera obrigação autônoma, desvinculada da causa, de modo que a demonstração da existência dessa é irrelevante para seu cumprimento. Exemplos seriam a nota promissória e o aceite de uma letra de câmbio.

Já os negócios causais são fundados na causa, sendo ela requisito essencial do negócio, e apurada de forma fixa e incindível⁶¹⁰. Se caracterizam por terem elemento categorial inderrogável objetivo (objeto típico)⁶¹¹. O exemplo típico de negócio causal é o contrato. Nesse

⁶⁰⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

⁶⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 141.

⁶¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 361.

⁶¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 145.

sentido, é possível atribuir à causa papel central no Direito Contratual. E esse ponto é que pertine ao presente trabalho, independentemente de se tomar partido de qual conceito de causa mais adequado ou aceito⁶¹²

Em razão disso, César Fiuza aduz que que o fim do contrato se confunde com o objeto do ato jurídico, com sua causa final⁶¹³. Por isso também, a correta interpretação de um contrato deve sempre, acima de tudo, levar em conta qual seu fim. É esse o fundamento do modelo de contrato aqui proposto: o privilégio e o protagonismo do fim, do *telos* contratual.

Por isso, o termo que se propõe ao modelo apresentado é o “teleológico”, pelo protagonismo atribuído ao fim do contrato. Para ser mais exato, a alternativa proposta é o *Modelo Teleológico Privado de Contrato*. Mas por que a inclusão do termo “privado”?

Embora possa, num primeiro momento, soar desnecessário e redundante, visto ser o objeto contratado pelas partes o fim do negócio, é preciso reafirmar a natureza privada do acordo num cenário majoritariamente civil constitucional e solidarista, como o que se enfrenta no Brasil. A finalidade do contrato não pode ser interpretada de acordo com uma função social ou econômica que proporcionem o maior benefício à sociedade a despeito do que foi definido e almejado pelas partes, como apregoam essas doutrinas. As funções social e econômica de um contrato estão vinculadas à causa final do negócio, ainda que os efeitos econômico-sociais transpassem aquilo que as partes celebraram – como quase sempre acontece.

A interpretação de contratos paritários deve ser pautada pelo respeito ao exercício da autonomia privada, considerando sua gradação máxima na relação. Deve-se sempre ter em mente que o contrato é instituto privado e assim deve ser visto, com base nas regras de Direito Privado. Dessa forma, ficam restritos os intervencionismos, numa estipulação mais contida e regulada do dirigismo contratual. A discricionariedade do julgador fica adstrita à aplicação das regras do Direito Privado e do Direito Civil na medida do que for cabível para a preservação do fim contratual, sem extrapolações e extensões principiológicas das dinâmicas da boa-fé e da função social.

A boa-fé deve ser considerada como preceito ético a pautar os atos e as relações, mas nunca uma exigência de concretização do interesse social pelas partes, para além do dever de não causar danos à coletividade. A boa-fé é essencial para garantir a confiabilidade das relações, mas sempre voltada para a preservação da segurança jurídica do contrato, combate a condutas

⁶¹² Para maior detalhamento e compreensão do caráter complexo e plurívoco da causa, consultar: LOPES, Christian Sahb Batista. A causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial. In: FIÚZA, C. A. C., RODRIGUES JÚNIOR, O. L., CARVALHO NETO, F. C.. (Org.). **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB: Direito Civil I**. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 52-73.

⁶¹³ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 554.

oportunistas. É instituto jurídico privado fundamental destinado a propor soluções relativas às relações privadas, e não porta de entrada escancarada à passagem dos direitos fundamentais ao cômodo do Direito Privado.

Como bem pontua Paula Forgioni, a boa-fé não pode ser empregada em nome da amorfa busca pela justiça social, e tampouco pode ser aplicada de maneira a retirar do agente econômico a sagacidade e a estratégia negocial que lhe são peculiares⁶¹⁴.

A boa-fé é, assim, mais um importante instrumento de tutela do estabelecimento da confiança nos contratos enquanto instrumento de consecução dos objetivos estipulados pelas partes. Afinal, mesmo a concepção do dever de cooperação das partes, imposto pela boa-fé, é desenvolvido para exigir delas uma atuação cooperativa para dar total efetividade ao contrato, ou seja, fazer com que sua finalidade seja alcançada.

Por seu lado, a função social também sempre está vinculada à realização do fim do contrato, à base objetiva desse instrumento, e não a funcionar como ferramenta de efetivação de interesses sociais difusos e da ordem pública – a onipresente “justiça social”. Assim como a boa-fé, pode sim servir de reforço à observância dos preceitos constitucionais, mas não como ferramenta para concretização e aplicação direta dos direitos fundamentais.

Na perspectiva teleológico-privada, preserva-se a autonomia epistemológica do Direito Civil, impedindo a subversão de sua lógica pela constitucionalização. Consequentemente, a autonomia privada é consagrada em face das intromissões de fundamento constitucional.

Além disso, o respeito ao objeto contratual estipulado pelas partes no exercício de sua autonomia privada permite – e exige – que os julgadores, no processo decisório, façam sempre uma análise dos impactos econômicos da sua interferência na relação, pela consideração da AED. Até porque, como já citado, a própria Economia preceitua que a finalidade econômica ideal de uma relação *win-win* entre as partes é sempre mais facilmente alcançada se elas forem livres para definirem os termos e o escopo dos contratos da forma como lhe convenham.

Essa situação não é possível no modelo solidarista, pois a “solidariedade” e a constitucionalização impõem que o fim do contrato seja a concretização do interesse social e a realização dos direitos fundamentais, independentemente do impacto econômico e jurídico que isso possa provocar.

Em conclusão, o que se propõe é um modelo que privilegie o exercício da autonomia privada das partes e preserve a autonomia epistemológica do Direito Civil, de modo que a

⁶¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 311.

interpretação de um contrato se pautado sobretudo pela sua finalidade; enfim, um Modelo Teleológico Privado de Contrato.

6.2. Critérios de aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais paritárias

Embora o Modelo Teleológico Privado de Contrato seja capaz de atrelar e condicionar as intervenções judiciais ao fim contratual estabelecido pelas partes, ainda se faz necessário eliminar a ameaça de manipulação jurídica dos interesses das partes a permitir uma interferência irrestrita do Judiciário.

Isso porque, se mantida a perspectiva da eficácia direta dos direitos fundamentais na jurisprudência nacional, as relações contratuais seguirão sendo invadidas pela imposição solidarista e civil-constitucionalista de *concretização* dos preceitos constitucionais em prejuízo do interesse e das condições estabelecidos pelas partes. Em consequência, a própria autonomia epistemológica do Direito Civil restaria comprometida.

O Modelo Teleológico Privado poderia não ser tão eficiente, pois a sistemática constitucional continuaria sendo aplicada diretamente para solucionar conflitos contratuais em lugar da sistemática privada. É preciso alcançar efetivamente uma dinâmica de aplicação primária e preferencial do Direito Privado às relações contratuais, mantendo-se a consideração da eficácia constitucional de maneira secundária e residual.

Para tanto, é preciso então que a teoria da eficácia direta seja rechaçada, ao mesmo tempo em que se mantenha a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Dessa forma, a exemplo da sistemática alemã, propõe-se que a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais seja a teoria aceita e aplicada no Direito brasileiro.

Relembra-se que essa teoria sustenta a impossibilidade de os direitos fundamentais irradiarem efeitos diretos e absolutos nas relações interprivadas, pelo que as normas de direitos fundamentais necessitam de intermediação para produzirem seus efeitos nessas relações.

Ou seja, é tarefa primária do legislador a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares. Afinal, deve-se ter em mente que os destinatários das normas dos direitos fundamentais são, primordialmente, o Estado e seus órgãos⁶¹⁵.

⁶¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 55.

Nesse sentido, é sim permitido ao Judiciário também ser agente do Estado a levar em conta os direitos fundamentais na interpretação do Direito Privado. Os direitos fundamentais informam a prática judicial, mediante o fornecimento de parâmetros interpretativos de que se valem os julgadores quando defrontados com uma situação concreta de violação ou com um texto normativo dúbio.

É com base nessa solução adotada na Alemanha que se pretende garantir a completude do modelo proposto alternativamente à constitucionalização do Direito Civil. Porém, essa teoria encontra no presente trabalho uma ponderação e um ajuste essenciais à eficácia da proposta. Isso porque, da forma como a teoria indireta ou mediata é concebida, aplicada de maneira pura, ela transparece uma estrutura que igualmente permite de maneira nebulosa a aplicação imediata/direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

É pertinente afirmar, como o fazem alguns críticos⁶¹⁶, que pela teoria mediata seria igualmente possível os Direitos Privado e Civil perderem sua autonomia epistemológica e serem pautados pela constitucionalização, assim como ocorre na teoria direta ou imediata. Estando livre o legislador para promover a “adequação” do Direito Privado à Constituição, a submissão do Direito Civil ao Direito Constitucional também é possível, podendo também manipular a legislação para “converter” a finalidade do contrato a uma consecução do interesse social, naquilo que a Constituição determina como objetivo – contrato como ferramenta de política pública e justiça distributiva.

Da mesma maneira, o Judiciário poderia submeter o interesse das partes ao que a Constituição promove como interesse social a ser alcançado sob o fundamento de ser ele o mediador capaz de aplicar diretamente os direitos fundamentais, sobretudo se existir, previamente, a legislação nesse sentido.

Em razão disso, é que a forma de intermediação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais deve estar vinculada e condicionada ao fim do contrato estabelecido pelas partes, e não por intervenções legislativas e/ou judiciais arbitrárias no âmbito de atuação privado. Daí é que o Modelo Teleológico Privado deve ser sempre considerado, pois garante exatamente que esse fundamento seja estritamente respeitado.

Esse raciocínio vai até mesmo ao encontro do que Karl Larenz, um dos principais nomes da jurisprudência dos valores, defendia em sua visão do Direito Civil: “O juiz não deve impor

⁶¹⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 315-316. SMITS, Jan. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (Ed.). **Constitutionalisation of private law**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. p. 14, 15-16.

seus próprios módulos às partes, que determinam por si o conteúdo do contrato no âmbito de sua autonomia privada, mas apenas levar a termo a ponderação de valorações *em que elas se basearam*⁶¹⁷.

O que se desenvolve, portanto, é uma relação de mútuo apoio e complementação entre o Modelo Teleológico Privado e a teoria da eficácia indireta/mediata. O Modelo Teleológico Privado não é suficiente, sozinho, para impedir que as relações privadas não sejam submetidas às ingerências autoritárias do Direito Público. Por sua vez, a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais também necessita de um modelo jurídico-hermenêutico de contrato que impeça que as mediações legislativas e judiciais dos direitos fundamentais mascarem uma eficácia direta e permita por vias tortas igual intervencionismo, com inovações legais que submetam o interesse e a atuação das partes ao interesse público e à concretização do plano constitucional.

Essa sistemática propõe uma dinâmica em consonância com o cenário dicotômico e ao mesmo tempo convergente do Direito em Público e Privado. A relação e a interação entre o Direito Público e o Direito Privado exige que certos critérios e limites sejam estabelecidos de lado a lado, pelo fato de a fronteira entre esses campos estar cada vez mais nebulosa, como exposto no primeiro capítulo.

E é exatamente isso que, no âmbito contratual, a conjunção entre o Modelo Teleológico Privado e a teoria da eficácia indireta ou mediata promove: o modelo contratual é face do Direito Privado a estabelecer limites e critérios para que seja preservada sua autonomia epistemológica e a autonomia privada, ao passo que a teoria da eficácia mediata é face do Direito Público que garante o respeito mínimo aos requisitos constitucionais, de forma a *proteger* os direitos fundamentais de alguma *ofensa direta*.

Nessa conjuntura, é desenvolvida uma dinâmica da mútua limitação e cooperação entre o público e o privado, numa espécie de relação de *checks and balances*, em que os centros de cada um dos campos preservam sua autonomia e impedem invasões pelo outro. Mais especificamente, a teoria da eficácia indireta garante que as relações individuais respeitem preceitos básicos de civilidade e convivência, protegendo os direitos fundamentais de ofensas diretas, servindo como base para a estruturação de sistemática privada que coíba abusos de direito. A seu turno, o Modelo Teleológico Privado de Contrato preserva a autonomia epistemológica do Direito Civil e vincula e condiciona as intervenções nas relações contratuais

⁶¹⁷ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Caracas: Edersa, 1978. p. 746.

ao respeito à autonomia privada e ao que foi pré-acordado pelas partes, devendo elas se responsabilizarem pelas suas escolhas e pelas consequências do seu livre campo de atuação.

Ou seja, às partes é vedado o estabelecimento de acordos que firam direitos fundamentais ou não de terceiros, bem como não é permitido a imposição, uma a outra, de condições que impeçam o exercício da autonomia privada por uma delas no âmbito da relação contratual. Afora isso, a atuação e as escolhas das partes devem ser respeitadas, cada uma arcando com as consequências de seus atos. As normas de Direito Privado devem ser protagonistas e prioritárias na resolução de litígios de relações contratuais.

Numa relação contratual, os direitos fundamentais devem ser respeitados, sendo possível expandir juridicamente sua proteção por meio da sistemática privada. Porém, *proteção* difere de *concretização*, de forma que as partes são livres para buscarem seus objetivos de acordo com o declarado no contrato. Isto é, deve-se apenas garantir que a autonomia privada de uma das partes não tenha sido prejudicialmente restringida; feito isso, devem os contratantes assumir os riscos por suas escolhas, ainda que, no exercício da sua autonomia privada, aceitem limitar e/ou dispor dos seus direitos fundamentais.

Dessa forma, não havendo ofensa direta a direitos de terceiros, nem desproporcionalmente restringida a autonomia privada, as partes podem até mesmo abdicar de direitos fundamentais, quando feito no livre exercício de sua autonomia, até porque, as incompletudes negociais e os riscos assumidos pelas partes constituem a própria natureza dos contratos.

Presentes os critérios de existência, validade e eficácia, não modificadas as circunstâncias negociais a ponto de ensejar alguma das hipóteses do Código Civil, respeitados os direitos de terceiros e preservada a autonomia privada das partes, o que *exige* proteção e realização é o *telos* contratual, nada além.

Apenas no caso de insuficiência da sistemática privada – em raríssimas e casuísticas situações, portanto – pode-se lançar mão da sistemática constitucional, isto é, torna-se possível sua aplicação *subsidiária*.

6.3. A possibilidade de realização de direitos fundamentais por meio dos preceitos e funções do Direito Contratual

Considerando essa sistemática proposta, pode um perguntar: se os direitos fundamentais não detêm eficácia direta nas relações contratuais e o fim do contrato não está submetido à realização desses direitos constitucionais, significa que, no âmbito contratual, não se permite

concretizar os direitos fundamentais? A resposta é negativa, pois é plenamente possível a efetivação de direitos fundamentais por meio de relações contratuais.

Sustentar posição diferente seria absurdo, afinal, é fato que, não raro, os particulares buscam indiretamente concretizar interesses anexos a direitos fundamentais numa relação contratual. O simples exercício da autonomia privada para a elaboração de um negócio jurídico já concretiza, por si só, o amplo direito fundamental à liberdade. O contrato serve sim, também, como instrumento de efetiva realização de direitos fundamentais.

Contudo, essa concretização dos direitos fundamentais é feita de maneira indireta, por meio do exercício da autonomia privada pelas partes. Se os indivíduos, ao atuarem autonomamente na busca de seus interesses, decidirem se valer de instrumentos negociais para a realização indireta de um direito fundamental, esse direito será sim concretizado, desde que decorra do fim contratual estipulado pela declaração de vontade das partes.

Portanto, será a autonomia privada o instrumento de realização dos direitos fundamentais, quando coincidentes com o *telos* do contrato. Isto é, a concretização dos direitos fundamentais é consequência do atingimento da finalidade contratual, mas com esta não se confunde.

Como bem pondera Konrad Hesse, onde “o direito privado deixa mais liberdade do que direitos fundamentais, essa liberdade não deve ser restringida por uma vinculação aos direitos fundamentais”⁶¹⁸.

As normas jurídicas de Direito Privado não podem ser superpostas pelas normas constitucionais; a autonomia privada deve ser protegida, para que, em decorrência, a essência do Direito Privado e do próprio instituto contratual seja preservada.

⁶¹⁸ HESSE, Konrad. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p.286.

CONCLUSÃO

Como visto, a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é consentânea do fenômeno do protagonismo constitucional do pós-guerras. Decorre disso a tese de defesa da constitucionalização do Direito.

Essa mesma corrente propõe a superação da dicotomia Direito Público e Direito Privado, de forma que os campos do Direito se tornariam “uma coisa só” pelo caminho da constitucionalização. Ou seja, a constitucionalização não passa de uma “publicização” do Direito Privado e do Direito como um todo. O que se percebe, de fato, é que essa “unificação” surge justamente para esvaziar o Direito Privado e reduzir a esfera de autonomia do indivíduo, garantida milenarmente justamente pela metódica privatística e pelo Direito Civil.

Essa tese tem conduzido a grandes abusos por parte do Estado, cada vez mais interventor na esfera privada pelo seu braço juiz, com a expansão de um ativismo judicial danoso. O que se vê é uma perda de espaço do agir autônomo, um empobrecimento da livre iniciativa, ambos fundamentais a qualquer sociedade civilizada.

Na mesma esfera, a defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é feita pela doutrina do direito civil constitucional, submetida a uma funcionalização solidarista. Em evidente prejuízo à segurança jurídica, o civil-constitucionalismo defende a reestruturação do Direito Privado em torno de um atendimento à “coesão social”, recorrendo indiscriminadamente aos princípios e às cláusulas gerais como abertura – esgarçamento, em verdade – do Direito Civil à entrada dos direitos fundamentais aplicados judicialmente.

O Direito Civil se vê substituído pelo Direito Constitucional, que passa a regular a vida cotidiana dos cidadãos. E nesse contexto, todas as interpretações e decisões judiciais estão justificadas pela máxima efetivação constitucional.

O Direito Contratual é especialmente afetado, considerando sempre ter sido a seara de maior expressão do agir individual, livre de interferências externas, mormente do Estado. A dogmática civil constitucional promove um modelo solidarista de contrato que, a contrassenso da natureza do próprio instituto, o transforma em instrumento totalmente aberto a revisões e interferências judiciais. O Direito Contratual se transforma em ferramenta de realização de política social, e tem seus institutos basilares – clássicos e contemporâneos – distorcidos em favor de uma socialização das relações contratuais.

No modelo solidarista, o contrato é funcionalizado não para atender aos interesses das partes, mas aos da sociedade. Transforma-se um instituto privado em instrumento de realização social. Confunde-se o caráter não absoluto da autonomia privada com um em que ela se

encontra restrita, fortemente limitada por interesses da sociedade. A função social do contrato e a boa-fé objetiva perdem o sentido, e são utilizadas como carta coringa. Mais gravosamente, até mesmo a dignidade humana é banalizada, passando de axioma valorativo a sofisma jurídico, pois se ela tudo é e a tudo fundamenta, nada, afinal, ela será.

As intervenções nas relações contratuais passam a ser ilimitadas; afinal, a concretização constitucional deve ser plena, e a eficácia dos direitos fundamentais se dá por via direta, permitindo que a todo instante o magistrado revise e interfira no contrato para “tutelar” os direitos fundamentais de uma parte. Mesmo em se tratando de relações paritárias, objeto do presente trabalho, em que são ausentes partes vulneráveis, o critério segue o mesmo: “preservar” a dignidade humana e realizar os direitos fundamentais das partes.

O resultado imediato é a perda da segurança jurídica das relações contratuais e, até mesmo, da confiança dos indivíduos e dos agentes do mercado no instituto contratual. O contrato passa a correr sério risco de ficar restrito a número reduzido de interações comerciais e transações. A verdade é que a própria livre iniciativa fica seriamente ameaçada.

Além disso, como o modelo solidarista de contrato busca a todo custo a concretização dos direitos fundamentais e a redistribuição dos benefícios contratuais à sociedade, ele não permite seja feita, no momento decisório, a tão necessária análise econômica dos desdobramentos, dos custos e dos efeitos às partes, a terceiros e a toda a sociedade. A insegurança jurídica é transposta a toda a sociedade, ultrapassando a esfera das partes e dos agentes que atuam naquele determinado contexto econômico.

Aqueles que advogam pela tese civil constitucional e pelo modelo solidarista de contrato argumentam que as bases da autonomia privada estariam mantidas, já que tão bem permitem a livre realização do indivíduo; mas agora, ela deve ser limitada e exercida com base nos valores constitucionais e nos interesses sociais. Os civil-constitucionalistas desenvolvem o novo Direito Contratual por meio de uma releitura constitucional do próprio contrato, mas quando tentam descrevê-lo/conceituá-lo recorrem exatamente a seus preceitos e pilares clássicos.

Isto é, eles desejam as duas coisas – a eficiência e os valores do Direito Privado que garantem a liberdade e a autonomia do indivíduo, mas sem ficarem limitados pela sua metódica e suas regras. Não compreendem, portanto, que essa eficiência do Direito Privado em preservar e garantir a liberdade e a autonomia individual depende e é consequência justamente da autonomia metódica e epistemológica do Direito Civil.

É indispensável, então, que o Direito Privado retome seu papel de regulador central da vida comum dos indivíduos, e que o Direito Civil retorne ao centro do ordenamento privado. Uma vez restituída a autonomia epistemológica e retomada a metódica do Direito Privado, seus institutos recuperarão a concepção, a função e a eficiência que sempre detiveram, inclusive o Direito Contratual e o próprio contrato.

Para a retomada do papel do Direito Contratual e do contrato é preciso modelo que preserve a autonomia e os interesses das partes consubstanciados no objeto contratual. E esse modelo, na proposição deste estudo, seria o *Teleológico Privado*, que pauta e limita a interpretação e revisão contratuais a seu fim, seu objeto, ao que as partes acordaram como almejado, sempre de acordo com o regramento privado e o Direito Civil.

É também o *Modelo Teleológico Privado* o que permite a verificação das implicações econômicas no caso intervenção judicial, possibilitando com maior eficiência abertura à aplicação do método da Análise Econômica do Direito. Como a restrição imposta à interpretação judicial refere-se ao objeto do negócio acordado pelas partes, haveria, de início, uma contenção dos impactos econômicos nas partes, resguardando terceiros e a sociedade como um todo. Caso seja necessária extrapolação do objeto contratual, o modelo permite ao magistrado avaliar os impactos de sua decisão para terceiros, para o mercado e para toda a sociedade, de forma a evitar repasse de custos à sociedade e ocorrência de externalidades negativas a todo um setor de mercado.

Evidentemente, o Modelo Teleológico Privado não resolve toda a questão, pois a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais permitiria uma extrapolação do objeto contratual irrestrita. Por isso, acoplada ao Modelo Teleológico Privado de contrato, está a aplicação da *teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais* nas relações privadas. Com a teoria da eficácia indireta, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria efetivada pelo Executivo e pelo Legislativo, mantendo o contrato indene de interferências judiciais autoritárias e esparoladas. Apenas em casos verdadeiramente extremos e inequívocos, o Judiciário estaria permitido a intervir na relação contratual para tutelar direito fundamental gravemente ofendido.

A dinâmica conjunta de ambos permite que os contratos sejam preservados em sua base objetiva, sem que se permita, contudo, abusos e afrontas diretas a preceitos constitucionais básicos, protegidos pela legislação infraconstitucional. A eficácia indireta conjuntamente com o Modelo Teleológico de Contrato impede que a legislação de efetivação dos direitos fundamentais crie margem para inobservância da finalidade do contrato estipulada pelas partes.

Assim como se dá com o contrato, o Direito Contratual vê preservados seus institutos essenciais, tais como segurança jurídica, autonomia privada e principiologia contratual privada.

Por óbvio, não se pretendeu esgotar por completo a temática, mas tão somente realizar reflexão e propor alternativas que propiciem uma concretização dos direitos fundamentais sem que se atente fatalmente contra os preceitos e a metódica do Direito Privado e, especialmente, do Direito Contratual e do contrato.

Por isso, os modelos e as alternativas propostos não se apresentam como solução mágica e absoluta ao problema identificado, mas sim como hipótese falseável e aberta a críticas, como deve ser. Evidentemente, uma proposta de abordagem alternativa a um cenário tão abrangente quanto o apresentado merece aprofundamento e aperfeiçoamento. Considera-se que pontos centrais e de maior impacto do problema foram abordados, de forma que a hipótese, longe de carregar consigo status de solução ampla e definitiva ou panaceia, opera como indicação e abertura do caminho a ser seguido e pavimentado.

A ampla aceitação da doutrina civil constitucional e do solidarismo contratual no Brasil demonstra que a “releitura”, a “atualização” do Direito Privado foi longe demais. É preciso parcimônia no processo de “modernização” de searas e institutos jurídicos; o atual cenário exige que seja dado passo atrás, um recuo prudente de volta às trilhas centrais do Direito Privado.

Em palavras diretas: é chegada a hora de preservar o instituto contratual, promovendo-se, para tanto, a indispensável reprivatização do Direito Contratual e do próprio contrato.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 40, 121. 8 out. 1997. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1997/10/rs19971008_1bvr000997.html> Acesso em: 27 maio 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon, 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos – contratos: princípios e limites**. Coleção doutrinas essenciais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Parecer. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e contratos – contratos: princípios e limites**. Coleção doutrinas essenciais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1203.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Noções gerais e formação da declaração negocial. Tese para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, n. 1. p. 355-364, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>> Acesso em: 26 jul. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, jan./dez. 2007. p. 586.

BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 904, p. 41–72, fev., 2011.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 919. p. 127-196, maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, n. 240. p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>> Acesso em: 30 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. In: VASSALLI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, 1960.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do Projeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57. dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.603. Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 261.155/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior - Segunda Seção. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2004. p. 48, 51. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 431.106/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Quarta Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 768.118. Relator: Ministro Luiz Fux - Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 mar. 2008. p. 8-9. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 16 nov 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.363.368. Relator: Luís Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 nov. 2014. Disponível: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1363368&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 549 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/3210>> Acesso em: 18 nov.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio - Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 maio 1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 jun. 2004. p. 579. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 363.889/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 jun. 2011. p. 1-2. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 600.392/PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski - Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 605.709/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 612.360/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie – Plenário Virtual. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**: sociedades civis, sociedades cooperativas, empresas, estabelecimento comercial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 51, n. 312, dez./out. 2003.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Jairo Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, n. 4, 1937.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, n. 3, 1960.
- COLLINS, Hugh. Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization. **London School of Economics Legal Studies Working Paper**. n. 6. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1011727>> Acesso em: 05 nov.2018.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- COUTO E SILVA, Clóvis V do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los límites de los derechos fundamentale na las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madri: Centreo de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo - AC 20110111045065**. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo - Primeira Turma Cível. 14 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 684018/20130020096965AGI**. Relator: Desembargador Flávio Rostirola - Primeira Turma Cível. 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 477857/20090710022484APC**. Relator: Desembargador Jair Soares. Des. Revisor José Divino de Oliveira - Sexta Turma Cível. 2 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - APC 2006071019377-9**. Relatora: Juíza Leila Arlanch, Brasília, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - APC 20100112192574**. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo - Primeira Turma Cível. Brasília: 21 out. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo - AC 0009578-32.2011.8.07.0001**. Relator: Desembargador Sandoval Oliveira - Quinta Turma Cível. Brasília: 2 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor. **Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung** – Festschrift zum 75. Munique: Geburtstag von Hans Nawialski, 1956.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do campo jurídico**: juristas e usos do Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El solidarismo contractual en Francia y la Constitucionalización de los contratos en Colombia. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 16, jul. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FISCH, Willian B.; KAY, Richard S. The Constitutionalization of Law in the United States. **University of Missouri School of Law Scholarship Repository**. v. 46. 1998. pp. 437-462. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=facpubs>> Acesso em: 15 nov. 2018.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FORGONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos**: direito civil e empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; ALMEIDA, Victor Duarte. O procedimento judicial contratualizado no Código de Processo Civil de 2015. *In*: LEAL, André Cordeiro; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.) **Jurisdição e técnica procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. *In*: GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Orlando. **Novos temas do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GORDLEY, James. **Foundations of Private Law**: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRIMM, Dieter. La Constitución como fuente del derecho. *In*: BARATTA, A; GRIMM, D.; LLORENTE, F. Rubbio (Orgs.). **Las fuentes del derecho**. Barcelona: Anuario de La Facultad de Derecho de Lleida, 1983.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HESSELINK, Martijn W. Private Law and the European Constitutionalisation of Values. **Amsterdam Law School Research Paper**. n. 26. 2016. Centre for the Study of European

Contract Law Working Paper Series. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2785536>>
Acesso em: 15 nov.2018.

HITCHENS, Christopher. **Uma biografia**: os direitos humanos de Thomas Paine. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

HORWITZ, Morton J. **The transformation of American Law**: 1780-1860. London: Harvard University Press, 1977.

KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford Scholarship Online, February 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Caracas: Edersa, 1978.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, José Florentino Marques. **Dicionário latino vernáculo**: etimologia, literatura, história, mitologia, geografia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lux, 1958.

LOPES, Christian Sahb Batista. A causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial. *In*: FIÚZA, C. A. C., RODRIGUES JÚNIOR, O. L., CARVALHO NETO, F. C.. (Org.). **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB: Direito Civil I**. 1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 52-73.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian R. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, n. 485, 1985.

MAINE, Henry James Sumner. **Ancient Law**: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. 10. ed. Londres: John Murray, 1908.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista de Direito GV**, v. 1, n. 1, maio, 2005.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Boinato. **Direitos de personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 5, n. 19, jul./set., 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo - AC 1.0707.11.001741-5/002**. Relator: Desembargador Tibúrcio Marques - Décima Quinta Câmara Cível. 13 jun. 2013. p. 4-5. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 1, jul./dez., 1991.

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

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Andrade. Apontamentos sobre a solidariedade no sistema de direito privado. **Revista de Direito Privado**, n. 17, jan./mar., 2004.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípios Constitucionais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42: abr./jun. 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. **Grundrechte und Privatrecht**. Scherpe, 1961.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAINÉ, Thomas. **Direitos do homem**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

PAINÉ, Thomas. Letter Addressed to the Adressers on the Late Proclamation. In: FOOT, Michael; KRANICK, Isaac (ed.). *The Thomas Paine Reader*. Londres: Penguin Classics, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Nota da atualizadora, Maria Celina Bodin de Moraes. s.p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Guilherme. Juristas divergem sobre constitucionalidade de arbitragem prevista na lei das S.A. **Jota**, Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/juristas-constitucionalidade-arbitragem-lei-s-a-25042018>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. ou CASTELAR. **Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto?** In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, 2010.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo - AC 0028523-63.2009.8.19.0208**. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva - Nona Câmara Cível. 2 abr. 2013. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70047611736**. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack - Décima Segunda Câmara Cível. Porto Alegre, 6 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 70040172686**. Relatora: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins - Décima Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 251772-57.2013.8.21.7000**. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos - Décima Quinta Câmara Cível. 11 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo - AC 0237083-66.2017.8.21.7000**. Relator: Desembargador Adriana da Silva Ribeiro - Décima Quinta Câmara Cível. 13 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição da *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5. n. 2. Jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>> Acesso em: 29 jul. 2018.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos: 2003.

ROSENFELD, Michel. Contract and justice: the relation between classical contract law and social contract theory. **Iowa Law Review**, n. 70, v. 768, 1985.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno. **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - AC 0001708-19.2013.8.26.0006**. Relator: Desembargador Ronnie Herbert Barros Soares - Décima Câmara de Direito Privado. 8 ago. 2017. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - Agravo de Instrumento 2167872-79.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Cesar Luiz de Almeida. 02 out. 2018. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo - Agravo de Instrumento 2251558-66.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. 10 jan. 2019. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo – Embargos de Declaração 2068708-44.2018.8.26.0000**. Des. Rel. Marcondes D'Angelo. 14 fev. 2019. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo 9112793-79.2007.8.26.0000**. Des. Rel. Mônaco da Silva. 12 jun. 2013. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novíssimo dicionário latino-português**: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc. 10. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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 as pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgar Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. **Estudos de direito privado: Liber Amicorum** para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Granada: Comares, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. [E-book].

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SMITS, Jan. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (Ed.). **Constitutionalisation of private law**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

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

STONE, Adrienne; HILL, Graeme. The Constitutionalisation of the Common Law. **Adelaide Law Review**. v. 24. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1660236>> Acesso em: 31 out.2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRÉ, François et al. **Droit civil**. Les obligations, Paris: Dalloz, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros Interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.72.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Aspectos gerais: pressupostos teóricos do novo Código Civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 2 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opinioao-60-anos-luth-autocontencao-judicial>> Acesso em: 30 set. 2018.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino-português**. 2. ed. Porto: Maranus, 1942.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madri: McGraw-Hill, 1997.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107, jun./dez. 2011/2012.

VILLELA, Joao Baptista, Prefácio. In: LOPES, Chistian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano XX. n.234. abr./dez., 1975.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça/Via Lettera, 2009.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5. ed. Milano: F. Vallardi, 1934.

WALD, Arnaldo. O Novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21. jul./set., 2003.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WILLIAMSON, Oliver E. The firm as a nexus of treaties: an introduction. In: AOKI, Masahiko; GUSTAFSSON, Bo; WILLIAMSON, Oliver E. (orgs.). **The firm as a nexus of treaties**. London: Sage Publications, 1990.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. New York: Cambridge University Press, 2008.

ZWEIG, Stefan. **The world of yesterday**. Nebraska: University of Nebraska Press, 2013.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: _____. **Direito e economia** – Análise económica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia** – Análise económica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.