

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM  
DIREITO**

**O público e o privado nos contratos civis**

**Maria Cristina Kunze dos Santos Benassi  
2019**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**MARIA CRISTINA KUNZE DOS SANTOS BENASSI**

**O PÚBLICO E O PRIVADO NOS  
CONTRATOS CIVIS**

Dissertação submetida à Universidade Metodista de Piracicaba para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Richard P. Pae Kim

**PIRACICABA 2019**

**MARIA CRISTINA KUNZE DOS SANTOS BENASSI**

**O PÚBLICO E O PRIVADO NOS CONTRATOS CIVIS**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Professor Doutor Richard P. Pae Kim (orientador) Instituição: UNIMEP**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Assinatura: \_\_\_\_\_**

**Professor Doutor José Renato Martins Instituição: UNIMEP**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Assinatura: \_\_\_\_\_**

**Professor Doutor Renato Siqueira de Pretto Instituição: PUCAMP**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Assinatura: \_\_\_\_\_**

**Piracicaba, 18 de fevereiro de 2019**

Dedico esta obra a meu marido, Marcos Antônio Benassi, meu incansável mentor no trabalho e nos estudos, meu companheiro de vida e aventuras, meu eterno amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela oportunidade de aprendizagem evolutiva.

Ao professor doutor Richard Pae Kim, que me aceitou como sua orientanda, pelo exemplo e incentivo ao estudo do Direito Constitucional, além da sólida contribuição nos meus escritos acadêmicos.

A todos os demais professores do curso, especialmente aos doutores José Luiz Gavião de Almeida e Luís Renato Vedovato, mestres queridos que sempre estarão em minhas preces.

Aos doutores Eduardo Luís Leite Ferraz, José Renato Martins e Renato Siqueira de Pretto pela disponibilidade em atender às minhas bancas de qualificação e de defesa.

Aos funcionários da Coordenação de Pós-Graduação pela atenção dispensada, e especialmente à funcionária Sueli Catarina Verdicchio Quilles, sempre gentil e incentivadora.

A todos os colegas de curso, em especial os amigos Washington Eduardo Perozim da Silva e Roberta Ceriolo Sophi, companheiros de estrada, anjos sem asas enviados por Deus para que essa jornada fosse mais feliz e segura.

A meu querido filho José Eduardo Cantão dos Santos Albuquerque, a perfeita descrição moderna do que é ser um homem de bem, arrojado e destemido, que compartilha comigo trinta (30) anos de seu nascimento e da conclusão de minha graduação em Direito.

E, finalmente, a meus saudosos pais, Eduardo Sotero Cantão dos Santos e Vera Kunze dos Santos, por todas as oportunidades que me concederam, e por sempre terem incentivado e reconhecido meu esforço e dedicação aos estudos.

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP  
Bibliotecária: Marjory Harumi Barbosa Hito - CRB-8/9128.

B456p	Benassi, Maria Cristina Kunze dos Santos O público e o privado nos contratos civis / Maria Cristina Kunze dos Santos Benassi. – 2019. 149 f. ; 30 cm.  Orientador: Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim. Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, Piracicaba, 2019.  1. Direito Civil. 2. Contratos. 3. Função Social do Contrato. I. Kim, Richard Paulo Pae. II. Título.
	CDU – 342.7

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>CAPÍTULO 1.</b> A constitucionalização do direito civil .....	5
1.1 A constitucionalização do direito civil no aspecto do contrato.....	22
1.2 O princípio da socialidade na função social do contrato .....	26
<b>CAPÍTULO 2.</b> A codificação .....	30
2.1 Paradigmas para a descentralização do Código Civil de 1916, na nova interpretação do direito privado .....	35
2.2 A descodificação e a interpretação da cláusula da boa-fé objetiva .....	39
<b>CAPÍTULO 3.</b> Concepção e conceito sobre as constituições .....	47
3.1 A passagem do estado liberal para o social .....	50
3.2 Antecedentes das constituições escritas.....	52
3.3 O constitucionalismo iluminista (liberal).....	56
<b>CAPÍTULO 4.</b> A base estrutural da Constituição Federal de 1988 e sua aplicação aos contratos .....	59
4.1 O princípio da dignidade da pessoa e as novas diretrizes do direito civil .....	61
4.2 A intervenção estatal no domínio econômico e a função social do contrato.....	71
<b>CAPÍTULO 5.</b> O conceito de contrato .....	75
5.1 A concepção clássica ou moderna do contrato .....	81
5.2 Da concepção tradicional de contrato à contemporânea .....	82
5.3 Princípios que regem os contratos .....	88
5.3.1 Princípios clássicos do contrato .....	88
5.3.1.1 O princípio da autonomia da vontade.....	88

5.3.1.2 O princípio do consensualismo .....	90
5.3.1.3 O princípio da força obrigatória .....	91
5.3.1.4 O princípio da boa-fé .....	96
5.3.1.4.1 Princípio da boa-fé objetiva (contratual) no Código Civil de 2002 ....	97
<b>CAPÍTULO 6. O inadimplemento do contrato e a função social .....</b>	<b>113</b>
6.1 Da invalidade dos contratos.....	114
6.2 A função social dos contratos, os preceitos de ordem pública - As súmulas do STJ .....	117
<b>CAPÍTULO 7. O público e o privado nos contratos civis e empresariais.....</b>	<b>120</b>
7.1 A norma e o bem-estar social.....	120
7.2 Direito público e direito privado .....	122
7.3 O avanço do direito público sobre o privado .....	125
7.4 A dicotomia entre direito público e privado .....	126
7.5 Contratos civis e empresariais na era da 4ª Revolução Industrial.....	132
7.6 O diálogo entre o público e o privado .....	134
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>142</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>



**RESUMO** A presente dissertação objetiva abordar as modificações havidas após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, quanto à paulatina constitucionalização do direito civil, considerado no Estado Liberal como o mais privado dos direitos, o direito dos indivíduos. Procura-se focar precipuamente o contrato, sua função social, sua validade, as cláusulas gerais e os preceitos de ordem pública que o envolvem, a publicização do direito e a intervenção estatal no domínio econômico, além da constitucionalização do direito civil propriamente dita, demonstrando-se a passagem de Estado Liberal para o Social, abordando-se nesse interregno a fase da codificação, o conceito de constituição, a base estrutural da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana e os estudos atuais sobre a dicotomia entre o direito público e o privado. Para tanto, adotou-se como método principal de trabalho o estudo da legislação nacional e de obras doutrinárias de autores como Antonio Chaves, Cláudia Lima Marques, Clóvis Beviláqua, Gustavo Tepedino, Humberto Ávila, Luis Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Maria Celina Bodin de Moraes, Norberto Bobbio, Orlando Gomes, Paulo Luiz Netto Lobo, Robert Alexy, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Pietro Perlingieri e Virgílio Afonso da Silva, dentre outros. Constata-se a despatrimonialização do direito civil e sua repersonalização, que insere a pessoa humana no centro das obrigações, resguardando-se sua dignidade, que, enquanto princípio fundamental constitucional, reduz a plenitude da autonomia da vontade dos contratantes, cujas relações privadas devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal. As conclusões são apresentadas em item próprio, ao final deste trabalho.

**Palavras-chave** Constitucionalização do direito civil; contratos; função social; autonomia da vontade; dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT** This dissertation aims to address the changes occurred after the promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, regarding the gradual constitutionalisation of Civil Law, considered in the Liberal State as the most private of rights, the right of individuals. It seeks to focus on the contract, its social function, its validity, the general clauses and the precepts of public order that involve it, the publicity of the law and the state intervention in the economic domain, besides the constitutionalisation of the Civil Law itself, demonstrating the passage from Liberal to Social State, addressing in this interregnum the codification phase, the concept of constitution, the structural basis of the Federal Constitution of 1988, the principle of the dignity of the human person and the current studies on the dichotomy between Public and Private Law. In order to do so, was adopted as the main working method the study of the national legislation and doctrinal works of authors such as Antonio Chaves, Cláudia Lima Marques, Clóvis Beviláqua, Gustavo Tepedino, Humberto Ávila, Luis Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Maria Celina Bodin de Moraes, Orlando Gomes, Paulo Luiz Netto Lôbo, Robert Alexy, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Pietro Perlingieri, among others. It is possible to observe the loss of patrimony status of Civil Law and its repersonalization, which places the human person at the center of the obligations, safeguarding their dignity, which, as a fundamental constitutional principle, reduces the full autonomy of the will of the contractors, whose private relations must be interpreted in the light of the Federal Constitution. The conclusions are presented in a separate item, at the end of this paper.

Keywords Constitutionalisation of Civil Law; contracts; social role; autonomy of the will; dignity of human person.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia enfoca as modificações havidas com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, no aspecto da constitucionalização do direito, aqui, especialmente do direito civil, antes considerado exclusivamente como o direito dos indivíduos, o mais privado de todos os direitos.

A Carta Magna reestruturou o sistema jurídico nacional, sob forte influência da doutrina alemã, através do denominado neoconstitucionalismo, que, a partir dos princípios constitucionais, atualmente tratados como comandos axiológicos e impositivos, construiu uma nova forma de sua aplicação ao Direito, com a delimitação de seu alcance e finalidade. O esforço hermenêutico do jurista volta-se para a aplicação direta e efetiva dos princípios e valores constitucionais, não somente nas relações do indivíduo com o Estado, mas também nas relações interindividuais daquele âmbito do direito privado.

Essa mudança de paradigma pela qual passou o direito civil no Brasil, foco desta monografia, na transição entre o Estado Liberal para o Estado Social, resulta, primeiramente, na sua publicização, depois, na sua constitucionalização, e permite que os principais institutos do direito civil: a família, a propriedade e o contrato, não sejam mais tratados sob a ótica do individualismo jurídico e da ideologia liberal próprios da legislação civil.

No campo do contrato, modo de circulação de bens e de riquezas em geral, surge o princípio da equivalência material e a tutela do interesse do contratante mais fraco, convertendo-se os valores decorrentes da mudança da realidade social em princípios e regras constitucionais que devem orientar na atualidade a realização do direito civil.

O Código Civil de 1916, ainda vigente em 1988, quando publicada a atual Constituição da República, valorizava a patrimonialização das relações civis, a realização da pessoa através de seu patrimônio e não a realização da pessoa enquanto ser.

A repersonalização do direito civil, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da atual Constituição Federal, coloca a pessoa no centro das relações sociais, não podendo as regras da ordem privada, como a da autonomia da vontade dos contratantes, ser reconhecidas sempre e plenamente no Estado Democrático Social, promovendo-se através da constitucionalização do direito civil, sua interpretação à luz da Constituição Federal.

O Código Civil se aplica a todos. Nenhuma pessoa, desde seu nascimento, está imune a seus preceitos, diferentemente de outros textos legais, como a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Penal ou o Tributário, daí a importância do estudo de sua aplicação à luz da Constituição Federal vigente.

A socialidade, ao lado da eticidade e da boa-fé, são princípios que nortearam a elaboração do novo Código Civil, onde prevalecem os valores coletivos sobre os individuais, sem afastar que a pessoa humana é o valor-fonte da hierarquia dos valores. A função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem esse ideal social do Código Civil brasileiro de 2002.

Atualmente, a quantidade de contratos que um ser humano celebra diariamente é incomparável com qualquer outro período da história. A revolução tecnológica e científica operada especialmente nas últimas décadas, em que também se operou a publicização das relações privadas, ainda demandam possíveis respostas quanto à existência de uma dicotomia entre o direito público e o privado.

A metodologia utilizada para a elaboração desta dissertação foi o estudo teórico e a análise bibliográfica, com exemplificação de casos que ilustram as premissas do trabalho. A pesquisa foi desenvolvida, essencialmente, pelo método de procedimento monográfico. O trabalho pautou-se, assim, pela análise bibliográfica, que consiste em examinar e recorrer aos registros disponíveis, decorrentes de pesquisas anteriores, como livros, artigos, teses; trabalhando com base nas contribuições dos autores dos estudos analíticos identificados ao longo da dissertação.

# CAPÍTULO 1

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Sobre o nascimento e a evolução do moderno direito civil, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, afirma que este desenvolveu-se sob uma metódica própria, sendo plúrica esta palavra, que pode significar: "(i) um tipo específico de procedimento, (ii) a ciência que estuda os procedimentos científicos ou (iii) a teoria do método, que compreende a investigação, a formação e a transmissão do conhecimento de uma determinada área"<sup>1</sup>:

Reconhece-se que coube ao direito civil, na Alemanha do século XIX, um papel pioneiro nesse campo, tendo a Escola Histórica grandes méritos por isso. O direito civil era não somente o direito dos particulares, mas aquele que assegurava um conjunto de liberdades civis no âmbito da propriedade, da autonomia privada e da família. Ele assumiu "parcialmente o papel dos direitos fundamentais". Já se disse, a respeito do século XIX, que houve uma transferência de métodos e modelos jurídicos do pandectismo para o Direito Público e tal processo como lembra Konrad Hesse, não é tão perceptível nas constituições e nas leis, e sim no pensamento dos juristas. As mudanças ocorreriam, é certo, após a Constituição de Weimar, embora com reservas de ordem prática consideráveis, as quais só viriam a ser verdadeiramente retiradas no julgamento do caso Lüth, o divisor de águas no processo de deslocamento de forças do Direito Privado para o Direito Público<sup>2</sup>.

O caso Lüth, o mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra, completou 60 anos de seu julgamento em janeiro de 2018, tendo a decisão proferida pela Corte Constitucional alemã revolucionado todo o direito, não apenas o Direito Constitucional.

Destaque-se, de antemão, que essa decisão foi a origem da prevalência dos direitos sociais coletivos sobre os individuais, dando ensejo à socialização do direito civil, e, conseqüentemente, à função social do contrato.

Rodrigues Júnior assegura que o caso Lüth é um exemplo de como o direito civil deve ser preservado em qualquer julgamento que envolva o que os

---

<sup>1</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: GEN/Forense Universitária, 2019, p. 1. E-book.

<sup>2</sup> Idem.

alemães denominam de eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

Os fatos levados a julgamento eram de ordem privada, e aparentemente sem gravidade, se se considerar que, à primeira vista, envolvia um simples pedido de indenização entre um judeu-alemão e um alemão, após o término do nazismo na Alemanha.

O alemão era Veit Harlan, quem dirigiu e roteirizou, em 1950, o filme "Amada Imortal", um romance.

Neste ponto, faz-se necessário um parêntese, uma rápida contextualização histórica dessa época, pois o cinema nos anos 1920, após o término da I Guerra Mundial, encontrou na Alemanha espaço, poder-se-ia dizer hollywoodiano, ainda sob a vigência da liberal República de Weimar, onde transcorriam os denominados "anos loucos", com a juventude traumatizada pelos efeitos da I Guerra Mundial, mas também perdida em vícios e comportamentos rebeldes no agir, vestir e nos cortes de cabelo, como retratado no cinema, que alcançou público nunca antes visto.

Berlim, nos anos 1920, ficou conhecida como "[...] a Sodoma europeia, circunstância explorada pelos nacional-socialistas para se contrapor à "degeneração" dos tempos democrático-liberais que eles viriam a soterrar em 1933<sup>3</sup>".

Os nazistas compreendem a força do cinema na sociedade alemã, "seja como arma de propaganda, seja como instrumento para conter os ânimos da população, a partir do que a sétima arte passou a contar com apoio e financiamento públicos maciços, com supervisão direta ou interesse manifesto de Goebbels e do próprio Hitler<sup>4</sup>". Veit Harlan era um dos cineastas preferidos de Hitler.

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 242.

<sup>4</sup> RODRIGUES JÚNIOR, idem.

George Marmelstein<sup>5</sup> relata que o cineasta Harlan, na vigência do nazismo, foi o principal responsável pelos filmes de divulgação da propaganda nazista, especialmente o filme *Jud Süß*, de 1940, claramente antissemita, com negativa representação dos judeus, como se ganância e avidez praticados em detrimento do Estado, do povo alemão, fossem características próprias e exclusivas do povo judeu, que assim merecia o banimento, como mostrado ao final da referida película, uma propaganda de ódio do partido nacional-socialista idealizada por Joseph Goebbels, o Ministro da Propaganda Nazista do Terceiro Reich.

Finda a guerra, Veit Harlan é levado a julgamento pela prática de crimes contra a humanidade, o único de sua época, e, justamente por ter dirigido o filme *Jud Süß*. Em ação movida pela Associação de Vítimas do Regime Nazista, o julgamento de Harlan, em 1949, resultou na sua absolvição, por não ter sido demonstrada sua culpa, não se estabelecendo nexos de causalidade entre o genocídio e a conduta do cineasta, que agira sob as ordens do Ministro nazista Goebbels.

Poder-se-ia argumentar que o nazismo era "águas passadas", mas a lembrança do Holocausto, a barbárie da Segunda Guerra Mundial, estava ainda recente na memória dos judeu-alemães.

Por essa razão, antes mesmo do lançamento de *Amada Imortal*, meses após a absolvição de Harlan, vários judeus de prestígio e influentes na mídia alemã decidem boicotar esse filme, que, diga-se de passagem, nada continha sobre antissemitismo. O boicote foi liderado por Eric Lüth, judeu que presidia o Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo, que escreve um manifesto contrário à obra do cineasta, além de praticar atos concitando o público a não assistir ao filme, em sua opinião, de reconhecido expoente do cinema nacional-socialista e agente do antissemitismo.

---

<sup>5</sup> MARMELESTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Como resultado de suas manifestações, o filme *Amada Imortal* foi total fracasso de público e conseqüente prejuízo financeiro.

Harlan e os empresários que investiram no filme ingressam, então, com ação judicial, sob o fundamento de que as diversas manifestações públicas de Eric Lüth, convocando a sociedade ao boicote, violavam o Código Civil alemão, para o qual, todo aquele - como Lüth - que causasse prejuízo a outrem deveria, além de ser compelido a cessar o ato, reparar os danos causados (parágrafo 826 do Código Civil alemão); as exortações de Lüth seriam contrárias à moral e aos costumes, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se sobre novas convocações e manifestações contrárias ao filme, sob ameaça de pena de multa ou até mesmo de prisão. Essa tese jurídica foi vencedora nas instâncias ordinárias.

Eric Lüth, todavia, não se conforma com a decisão, pois a Lei Fundamental alemã garantia-lhe a liberdade de expressão, que teria exercido ao manifestar-se sobre o filme, recorrendo, por essa razão, ao Tribunal Constitucional alemão, que reforma a decisão, nas palavras de Néviton Guedes, sob o fundamento de que "[...] o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o direito ordinário, no caso o direito civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares<sup>6</sup>".

A decisão torna-se fonte dos conceitos sobre os direitos fundamentais na Alemanha e representa o início do desenvolvimento de uma teoria e de uma práxis constitucional que propiciou a construção de nova concepção da constituição e do estado na Europa Continental, posteriormente incorporada pela maioria das constituições do mundo ocidental.

A Corte Constitucional alemã desenvolveu alguns conceitos que atualmente são considerados bases da teoria dos direitos fundamentais,

---

<sup>6</sup> GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>. Acesso em: 14 nov. 2017.



definidos, segundo Marmelstein, como<sup>7</sup>: "(a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, (b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (c) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos".

No Brasil, a junção desses conceitos configura verdadeiro fenômeno denominado constitucionalização do direito privado.

Sobre o conceito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, estes consagram valores que são a base do ordenamento jurídico, e transcendem o interesse meramente individual, convertendo-se em norte de atuação do Estado e da sociedade.

Quanto aos direitos fundamentais pode-se arguir sua divisão em cinco dimensões: a primeira, a dos direitos de defesa do indivíduo em face do Estado - de caráter negativo, pois representa um dever de abstenção deste - compreendidos como os direitos civis e políticos; a segunda, a da igualdade material, um dever do Estado de reduzir as desigualdades, designado por Jellinek como um direito prestacional - de caráter positivo, porquanto demanda a atuação do Estado - como os Direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira estaria ligada à fraternidade e à solidariedade, aqui considerada como a dos direitos transindividuais, difusos e coletivos; a quarta, os direitos decorrentes da globalização, que são ligados à pluralidade, como à informação e ao pluralismo político; a quinta - existente para alguns autores - estaria ligado ao desenvolvimento da internet ou à paz.

Este é apenas um resumo sobre as dimensões dos direitos fundamentais, sem o merecido aprofundamento que o tema propiciaria, por não ser o foco principal desta dissertação.

Quanto à eficácia vertical dos direitos fundamentais, esta decorre da vinculação dos poderes estatais a esses direitos, que as pessoas podem exigir diretamente do Estado, enquanto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros, ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do

---

<sup>7</sup> MARMELSTEIN, op. cit., loc. cit.

reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas nas relações entre o Estado e o cidadão, mas, também entre os particulares.

Para Daniel Sarmento<sup>8</sup>, o Estado e o direito assumem novas funções promocionais e consolida o entendimento de que "os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família."

Ou seja, segundo a Teoria da Eficácia Direta, alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sem a necessidade da intervenção legislativa.

Para Robert Alexy<sup>9</sup>, a concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada.

Essa teoria integradora no Brasil, onde a desigualdade social é latente, está sendo reconhecida de forma sistemática pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

---

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros: São Paulo, 5. ed., 2008, p. 39.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 18 de dez. 2018.

DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Portanto, a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais tem sido aceita na Corte Suprema, que assim admite essa teoria integradora nas disputas entre particulares que tenham por objeto direitos fundamentais.

No que tange especificamente à técnica da ponderação, Richard Pae Kim<sup>11</sup> sustenta que não cuida de um exercício fácil ao legislador, ao administrador ou ao intérprete institucional, especialmente se não restar adotado um critério forte de distinção entre regras e princípios<sup>12</sup>.

Prossegue Kim:<sup>13</sup>

Ademais, dentre os limites às restrições das liberdades, o princípio da proporcionalidade parece ser o que mais apresenta dificuldade de aplicação. A proporcionalidade, evidentemente, há de ser observada não só pelo legislador, como também pelo destinatário da norma, a fim de que a interferência nos direitos fundamentais seja feita sempre na medida da absoluta necessidade e de forma adequada e proporcional (*Verhältnismässigkeit*). A lógica da construção da norma, no entanto, muitas vezes não será a mesma no momento de sua interpretação.

O critério da proporcionalidade não está expresso na Constituição, mas na ideia do devido processo legal substantivo e na justiça; há que ser visto como um instrumento indispensável para a proteção dos direitos, em especial, os fundamentais, visto que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e a adequada ponderação nas hipóteses já especificadas. Com o uso da adequação, necessidade ou vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito, é possível que se conclua, inclusive, pela anulação ou declaração de nulidade de atos legislativos ou administrativos, e a correta interpretação constitucional precisa se calcar no plano jurídico de um lado e, de outro, no plano político, garantindo o equilíbrio, posto que, na análise da interpretação da norma constitucional, espera-se dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público que revele o sentimento da coletividade e de justiça.<sup>14</sup>

Pae Kim conclui:

---

<sup>11</sup> PAE KIM, Richard P. A terceira margem da liberdade, *in* TOFFOLI, José Antônio Dias (Org.) **Democracia, Direitos Fundamentais e Instituição**. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2018, p. 719 e ss. *E-book*.

<sup>12</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, p. 344-345. apud PAE KIM, **A terceira margem da liberdade**, p. 729.

<sup>13</sup> PAE KIM, Richard P., *op. cit.*, p. 729.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 730.

Sob a perspectiva acima narrada, há que se ressaltar o trabalho do jurista e Ministro Luís Roberto Barroso, quando Sua Excelência destaca que a proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico capaz de orientar como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente nos casos de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional. Repete-se, então, que ao Poder Judiciário é permitido invalidar atos legislativos ou administrativos, quando não observada a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (adequação); quando a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação do excesso); e quando não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade *stricto sensu*)<sup>15</sup>.

O jurista alemão Robert Alexy, em seu artigo “Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”, sobre o julgamento do caso Lüth, escreve sobre a existência de três ideias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão<sup>16</sup>:

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, mas, muito além disso, a ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário.

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213-216 apud PAE KIM, idem.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert apud MARMELSTEIN, **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Acesso em: 14 nov. 2017.

Segundo decidido no caso Lüth, transcrito por Marmelstein<sup>17</sup>:

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional". E mais: "Não é da competência do tribunal constitucional julgar as decisões dos juízes cíveis em sua plenitude no que tange a erros de direito; o Tribunal Constitucional precisa avaliar tão somente o chamado "efeito de radiação" (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional.

A seguir serão transcritos alguns trechos dessa decisão interessantes a esta dissertação, extraídos da obra "Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão" organizada por Jürgen Schwab<sup>18</sup>.

No primeiro deles, se destaca a questão da necessidade de interpretação das leis gerais, quanto ao seu efeito limitador dos direitos fundamentais, de forma a garantir que esse direito seja sempre protegido, nos seguintes termos:

A relação recíproca entre o direito fundamental e a "lei geral" não deve ser entendida, portanto, como uma limitação unilateral da vigência do direito fundamental por meio das 'leis gerais'; ocorre, pelo contrário, um efeito de troca recíproca ou sinalagmático (Wechselwirkung) no sentido de que se as "leis gerais" colocam, de um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro, elas mesmas precisam ser por sua vez interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito fundamental no Estado livre e

---

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> SCHWAB, Jürgen (Col. Org.). MARTINS, Leonardo (Org. Int.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro Vivianne Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, passim.

democrático, limitadas naqueles pontos onde manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental<sup>19</sup>.

Noutro trecho que merece destaque, a Corte afirma que:

[...] não existe problema em reconhecer também, em relação a normas de direito civil, a qualidade de “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG. Se isso ainda não aconteceu na literatura (o que também fora apontado por Klein e v. Mangoldt, *op. cit.*<sup>20</sup>, p. 251), quer dizer que os autores só viam os direitos fundamentais em seu efeito havido entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura só eram consideradas leis gerais limitadoras aquelas que regravam a ação do Estado em face do indivíduo, ou seja, leis de direito público. Se, no entanto, o direito fundamental da livre expressão do pensamento também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado, e sua importância se revela aqui em prol da admissibilidade de uma expressão do pensamento também em face de cada concidadão, então precisa ser também observado de outro lado o eventual efeito contrário, qual seja: o efeito limitador do direito fundamental, próprio de uma norma de direito privado, desde que ela exista para a proteção de bens jurídicos superiores. Não se poderia aceitar o fato de prescrições do direito civil que protejam a honra ou outros bens jurídicos substanciais da personalidade humana não poderem ser consideradas suficientes para colocar limites ao exercício do direito fundamental da livre expressão do pensamento sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem que ser fixadas<sup>21</sup>.

Finalmente, na parte dispositiva da decisão, conclui-se, que:

Mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal<sup>22</sup>.

Sobre os aspectos da constitucionalização do direito civil no Brasil, Luís Roberto Barroso, afirma que as relações entre o Direito Constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da

---

<sup>19</sup> SCHWAB, Jürgen (Col. Org.). *Ibidem*, p. 381-395.

<sup>20</sup> Von Mangoldt e Klein, **Das Bonner Grundgesetz**, 2. ed. comentário III/6 apud Jürgen Schwab.

<sup>21</sup> SCHWAB, Jürgen, *op. cit.*, loc. cit.

<sup>22</sup> *Idem*.

indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao Direito Constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si.

Barroso estabelece as fases deste processo de aproximação entre os institutos, em suas palavras, "lenta e progressiva":

1ª) fase: mundos apartados

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a "Constituição do direito privado". Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação a atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª) fase: publicização do direito privado

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou - inclusive o brasileiro - baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, a proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.

3ª) fase: constitucionalização do direito civil



"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma". A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. E nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: (i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o efetivo equilíbrio contratual. O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais. Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição da família: (i) casamento; (ii) união estável; (iii) famílias monoparentais; (iv) união homoafetiva<sup>23</sup>.

De acordo com Barroso, existem regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos, assim como princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade humana, portanto, não se trata de percorrer as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral, mas, que existem dois desenvolvimentos que, pela dimensão das transformações que acarretam, merecem destaque:

O primeiro deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica. Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões". No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica<sup>24</sup>.

Já o segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, em

---

<sup>23</sup> BARROSO, op. cit., p. 409-410.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 411-412.

que "[...] o debate remonta a decisão do caso Lüth (v. supra), que superou a rigidez da dualidade público/privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil<sup>25</sup>".

E continua Barroso:

Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência *dividem-se* em duas correntes principais: a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas; b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado<sup>26</sup>.

A aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequada para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência que:

Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para essa específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais)<sup>27</sup>.

É fato que a tendência dos ordenamentos jurídicos após a barbárie do nazismo é o reconhecimento da pessoa humana como centro e fim do direito, adotando-se, para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor nos Estados democráticos, garantindo-se, outrossim, nas Constituições sociais, como a brasileira, que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 412.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 412-413.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 413.

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna", conforme expresso no art. 170 da Carta Magna.

Rosa Nery afirma que as constituições mais recentes são sensíveis a aspectos específicos da convivência humana e, por isso, os cultores do direito privado incluem a Constituição entre as fontes de direito privado, *in verbis*:

[...] possibilitando o diálogo entre a terminologia e os conceitos originários da Constituição e os institutos de direito privado. Essa tendência, que se costuma denominar no Brasil de constitucionalização do direito privado, mas que também pode ser considerada a partir da expressão eficácia civil dos direitos fundamentais, encontra raízes no fato de que os direitos fundamentais - à luz da interpretação moderna que foi dada pela jurisprudência alemã ao art. 1º, 3, da Lei Fundamental da Alemanha - vinculam a legislação, o Poder Executivo e a jurisdição, como normas postas, vigentes e imperativas, contra as quais não pode o legislador ordinário se insurgir<sup>28</sup>.

Mas, segundo Rosa Nery, o que era para ser o óbvio, a visão do sistema jurídico como um todo harmonioso infelizmente tem encontrado grandes dificuldades na sua aplicabilidade, pois: "[...] os direitos fundamentais têm sido reiteradamente violados, no contexto das relações privadas, como já tivemos ocasião de observar"<sup>29</sup>.

### 1.1 Irradiação das normas constitucionais

Estabelecidos os conceitos sobre constitucionalismo e direitos fundamentais, além do momento atual do constitucionalismo, com a Constituição no epicentro do ordenamento jurídico, dotada de normas de aplicação direta, com influência nas relações privadas e na interpretação das normas infraconstitucionais, importante citar Virgílio Afonso da Silva, quem reconhece que "a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito"<sup>30</sup>.

O caso Lüth reconhece que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado, mas, que ainda desenvolve

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 214.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Silva, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

uma função complementar, a da eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou *drittwirkung*, ou eficácia perante terceiros, como pronunciado pelo Tribunal Constitucional Alemão na tradução de Virgílio Afonso da Silva<sup>31</sup>:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.

Virgílio Afonso da Silva aduz que a "irradiação é um processo que pode ser levado a cabo por diferentes atores"<sup>32</sup>, defendendo a posição de Gunnar Folke Schuppert e Cristian Bumke, para quem esse processo (a constitucionalização) pode ocorrer de cinco formas<sup>33</sup>:

(1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária.

Silva pondera que nem todas as etapas desse processo interessam ao cenário brasileiro, afirmando que a reforma legislativa teoricamente é a menos problemática, mas ainda assim é um processo lento, exemplo disso são os princípios constitucionais insertos na Constituição Federal de 1988 e as tarefas que ela impõe e não chegam a ser concretizados pela legislação ordinária, pois depende da mentalidade da sociedade ou mesmo do reconhecimento da mudança de paradigmas por parte do Judiciário.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>33</sup> Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts**, p. 9-23 apud Virgílio Afonso da Silva, p. 39.

Para Silva, a irradiação do Direito Constitucional aos demais ramos do direito nada mais é do que a “solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais”<sup>34</sup>.

Mas, quando os juristas não percebem, ou não querem aceitar uma mudança de paradigma, pode ocorrer que, embora o processo de adaptação da legislação se realize rapidamente, “essa rapidez não seja acompanhada por uma mudança de paradigma na aplicação da legislação constitucionalizada”. Muitas vezes a prática jurisprudencial se mostra “refratária a mudanças e se mantém presa a paradigmas superados não somente pela constituição, mas também pela legislação ordinária diretamente aplicável ao caso”. Silva cita como exemplo disso as mudanças introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>35</sup>.

No que tange aos atores que devem atuar no processo de constitucionalização do ordenamento, Silva identifica: (a) o legislador, que tem a missão de moldar o ordenamento infraconstitucional aos ditames constitucionais; (b) o judiciário, por meio da aplicação, interpretação e controle dos atos que abarquem direitos fundamentais; e, (c) a doutrina, com a construção de teorias que podem variar, conforme o ramo do direito.

E quanto a esse último aspecto, salienta Silva<sup>36</sup>:

No âmbito da doutrina jurídica há um embate que tende a não existir para os outros atores da constitucionalização do direito, que é a luta pela preservação da autonomia de cada disciplina. Nesse sentido, mesmo que a tradição civilista não fosse uma tradição consolidada há tanto tempo, ainda assim poderia haver a tendência refratária mencionada, já que uma constitucionalização do direito civil pode não somente implicar uma mudança de paradigma, uma mudança de racionalidade, mas também uma submissão metodológica do direito civil ao direito constitucional. Este é o centro do embate, não um mero problema de tradição *versus* não tradição.

Importante doutrina transcrita por Virgílio Afonso da Silva consiste na constitucionalização do direito segundo Louis Favoreu, para quem há três tipos de

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 45.

constitucionalização: a constitucionalização-juridicização, a constitucionalização-elevação e a constitucionalização-transformação.

A constitucionalização-juridicização seria a juridicização da própria Constituição Federal, enquanto para a elevação da Constituição, o que antes era tema relegado ao plano infraconstitucional passou a ser tratado no âmbito da Lei Maior, havendo “um movimento ascendente de repartição material”<sup>37</sup>.

O mais importante é o terceiro aspecto, a que Favoreu chama de constitucionalização-transformação, que consiste na marca universalizante da constitucionalização, fenômeno este que abrangeu vários países, e que consiste na previsão constitucional de direitos e liberdades, que se infiltra nos diversos campos do direito, fazendo operar, tendo em vista a supremacia da constituição, a transformação dos ramos do direito<sup>38</sup>.

De fato, ao se reconhecer a força normativa da constituição, ou seja, que a constituição é o ápice do ordenamento e suas normas são dotadas de força cogente, ela irradiará efeitos para todo o ordenamento, e deixa de ser vista apenas como lei básica do Estado, circunscrita à temática do direito público, convertendo-se em estatuto fundamental do Estado e da sociedade.

Esse novo papel das Constituições fomenta a dicotomia entre o direito público e o direito privado, na medida em que implica na submissão de todos os campos da ordem jurídica aos ditames e valores da Carta Constitucional, como se tratará em capítulo próprio desta dissertação.

## **1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ASPECTO DO CONTRATO**

A Carta Magna de 1988 provocou um repensar sobre os pilares do direito civil: a propriedade, a família e o contrato. No já citado modelo de contrato do Estado Liberal, o princípio nuclear era o da autonomia da vontade, que não conseguiu atender adequadamente às necessidades da sociedade, pois a plena

---

<sup>37</sup> FAVOREAU, Louis. **La constitutionnalisation du droit**, p. 38 apud Virgílio Afonso da Silva, op. cit., p. 46.

<sup>38</sup> FAVOREAU, op. cit., p. 37, apud Virgílio Afonso da Silva, ibidem, p. 47-48.

liberdade de contratar fez do instrumento um meio hábil para a expansão capitalista e para a exploração do lado mais fraco do acordo, o hipossuficiente.

Deflui disso, o surgimento dos novos princípios contratuais como o da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social.

No aspecto da boa-fé objetiva, esta se apresenta como uma exigência de lealdade e solidariedade que devem existir entre os cidadãos, respeito mútuo e cooperação a serem observados desde a assinatura do contrato, na sua execução e mesmo após o seu término, nos moldes do art. 422 do Código Civil<sup>39</sup>, cláusula geral que dispõe: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé".

Nesse diapasão, a não observância ou a deslealdade configura ato ilícito ou abuso de direito, de acordo com o artigo 187 do diploma civil<sup>40</sup>: "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".

A função social do contrato é expressamente prevista no artigo 421 do Código Civil<sup>41</sup> de 2002: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"; bem assim no parágrafo único do art. 2.035 do mesmo diploma legal.

O princípio da função social do contrato também representa cláusula geral na codificação civil, compreendendo-se que, através da função social, o contrato não é instrumento capaz de exclusivamente satisfazer o interesse dos contratantes, mas, inserido num contexto social que influencia ou mesmo altera este pacto, se prejudicial à parte hipossuficiente ou menos favorecida, ou contrário ao bem comum.

---

<sup>39</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.); **Código Civil Comentado**/ Regina Beatriz Tavares da Silva *et al.* 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 450.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 445

Quanto às fontes constitucionais do contrato, é cediço que a ordem econômica se realiza mediante contratos, e Paulo Lôbo garante:

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Cives francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Essa visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo<sup>42</sup>.

De acordo com Paulo Lôbo, a Constituição Federal vigente apenas admite o contrato que realiza a função social, que considera a desigualdade material das partes, condicionando-lhe os interesses individuais, afirmando que: "Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). À justiça social importa "reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º e inciso VII do art. 170)"<sup>43</sup>.

Nesse diapasão, Paulo Lôbo assegura serem incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas neoliberais, com mínima intervenção estatal e plena liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, a qual efetivamente persegue a função social e a tutela jurídica dos mais fracos.

Sobre uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica, o Código do Consumidor, Paulo Lôbo escreve:

---

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 107. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 nov. 2017.

<sup>43</sup> Idem.



Regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais<sup>44</sup>.

Importante princípio do contrato na atualidade encontra-se na equivalência material das prestações, que preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, independentemente de sua previsibilidade. O princípio da equivalência material das prestações, espécie do macroprincípio da justiça contratual, também é abrangido pela boa-fé objetiva, revisão contratual, pelo *venire contra factum proprio*, pela lesão nos contratos, pela cláusula *rebus sic stantibus*, pela invalidade das cláusulas abusivas e pela regra *interpretatio contra stipulatorem*.<sup>45</sup>

Deve-se preservar o cumprimento do pacto, desde que sua execução não acarrete vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. A irrevogabilidade expressa no *pacta sunt servanda*, consistente com o princípio da força obrigatória dos contratos, que devem ser cumpridos (art. 427), com os riscos das perdas e danos pelo inadimplemento (art. 389), relativiza-se ao reconhecer a inexistência de total igualdade, e, portanto, de liberdade, entre os contratantes, admitindo diante da onerosidade excessiva em prejuízo de uma das partes, a possibilidade de correção do contrato em desequilíbrio, atenua a autonomia da vontade, e promove a realização de uma justiça comutativa.

Desta feita, o valor social do contrato emerge no modelo de dirigismo contratual pelo Código Civil de 2002, ao reconhecer institutos como o do estado de perigo (art. 156), da lesão (art. 157), e da cláusula *rebus sic stantibus* pela

---

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 108.

teoria da imprevisão (arts. 478-480), que protegem os mais fracos nas relações contratuais.

A principal alteração promovida é a do art. 421 do Código Civil, repetidamente consignado nesta dissertação, que traduz a sociabilidade do direito contemporâneo, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, sem afastar a autonomia da vontade das partes, mas garantindo-se que os interesses destas e os da sociedade, como nos contratos de adesão, se mantenham em equilíbrio, superando-se eventuais controvérsias entre os interesses privados e os coletivos.

Pode-se afirmar que essa trajetória de equilíbrio entre os interesses público e o privado, o individual e o coletivo, que não impede a livre iniciativa – sob a ótica econômica, ou os direitos individuais – sob a ótica política, e, ainda, garante a dignidade da pessoa humana além do aspecto da sobrevivência, enquanto participativa e atuante no meio social, teve início desde a constitucionalização do direito civil.

## **1.2 O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Enzo Roppo<sup>46</sup> já dizia que os contratos não podem ser enxergados exclusivamente sob a ótica jurídica, porque sempre refletem uma realidade exterior a eles, uma realidade de interesses, relações, situações econômico-sociais relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.

Demonstrava o autor a importância da expressão econômica do contrato na sua concepção jurídica e na sua interpretação, apreciável objetivamente, ou seja, independentemente da intenção que moveu cada uma das partes.

---

<sup>46</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, 1988, p. 7.

O Código Civil de 2002 separou-se das concepções individuais do anterior Código Civil (liberal), para estar em anuência com a socialização - principiológica - inserta na Constituição de 1988 e compatível com o direito contemporâneo. Para Carlos Roberto Gonçalves<sup>47</sup> “o princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”.

A função social do contrato acentua essa nova diretriz de sociabilidade do direito, de que trata Miguel Reale em seu Projeto, enquanto princípio a ser observado pelo intérprete desde a realização dos contratos<sup>48</sup>.

Possível, assim, afirmar que a sociabilidade é uma das principais características do Código Civil de 2002 em contraste com o anterior individualista, que enfatiza Miguel Reale<sup>49</sup>, converge para a realidade contemporânea, com prioridade na revisão dos direitos e deveres dos cinco personagens do direito privado tradicional: “o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.

Desses institutos, o contrato é a forma mais comum de circulação de riquezas, que atende a um dos objetivos fundamentais da sociedade organizada, na forma do art. 3º, III, da Constituição da República, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O contrato é o principal meio de circulação de riquezas, que se constituem de bens ou serviços de importância, sendo o instrumento para garantir a sua obtenção dentro da eticidade, pois, ao reprimir um sistema contratual socialmente injusto, o Código Civil vigente evita que os mais fracos sujeitem-se a obrigações demasiadamente onerosas impostas nas relações jurídicas assimétricas, às prestações desproporcionais, às práticas geradoras de enriquecimento sem causa, à usura, ao locupletamento indevido por uma das partes, além de ardil nas contratações.

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 4.

<sup>48</sup> ALVES, Jones Figueirêdo. **Código Civil Comentado**/ Regina Beatriz Tavares da Silva *et al.* 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 446.

<sup>49</sup> REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**, p. 7, apud GONÇALVES, op. cit., p. 5.

O Código Civil concretiza advertências proibitivas – além de penalidades – aos que pretendam afastar o interesse social do próprio direito, para macular as relações contratuais pela quebra de paridade ou da equivalência das prestações.

As cláusulas gerais dos contratos previstas nos arts. 421 e 422 do Código Civil reestruturam o direito contratual ao princípio da socialidade, que para Jones Figueirêdo Alves<sup>50</sup> “[...] celebra a primazia ou preponderância dos chamados valores plurais ou coletivos em face dos equivalentes axiológicos do plano individual, em prestígio e tutela do bem-estar coletivo”.

A função social dos contratos é revelada na medida em que a vontade individual e os interesses individuais são mitigados pela relevância da “vontade coletiva” ligada aos interesses sociais expressos não apenas na Carta Magna de 1988, como no Código Civil de 2002. Confira-se: o princípio da socialidade encontra-se na função social do contrato (art. 421), na proteção ao hipossuficiente da relação contratual (art. 423), na natureza social da posse nas regras da usucapião (art. 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, 1.242, *caput* e parágrafo único), ao permitir a expropriação judicial (art. 1.228, parágrafo 4º), dentre outros.

À vista de sua aplicação genérica, surge uma nova teoria geral dos contratos, do modelo clássico contratual, para um modelo moderno de produção coletiva dos interesses contratados, “a humanizar o direito contratual como fonte primária de interesse social”<sup>51</sup>.

Miguel Reale<sup>52</sup> concilia os valores individuais e coletivos do contrato, afirmando ser este “um elo, que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”. Para Norberto Bobbio<sup>53</sup> o direito prepondera como função, e as repercussões políticas e econômicas, servem à funcionalidade para ditar as novas

---

<sup>50</sup> ALVES, op. cit., p. 446.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**, Saraiva, 1986, p. 10, apud ALVES, op. cit., loc. cit.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto, apud ALVES, Jonas F., op. cit., p. 446.

regras para a valorização do contrato, enquanto “fenômeno de relação de condutas de intersubjetividade”, como exemplo de concretização do próprio direito.

O contrato não é apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais. O seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual em que a fragilização da parte mais fraca é a vitória do mais forte.

O Enunciado 29, aprovado na I Jornada de Direito Comercial de 2012: “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

E mais, o Enunciado 26, também aprovado naquela Jornada de 2012: “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.

A função social como já mencionado tem hierarquia de princípio, em igual patamar ao princípio da liberdade contratual servindo de contraponto, de limite, que não pode ser entendido como aplicável de forma meramente excepcional.

O contrato sob a vigência do princípio da sociabilidade e de sua função social, desde sua formação, existência, execução e exaurimento, representa o principal instrumento de desenvolvimento social, moldado por cláusulas gerais, como a probidade e a confiança, pelo cumprimento de regras de ordem pública inafastáveis pelas partes, devem coibir a subjugação econômica da parte mais fraca tão presente no liberalismo amplo.

## CAPÍTULO 2

### A CODIFICAÇÃO

Para Antonio Chaves<sup>54</sup>, a necessidade de compendiar dispositivos esparsos em leis, existe desde tempos remotos, não sendo tarefa fácil, porquanto deve sistematizar máximas morais e religiosas constituídas muitas vezes ao cabo de séculos, estando dentre as primeiras codificações a coletânea mais antiga o Código de Hamurabi, na Babilônia, vigente entre 1965 a 1913 a.C. A Lei das XII Tábuas é considerada fonte de direito público, sendo um dos maiores ordenamentos jurídicos existentes, e, mesmo já decorridos mais de 2.000 anos, foi se transformando e se adaptando em alguns povos.

Outras históricas codificações poderiam ser citadas, como as Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, mas não sendo este o objetivo desta dissertação, consigna-se que, a partir de meados do século XVII, com intensidade maior, a ciência jurídica caminhou para a codificação, e, no que diz respeito especificamente aos códigos civis, o primeiro considerado efetivamente renovador, porque não se limitou aos costumes e às leis locais, foi o Código de Napoleão.

Chaves cita<sup>55</sup>, igualmente, Oscar Tenório, que num artigo sob o título “Napoleão e o Código Civil”, escrito para a Revista Forense em 1970, sintetiza a participação do genial cabo de guerra, que tinha apenas 30 anos de idade, na elaboração do Código Civil francês, um poder de irradiação e de influência na elaboração dos demais Códigos Civis, que cede lugar apenas ao Direito Romano.

A história registrou não ter sido esse um momento fácil, pois para o povo, o seu rei era "O" representante de Deus na terra, quem transmitia a vontade Dele, dotado até com poderes de cura dos doentes, enquanto a Igreja e o Estado eram instituições únicas e inseparáveis, parecendo, assim, impossível destituir esse tipo de poder.

---

<sup>54</sup> CHAVES, Antonio, **Tratado de Direito Civil**, Parte Geral 1, Tomo 1, p. 193.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 196.

Napoleão Bonaparte é um dos personagens que modifica essa cega adoração ao rei pelo povo, como se divindade fosse, e o faz ao sagrar-se imperador, quando toma a coroa das mãos do Papa Pio VII e a coloca em sua própria cabeça, marcando a transmutação do poder, a queda da monarquia e a ruptura com o Estado Religioso após a Revolução Francesa. Sobre a coroação de Napoleão, Mônica Sifuentes transcreve Henri Gaubert<sup>56</sup>: "A coroa mudou de cabeça, do rei para o Parlamento, criando, a par da supremacia do Poder Legislativo, a ideia do império da lei"<sup>57</sup>.

Sifuentes afirma que "a partir dos séculos XV e XVI, a lei já desempenha um papel importante como fonte de direito"<sup>58</sup>, e "do século XV ao XVIII surgem várias ordenações na França, Espanha e Portugal, que são verdadeiros códigos. As ordenações Afonsinas, em 1446; as Manuelinas, em 1512-1521; e, quando Portugal passou ao domínio da Espanha, as Filipinas, em 1603, destinaram-se todas exatamente a compilar o direito que se encontrava esparso".

A organização da justiça se expressará na proibição ao juiz de plena liberdade interpretativa do texto legal, regra que será encontrada na lei francesa de Organização Judicial de 16-24 de agosto de 1790<sup>59</sup>, que "impõe aos tribunais a obrigação de se dirigir aos membros do corpo legislativo sempre que entendessem necessário interpretar uma lei", e mais, para fazer respeitar essa proibição, a Constituinte criou pela lei 27 de novembro-1º de dezembro ainda em 1790, uma *Cour de Cassation*, cujo objetivo era "quebrar" (*casser*), anular qualquer decisão judicial que interpretasse em desconformidade com a lei vigente.

---

<sup>56</sup>SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante** - Um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

<sup>57</sup>Ibidem, p. 3: "Napoleão foi coroado em 2 de dezembro de 1804, no mesmo ano em que promulgaram o famoso Código Civil, considerado a maior de suas realizações. Embora houvesse alguma resistência por parte dos parlamentares anticlericais, muitos dos quais ainda fiéis aos princípios revolucionários, Napoleão impôs a sua vontade que fosse não só coroado, mas também ungido pelo Papa. Ao terminar a missa solene, Napoleão tomou a coroa, antes que o Papa pudesse fazê-lo, e a colocou sobre a própria cabeça, o mesmo fazendo com a coroa destinada à Imperatriz Josefina. Cf. GAUBERT, Henri. **Le Sacre de Napoléon I.**

<sup>58</sup>Ibidem, 5;

<sup>59</sup>Ibidem, p. 40-41.

Segundo Sifuentes, a Corte de Cassação não era competente para julgar matéria de mérito, exercendo apenas o controle da legalidade da decisão. Por essa razão, reenviava-se a causa a uma jurisdição de mesmo grau e natureza, para reexame, daí, se o segundo juiz decidisse como o primeiro, seria o processo enviado a um terceiro, e, se este decidisse igual aos que o precederam, "o Tribunal de Cassação deveria submeter a questão ao corpo legislativo, que faria uma lei interpretativa, vinculadora para todos os juízes<sup>60</sup>", técnica denominada de *référé au législatif*<sup>61</sup>, mantida até 1807.

Nesse contexto, a justiça existe pela aplicação da lei, com a obrigatória fundamentação das decisões judiciais ao caso concreto, tornando o juiz simplesmente "a voz ou a boca" (*la bouche*)" do direito feito pelo legislador na imagem *montesquiana*<sup>62</sup> e ao típico estilo *napoleônico*. Dessa imagem sairá o paradigma europeu-continental do juiz-burocrata, ou profissional<sup>63</sup>.

Faz-se aqui um parêntese, para afirmar, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>64</sup>, que tamanha é a influência do Código Napoleônico em todo o direito civil, que a partir daquele o direito civil passou a se identificar com o próprio *Code*, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual, em que o indivíduo poderia desenvolver plenamente a atividade econômica, com limitações necessárias apenas à viabilidade da convivência social.

A palavra código provém do latim, *codex*, e significa tabuinha de escrever, retirada do tronco de uma árvore, e, mais tarde, designando os escritos

---

<sup>60</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 506 apud SIFUENTES, p. 41.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 505. "A jurisprudência era pouco simpática aos chefes da Revolução Francesa. ROBESPIERRE teria querido apagar da língua francesa a palavra "jurisprudência", pois "num estado que tem uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei". Ele colhera essa ideia em Montesquieu" apud SIFUENTES, op. cit., loc. cit.

<sup>62</sup> SIFUENTES anota que a expressão "La bouche qui prononce les paroles de la loi", extraída do texto de MONTESQUIEU, tornou-se um fatigado "*locus communis*", porquanto "Esse autor por certo não pretendeu a literalidade que lhe foi posteriormente atribuída, ou seja, a de vê-la associada a uma justiça puramente mecânica", op. cit., p. 42-43.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renova, 2010, p. 4-5.



nela contidos. Manuel Araux Castex, citado por Chaves<sup>65</sup>, elenca três características da codificação: 1) a unidade - deve unificar em seu conteúdo as regras jurídicas relativas a um ramo do direito; 2) a exclusividade - por ocasião da sua sanção o código deve conter todas as regras jurídicas gerais sobre a matéria, com derrogação das disposições até então vigentes; e, 2) a sistematização - ordenação, subdivisão e metodização da matéria versada.

Pietro Perlingieri<sup>66</sup>, um dos principais precursores da doutrina sobre a constitucionalização do direito civil, não elabora definição divergente, pois entende por “código” o documento, uma lei, contendo um conjunto de proposições prescritivas, das quais se extraem normas, consideradas unitariamente, mas coerentes e sistematizadas, destinadas à formação de uma disciplina completa de um setor. Afirma Perlingieri que a experiência da codificação – que encontra as suas raízes na Revolução Francesa, não é característica típica de todo ordenamento estatal – deu vida na Itália, aos Códigos Civis de 1865 e, ao ainda vigente, Código Civil Italiano de 1942.

No Brasil, com a proclamação da independência, surge a necessidade de leis próprias, aqui compreendida também a codificação civil, conforme se constata da primeira Constituição brasileira, a do Império, de 1824<sup>67</sup>, que no Título VIII - “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” -, art. 179, inciso XVIII, determinava: “Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

Em 1899, o jurista Clóvis Beviláqua apresenta projeto que, após dezesseis anos de debate, transformou-se no Código Civil brasileiro, promulgado em 1º de janeiro de 1916, e vigente a partir de 1º de janeiro de 1917.

O Código Civil de 1916 foi um diploma coerente com sua época, de cunho individualista e patrimonialista, decorrente do liberalismo vigente, para o

---

<sup>65</sup> CHAVES, op. cit., p. 197.

<sup>66</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

<sup>67</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

qual a realização da pessoa humana se dá através da propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados juridicamente relevantes.

Ocorre que o liberalismo acabou por relegar a tarefa de manter uma coexistência pacífica entre as esferas individuais do Estado, gerando uma crise diante de seu intervencionismo, pela qual o direito civil teve transformadas suas funções, para não mais ser estimado exclusivamente sob a ótica individualista.

Esse constante intervencionismo estatal levou a uma publicização do direito privado, em contrapartida ao exacerbado individualismo do século XIX. Inobstante, continuou a existir no Código Civil as denominadas normas cogentes, de ordem pública, que não podem ser derogadas pela vontade das partes, mas, encontram-se também as denominadas normas dispositivas, sobre as quais as partes podem convencionar diferentemente.

Afirma Venosa<sup>68</sup> sobre a publicização do direito privado:

[...] resta ainda e sempre restará o fenômeno da pessoa, da personalidade, da sua posição individual no cosmo do Direito, sua estrutura orgânica dentro da sociedade, na família, na aquisição de bens que lhe são próprios, a propriedade; na expressão de sua última vontade, no testamento; nas relações contratuais; enfim, em um sem-número de relações jurídicas em que estará manifestada a liberdade, a autonomia da vontade.

Embora se diga que o direito civil é um ramo do direito privado, sua noção extravasa essa afirmação, especialmente quando se adentra ao estudo do constitucionalismo, aqui compreendido como a interpretação da legislação civil à luz dos princípios e garantias constitucionais, que surge após o fenômeno de publicização do Direito privado.

Essa passagem é resultado também da descodificação, que tirará o Código Civil do centro das relações privadas, criando-se estatutos, alguns deles denominados códigos, como o de Defesa do Consumidor, que surgirão, para dar ao intérprete da lei parâmetros para decidir sobre novas questões, como o meio ambiente, a infância e juventude, os contratos da internet, dentre outros.

---

<sup>68</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral. Introdução ao Direito Romano. 5. Ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 71.

## 2.1 PARADIGMAS DA DESCENTRALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, NA NOVA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O constitucionalismo e a codificação, especialmente os códigos civis são contemporâneos ao Estado liberal e individualismo jurídico. Para Paulo Lôbo, cada qual cumpriu uma finalidade: “[...] um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)”.

A burguesia livre de controle ou impedimento públicos e dotada de patrimônio, do qual pode dispor ou gozar, foi a inspiração dos códigos civis, que deixaram o homem comum, o cidadão sem patrimônio, praticamente desprotegido.

Para os iluministas da época, aduz Lôbo<sup>69</sup> que a “[...] plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento<sup>70</sup>”, ou seja, ser livre era poder deter, gozar e dispor da propriedade, salvo os limites impostos pela ordem pública e os bons costumes, mas sem interferência do Estado.

Nessa fase, afirma Lôbo<sup>71</sup>, a fragilidade das primeiras constituições que não intervieram nas relações privadas e a existência da supremacia dos economicamente poderosos:

---

<sup>69</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>70</sup> Lôbo, op. cit., loc. cit., anota que “para os antigos, livre é quem pode exercer a ação política, quem pode participar do autogoverno da cidade; os demais são escravos. Nesse sentido, a liberdade é positiva, enquanto a dos modernos é negativa. É conhecido o elogio da liberdade dos modernos no famoso discurso de Benjamin Constant, alguns anos após a Revolução Francesa (De la liberté des anciens comparée a celle des modernes, Paris, 1819), entendida como a desimpedida fruição dos bens privados. Na antiga Roma, os escravos exerciam a atividade econômica (eram “livres” para exercê-la); alguns enriqueceram, mas a cidadania era-lhes vedada. Entre os modernos, ocorreu a inversão: livre é o que detém a livre iniciativa econômica, pouco importando que seja submetido a uma autocracia política: o exemplo frisante foram as ditaduras militares que exasperaram o liberalismo econômico”.

<sup>71</sup> Idem.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social.

A conquista da liberdade cobrou seu preço do cidadão comum, ora vitimizado por um novo poder, o econômico, que poderia fazer a balança pender nas relações negociais em favor do economicamente mais forte, os detentores dos bens e das riquezas.

Todavia, não há como negar que o Estado liberal incluiu a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, dentre os direitos das pessoas humanas, de forma que nenhuma ordem jurídica democrática as poderia excluir. Qualquer cidadão poderia adquirir a propriedade e exercer os poderes dela decorrente por mérito próprio, não apenas os de linhagem nobre.

Já no século XX surge no plano constitucional a ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, em que os cidadãos exigem o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia no Estado social, que Lôbo<sup>72</sup>, define no plano jurídico:

O Estado social no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

No Estado social, o “poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de

---

<sup>72</sup> LÔBO, op. cit., loc. cit.

afirmação da dignidade humana<sup>73</sup>”, sendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, que no futuro faria surgir, por exemplo, a legislação de proteção do consumidor.

Todavia, os códigos civis eram ainda as construções do Estado liberal, que protegiam precipuamente os valores patrimoniais e o individualismo jurídico, como já afirmado, e resultado de um positivismo jurídico.

Barroso afirma que a decadência do positivismo está emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei<sup>74</sup>.

Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo “[...] abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexos acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais<sup>75</sup> e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil, a constitucionalização é um processo mais recente, embora intenso.

---

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 278.

<sup>75</sup> Idem.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>76</sup>, entre nós, ocorreu o mesmo movimento translativo inicialmente ocorrido justamente na Alemanha e em seguida na Itália, quando da saída dos referidos regimes totalitários.

Sobre a Constituição Federal de 1988, aduz<sup>77</sup>:

A partir de 1988, e na medida em que foi consolidando na vida institucional brasileira, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

E nesse sentido, Barroso<sup>78</sup> afirma que o Código Civil de 1916 foi sendo deslocado do centro do sistema jurídico. O direito civil no Brasil que representava o papel de um direito geral, precedente de muitas áreas de especialização, o que lhe conferia certa unidade dogmática, começa a perder sua posição central no sistema de normas regulamentadoras das relações privadas.

Em razão do “envelhecimento” do Código Civil anterior, a teoria geral do direito adquiriu autonomia didática, e inúmeras leis específicas foram editadas, “[...] passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais”.

A exemplo do que se passou na Itália, no Brasil deu-se a denominada descodificação do direito civil, não afetada substancialmente pela promulgação do novo Código Civil de 2002.

Se a descodificação se apresentou inevitável, até porque aos códigos deve ser relegada a tarefa de norma de conteúdo geral, a utilização dos microssistemas tornou-se a solução contemporânea para a regulamentação de direitos que necessitam de uma forma atual de normatização. Surge daí a interação entre os denominados monossistema e polissistema, com a

---

<sup>76</sup> Ibidem, p. 404.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> Idem.

Constituição exercendo um papel central, e, também, superior às demais normas, de caráter vital para a unidade e a eliminação de lacunas no ordenamento jurídico, que não pode ser alheio às transformações de sua época e aos novos comportamentos em sociedade.

## **2.2 A DESCODIFICAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DA BOA-FÉ OBJETIVA**

O positivismo surgiu como resposta à abstração do Direito Natural e trouxe consigo formas rígidas de interpretação. A escola da Exegese, junto ao Código de Napoleão, é o ápice dessa forma de enxergar o Direito, de forma literal, racional, gramatical, em que ao julgador compete apenas a aplicação da lei, sem espaço para sua interpretação, sua vontade é a vontade do legislador.

Sobre o início da descodificação do direito civil, mais de uma década antes da vigência do Código Civil de 2002, Gustavo Tepedino escreve o artigo: "O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa"<sup>79</sup>, apresentado no painel Crise das Codificações, na XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no *campus* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, entre os dias 29 de agosto a 2 de setembro de 1999.

Tepedino afirma que para a Escola da Exegese, que levou às últimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa de tradição romana medieval, o direito público e o privado constituíam ramos estanques e rigidamente compartimentados, sendo do Estado o monopólio da produção legislativa, que, uma vez positivada, codificada, bastava a si própria.

Para o direito civil, os princípios constitucionais eram normas políticas destinadas ao legislador, e, apenas excepcionalmente, o aplicador da lei as poderia interpretar, como se exemplifica através dos ainda estreitos limites da

---

<sup>79</sup> TEPEDINO, Gustavo. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/tep\\_artigos/o-codigo-civil-os-chamados-microssistemas-e-a-constituicao-premissas-para-uma-reforma-legislativa-problemas-de-direito-civil-constitucional/](http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/o-codigo-civil-os-chamados-microssistemas-e-a-constituicao-premissas-para-uma-reforma-legislativa-problemas-de-direito-civil-constitucional/). Acesso em: 21 out. 2018.

omissão da lei, na forma do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>80</sup>.

Era, por assim dizer, indiscutível o papel nuclear que o Código Civil de 1916 representava nas relações interpessoais, de caráter praticamente inafastável às partes e ao juiz.

Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até a Constituição social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. No início do Século XX na Europa, e no Brasil após a década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia, o papel centralizador do Código Civil começa a se modificar.

Pietro Perlingieri<sup>81</sup>, sobre a descodificação na Itália, relata que, ao lado do Código Civil italiano de 1942 - ainda vigente -, deve-se considerar “[...] o notável peso da legislação emanada posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes”. Afirma o jurista que o Código Civil italiano perdeu a centralidade, o papel unificador do sistema, que tanto no aspecto tradicionalmente civilístico, quanto no publicista, passa a ser desempenhado cada vez mais pela Constituição.

Perlingieri<sup>82</sup> afirma que falar de descodificação relativamente ao Código italiano não afasta o fundamento unitário do ordenamento, para fragmentá-lo em diversos microordenamentos e microssistemas, com ausência de um desenho global, que “[...] se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade [...]”. Conclui Perlingieri que o respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa uma passagem essencial, para estabelecer o que afirma ser

---

<sup>80</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 25 out. 2018.

<sup>81</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 5-6.

<sup>82</sup> Idem.



“[...] uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.

Dessa época, no Brasil, Gustavo Tepedino ressalta que<sup>83</sup>:

A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De norma exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou de emergência — a confirmar sua ordinária exclusividade —, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferaram as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituía, por isso mesmo, o direito especial.

A intensificação do processo legislativo e as agudas transformações econômicas, sobretudo a partir dos anos 60, acabariam por destinar ulterior papel ao Código Civil, que perde progressivamente a sua função de normatização do direito comum. Verifica-se, com efeito, que inteiras matérias são subtraídas da esfera codificada e não mais apenas os institutos do chamado direito especial.

A evolução do cenário econômico e social exigiu do legislador, através de legislação própria, regulamentar uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito privado, antes consideradas especiais, que veiculam não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal, inaugurando-se a era dos estatutos.

Os estatutos desafiaram os civilistas, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada. Tepedino<sup>84</sup> afirma que o legislador começa a deixar de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas, e:

Diversamente, define os objetivos de política legislativa — tônica do Estado Social —, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendam às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de

---

<sup>83</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 4.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 7.

promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou, em síntese feliz, de função promocional do direito<sup>85</sup>. Assim é que surgiram, ao longo do tempo, numerosos estatutos com tais características, no Brasil e alhures, bastando indicar, a título de exemplo, as sucessivas leis de locação predial urbana, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse longo percurso histórico se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, chamado de monossistema, para uma pluralidade de estatutos autônomos, sobre os quais, o Código Civil perdeu influência normativa direta.

As leis tidas como centros de gravidade autônomos, segundo conhecida corrente doutrinária, denominaram-se microssistemas<sup>86</sup>.

À época da produção do inovador artigo, Tepedino afirma que a realidade histórica determinava que ao conjunto de normas supranacionais, formado por tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais, somado à desmesurada proliferação da produção legislativa decorrentes de avanços da tecnologia, reclamavam novos mecanismos de regulamentação, a exemplo, lembra as técnicas de fertilização *in vitro* ou os contratos da *internet*, temas que exigiam o estabelecimento de limites éticos e jurídicos, e, bem assim, aos operadores do direito, novos parâmetros interpretativos.

Todavia, Tepedino<sup>87</sup> constata a “[...] impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que proliferam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento (não só por parte do cidadão comum, mas também por parte dos operadores), da difusa legislação em vigor”.

Soma-se a esses fatos a ausência de proposta doutrinária destinada à harmonização (nos planos legislativo e interpretativo) de tão intrincado sistema de

---

<sup>85</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura all'azione**. Milano: Edizioni di comunità, 1977, p. 63 e ss apud TEPEDINO, op. cit., p. 5.

<sup>86</sup> NATALINO, Irti. **L'Eta della decodificazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989, passim, apud TEPEDINO, op. cit., loc. cit.

<sup>87</sup> TEPEDINO, op. cit., p. 9.

fontes, que para alguns, equivocadamente, afirma Gustavo Tepedino, faria aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, evidentemente envelhecido pelo passar das décadas, como se a reprodução daquela técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes.

Para Tepedino<sup>88</sup>, um dos poucos méritos do Projeto do Código Civil de 2002 era a inclusão de algumas cláusulas gerais (arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), “[...] as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”.

Era premente a necessidade de o legislador e o intérprete desenvolverem a técnica das cláusulas gerais, para preencher lacunas legais decorrentes da rápida e contínua evolução que se operou na sociedade. Nas palavras de Tepedino era “[...] impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento”<sup>89</sup>.

Entretanto, as cláusulas gerais, se utilizadas como nos códigos do passado, pouco contribuiriam para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas, daí a diferença fundamental entre a cláusula geral admitida pela Escola da Exegese, proposta no Projeto do Código Civil de 2002, através do Projeto de Lei nº 634, de 1975, e a técnica das cláusulas gerais contemporânea, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos, voltada para valores não patrimoniais, como no texto constitucional de 1988, como afirma Gustavo Tepedino<sup>90</sup>:

O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais,

---

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>90</sup> TEPEDINO, Gustavo. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/tep\\_artigos/o-codigo-civil-os-chamados-microsistemas-e-a-constituicao-premissas-para-uma-reforma-legislativa-problemas-de-direito-civil-constitucional/](http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/o-codigo-civil-os-chamados-microsistemas-e-a-constituicao-premissas-para-uma-reforma-legislativa-problemas-de-direito-civil-constitucional/). Acesso em: 21 out. 2018.

nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.

Nos dias atuais, são inúmeras as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, que vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores.

Ao lado das cláusulas gerais, a cláusula geral de boa-fé objetiva, que resultou nos arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002, merece atenção, porque fixa um novo parâmetro interpretativo, já adotado no Código de Defesa do Consumidor, que passa a ser aceito nas relações contratuais em geral e nos julgados dos tribunais brasileiros.

O legislador, tratando da boa-fé objetiva nos referidos artigos, como princípios interpretativos dos negócios, no art. 113, e como princípio fundamental do regime contratual, no art. 422, acabou por não fornecer as balizes hermenêuticas delimitadoras do conteúdo das cláusulas gerais, o que, segundo Tepedino<sup>91</sup>, sem a orientação metodológica, entre o código civil e a constituição federal, poderia representar um grave risco, porque, em suas palavras:

[...] ou se privaria de efetividade a boa-fé objetiva, por ausência de um conteúdo preciso, ou se atribuiria excessivo poder discricionário aos juízes, confiando-se em sua percepção subjetiva a tarefa da concreção normativa, o que acaba por acirrar a desconfiança em relação às cláusulas gerais, acusadas de portar insegurança ao tráfego jurídico.

No caso brasileiro, afirma Tepedino<sup>92</sup>, a introdução dessa nova postura metodológica, parece facilitada pela compreensão, “[...] mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado [...]”, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência “[...] têm reconhecido o caráter normativo

---

<sup>91</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil na Perspectiva Civil – Constitucional**. Parte Geral. Artigo: Crise de fontes normativas e técnica legislativa, na Parte Geral do Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 16.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 12.

de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade”, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil, com a atribuição de papel central à Constituição, assim como a jurisprudência, que estabelece um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais.

Quanto à interpretação, cita Tepedino, que a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico, isso porque no sistema aberto, “[...] os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional<sup>93</sup>”.

A análise serve de base para a ulterior conclusão: "a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional<sup>94</sup>".

Pode-se dizer que ao intérprete da lei, na atual experiência brasileira, só se justifica a adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras, mas, expressem valores da sociedade, consagrados na Constituição, que exerce um papel central na interpretação normativa e hoje constitucionalizada do direito civil.

O legislador deverá absorver a experiência constitucional, consciente da realidade sociocultural contemporânea, não se afastando da história, para

---

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Prefácio* in: Negreiros, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. op. cit., p. IV-V. A autora conclui, ainda: “o princípio da boa-fé reaparece [...] funcionando como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé representa, pois, a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico. O contrato vem configurado como um espaço de desenvolvimento da personalidade humana; uma relação econômico-jurídica em que as partes devem colaborar umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a Constituição quer livre, justa e solidária. Apud TEPEDINO, op. cit., p. 12.

meramente cancelá-la, porque nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira<sup>95</sup> "passou a hora de legislar consequências". E conclui: "Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história".

Inexiste a possibilidade atual de incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida sob pena de sua não continuidade, e para a melhor compreensão dessa fase contemporânea, passa-se a uma análise estrutural da Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, promulgada no Estado social.

---

<sup>95</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. **Revista da Faculdade de Direito da UERI**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 316 apud TEPEDINO, op. cit., p. 16.

## CAPÍTULO 3

### CONCEPÇÃO E CONCEITO SOBRE AS CONSTITUIÇÕES

Na obra “A Política” de Aristóteles, já restava claro, segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, que entre as leis existem algumas que se distinguem, porquanto organizam o próprio poder, fixam seus órgãos, estabelecem suas atribuições, ou, simplesmente, definem a sua constituição. Tal distinção, todavia, somente veio a ser efetivamente considerada no século XVIII, na Europa Ocidental, “[...] com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores<sup>96</sup>”. É a partir dessa época que o termo Constituição passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.

É certo que tanto a noção como o termo “constituição” há muito integram a ciência política e o Direito, estando associados à constituição do poder em diversas fases da humanidade, da Antiguidade Clássica, como acima citado, ao Estado moderno. Nessa acepção ampla, pode-se afirmar que todas as sociedades políticas tiveram ao longo dos séculos uma Constituição, correspondente a seu modo de ser, sua organização e o funcionamento de suas instituições.

Barroso<sup>97</sup> afirma que “[...] a constituição histórica ou institucional designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional”, na acepção ampla do termo.

José Afonso da Silva destaca que a Constituição de um Estado, considerada sua lei fundamental, representa<sup>98</sup>:

[...] a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites

---

<sup>96</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 14. ed., 1985, p. 3.

<sup>97</sup> BARROSO, op. cit., p. 101.

<sup>98</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 39-40.

de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Essa é a noção da constituição estatal, mas existem divergências doutrinárias quanto ao sentido em que se deve conceber as constituições, se sociológico, político ou puramente jurídico, conforme anota Silva<sup>99</sup>:

Ferdinand Lassalle as entende no sentido sociológico. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma "folha de papel". Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental. Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, as vê apenas no sentido jurídico; constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Para José Afonso da Silva tais concepções sobre o conceito de constituição pecam pela unilateralidade, como se separassem suas normas da totalidade da vida coletiva, razão pela qual afirma que vários autores têm tentado formular um conceito unitário da constituição total, "[...] mediante a qual se processa a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva na unidade de uma ordenação fundamental e suprema".<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 40-41.

<sup>100</sup> Cf. Pinto Ferreira, **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, t. I/31, e Da Constituição, p. 24; no mesmo sentido, embora sob orientação diferente, Manuel Garcia-Pelayo, **Derecho Constitucional comparado**, p. 20, 100, 101 e 111; Hermann Heller, **Teoria del Estado**, p. 269-290; nosso **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 20-25 apud SILVA, op. cit., p. 41.



Silva considera que não se obterá o sentido jurídico de constituição, separando-a da vida social, porque certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas valoradas historicamente, e ali se constituem em “[...] fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição<sup>101</sup>”.

A constituição, portanto, enquanto forma, pode ser considerada um complexo de normas escritas ou costumeiras; como conteúdo, a conduta humana nas suas diversas relações sociais, como as econômicas, políticas, religiosas etc.; como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da própria sociedade, e como causa criadora, nas palavras de Silva, também recriadora, o poder que emana do povo, estrutura essa por ele definida como “conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores<sup>102</sup>”.

Infere-se da exposição doutrinária de Silva, que a Constituição Federal, compreendida em seu sentido jurídico, de norma jurídica fundamental, que cria e disciplina a organização do Estado, que condiciona a edição, interpretação e validade das normas infraconstitucionais, não surgiu de maneira repentina.

Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a constituição, enquanto uma criação coletiva apoiada em eventos históricos de um determinado Estado, que permite ao homem modelá-lo “[...] segundo princípios racionais, estabelecendo para este uma (nova) Constituição<sup>103</sup>”, forçosamente consagrada num documento escrito, é um conceito que triunfou precipuamente com a Revolução Francesa de 1789.

Quanto ao conceito jurídico de Constituição, Ferreira Filho a define como “[...] o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do poder, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação<sup>104</sup>”.

---

<sup>101</sup> SILVA, op. cit., p. 41.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 4.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 11.

### 3.1 A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O SOCIAL

Harold J. Laski afirma que, até a Primeira Guerra Mundial, o espírito europeu foi dominado pelo liberalismo, com exceção dos adeptos do marxismo e de outras doutrinas socialistas. As críticas ao liberalismo se centravam na percepção de que ele acabava por garantir à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas em geral, ao mesmo tempo em que deixava o proletariado apenas com o mínimo necessário para a subsistência<sup>105</sup>.

Tal fato demandava uma mudança na estrutura social, pois as massas passavam a reivindicar com ardor direitos trabalhista, previdenciário e social em geral, que deveriam estar acompanhados de perto por uma mudança nos instrumentos jurídicos<sup>106</sup> - a propriedade individual e o contrato – não mais serviam para lidar com as novas situações econômico-sociais. Assim, para Ricardo Quartim de Moraes<sup>107</sup>, “[...] a propriedade individual dos meios de produção dá lugar à sociedade por ações e a liberdade contratual é limitada, principalmente no que toca ao contrato de trabalho”.

Segundo Moraes, a total liberdade de contrato e de propriedade então vigente havia engendrado uma fase de capitalismo monopolista, quando, no final do século XIX, surge nos Estados Unidos a legislação antitruste, que proíbe os acordos de domínio de mercado numa tentativa de manter o modelo natural propugnado pelo liberalismo clássico. Para o autor, era inegável que a legislação antitruste representava o reconhecimento de que a ordem econômica do Estado liberal não era naturalmente autorregulável, o que deu margem, em um momento de ruptura, à passagem para um modelo de Estado que intervém na ordem social e econômica.

---

<sup>105</sup> LASKI, Harold J. O liberalismo europeu. São Paulo: Mestre Jou, 1973, p. 172 apud MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril\\_v51\\_n204\\_p269.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf). Acesso em: 30 de out. 2018.

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 186, apud MORAES, op. cit., p. 273.

<sup>107</sup> MORAES, op. cit., p. 274.

A crise do modelo liberal foi engendrada dentro dele e, pior, foi uma tentativa de perpetuá-lo. Ao mesmo tempo, o fortalecimento das organizações operárias elevou a questão dos direitos sociais à categoria de condicionante da plena participação política dos vários segmentos da sociedade<sup>108</sup>. O Estado social, nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo, supera o neutralismo e o formalismo do Estado liberal.

Paulo Bonavides resume sobre o Estado social<sup>109</sup>:

Quando porém a questão de fundo veio a preponderar sobre a questão de forma, quando se passou do Estado liberal ao Estado social ou ao Estado socialista contemporâneo, quando o antagonismo ideológico sucedeu à calmaria do século XIX, rompendo as estruturas liberais da sociedade burguesa, quando ao Estado neutro sucedeu o Estado intervencionista, quando os fins da ordem estatal cresceram e se multiplicaram, todo o formalismo antecedente entrou em crise e o conceito de governo, como simples braço executivo, como um poder à parte, meramente aplicador de leis, ingressou definitivamente no museu das ideias políticas, tangido por um imperativo histórico e social inelutável.

A Primeira Guerra Mundial demandou enorme planejamento da economia, assim como grande mobilização de mão de obra. Tal necessidade súbita desse contingente de mão de obra fortaleceu o poder do trabalhismo organizado<sup>110</sup>, a economia de guerra foi consequência natural, que dependia em grande parte da produção de aço, das usinas e de outros fatores de produção que, doravante, precisavam ser dirigidos a um objetivo previamente estabelecido pelo Estado, a sociedade como um todo.

O Direito se insere em todas as relações, como entre empregador e empregados, entre os próprios empregados (Direito Sindical), assim como na organização e administração da empresa, que estende às funções do Estado não unicamente garantir o desenvolvimento econômico, mas também o social.

---

<sup>108</sup> REGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto *et al.* (Org.). **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1983, p. 416, citado por MORAES, op. cit., p. 274.

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 255-256.

<sup>110</sup> HOBBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 51 apud MORAES, op. cit., p. 275.

O Estado social não abandonou as conquistas do Estado liberal, mas a ele adiciona um componente social. O cerne da questão passa a ser o de articular os direitos e liberdades individuais com os direitos sociais, de modo a “articular igualdade ‘jurídica’ (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social”<sup>111</sup>.

As constituições certamente deverão refletir a busca desse equilíbrio, sendo a atual Constituição Federal brasileira resultado direto dessa visão social, em que o Estado não se afasta da vida dos indivíduos, tampouco da economia, ainda que para regulamentá-la, com vistas à igualdade material, que deve ser garantida a todos.

### 3.2 ANTECEDENTES DAS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

A ideia de constituição escrita pode ser atribuída a um longo processo de criação coletiva, apoiado em precedentes históricos, e, também, doutrinários, que a concebeu enquanto instrumento de institucionalização política. Segundo Ferreira Filho<sup>112</sup>, os elementos que se vão combinar na ideia de Constituição podem ser identificados, de um lado, nos pactos ingleses e nos forais ou cartas de franquia disseminados por toda Europa, que visavam a proteção de direitos individuais, e, bem assim, nos contratos de colonização, típicos da América do Norte; de outro, nas doutrinas contratualistas medievais, as denominadas Leis Fundamentais do Reino, formuladas pelos legisladores franceses, e as do Pacto Social, sob a influência do iluminismo.

Surgidos na Idade Média, oriundos da tradição inglesa, os pactos tinham por fundamento um acordo de vontades, sendo o mais famoso o da Magna Carta, celebrado em 1215, entre o Rei João Sem Terra e os barões ingleses rebelados, tendo por objeto justamente a concessão, pelo monarca, de diversos direitos àqueles, impedindo-lhe o exercício do poder absoluto, obrigando-o a reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à legalidade<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 96, apud MORAES, op. cit., p. 277.

<sup>112</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 4.

<sup>113</sup> TORRES, Heleno Taveira. **A Magna Charta completa 800 anos e influencia nossa Constituição Tributária**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/consultor-tributario-magna-charta-influencia-nossa-constituicao-tributaria>. Acesso em: 24 out. 2018.

Na *Clause 39* do Pacto, garante-se: No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land. Tradução<sup>114</sup>: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

Interessante que os incisos XXXIX e LIV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>115</sup>, passados quase oitocentos anos, praticamente repetem na íntegra a cláusula 39 do Pacto.

Assegurou-se através da Magna Carta, dentre outros, ainda no século XIII, o direito ao mandado de segurança, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do juiz natural e do devido processo legal, o tribunal do júri, e, até o princípio da anterioridade tributária, que também se encontram previstos na Constituição Federal brasileira.

A *Magna Charta Libertatum* é reconhecida como um dos primeiros instrumentos de limitação do Estado e de preservação dos Direitos Humanos Fundamentais, em que o homem se submete unicamente à lei, à Constituição, além de ser considerada o ponto de partida de um processo histórico que levaria ao surgimento do Constitucionalismo, como se pretende demonstrar no presente trabalho.

Destaca-se outro importante pacto, o *Petition of Rights*, de 1628<sup>116</sup>, celebrado entre o Rei Carlos I e seus súditos, que lhes garantiu o respeito aos chamados direitos de tempos imemoriais dos cidadãos ingleses.

---

<sup>114</sup> Disponível em: [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf). Acesso em: 24 out. 2018.

<sup>115</sup> 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: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

<sup>116</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 4.

Os forais ou cartas de franquia, de maneira semelhante aos pactos, também consistiam em documentos escritos, formalizados na Idade Média, que tinham por objeto a concessão aos súditos de um conjunto de direitos individuais, com vistas à proteção daqueles contra as eventuais arbitrariedades estatais, de maneira inovadora, como esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>117</sup>, tendo em vista que decorriam de outorga pelo senhor, mesmo que nem sempre espontânea, com a participação dos súditos no governo local, o que lhes conferia um caráter político, antes inexistente nos pactos.

Os contratos de colonização, por sua vez, são também documentos escritos surgidos na formação das Colônias da América do Norte, considerados semelhantes aos pactos, pois foram celebrados entre os colonos, mas com a sanção real. Os contratos de colonização segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>118</sup>, foram firmados entre os peregrinos que chegavam à América, puritanos, imbuídos do sentimento de igualdade, que não encontrando na terra um poder estabelecido, decidiram conjuntamente as regras pelas quais se governariam.

Segundo Ferreira Filho “[...] transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”.

E revela a história que, em 1620, os chefes de famílias<sup>119</sup> a bordo do navio *Mayflower*, firmaram o mais célebre contrato, o *Compact*, estabelecendo as regras de governo para a América do Norte.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre “As Leis Fundamentais do Reino”, afirma serem originárias da doutrina francesa, posteriormente adotadas também na Inglaterra, que são consideradas “[...] a fonte da superioridade e da intocabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às Constituições escritas”<sup>120</sup>, cujo objetivo era defender a Coroa contra as fraquezas do próprio monarca, pois, acima do soberano, e fora do alcance deste, existiam as leis fundamentais que constituem um corpo específico, seja quanto à sua

---

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 5.

<sup>119</sup> Costumeiramente conhecidos como *Founding Fathers of the United States*.

<sup>120</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 5.

matéria, que é a aquisição, o exercício e a transmissão do poder; sua autoridade, superior às regras do poder legislativo, que serão consideradas nulas se com ela conflitarem; ou estabilidade, pois em regra imutáveis.

No que concerne às doutrinas do pacto social, Ferreira Filho<sup>121</sup> afirma serem também antecedentes da ideia de constituição escrita, e, em que pese não guardarem perfeita identidade entre si, tinham por traço semelhante a concepção de que a sociedade estava fundamentada em um Pacto, ou Contrato Social, imposto aos governantes para o exercício do poder.

Dentre as relevantes doutrinas sobre o tema, destacam-se a de Thomas Hobbes, no século XVII, com o *Leviatã*, que defendia que o contrato social imposto aos governantes tinha por objetivo assegurar a paz; a de John Locke, com o Tratado do Governo Civil, que visava assegurar os direitos naturais do homem, assim como a de Jean Jacques Rousseau, no Contrato Social, que às vésperas da Revolução Francesa, e de maneira semelhante à Locke, assegura que o objetivo principal do pacto social era que os governantes respeitassem os direitos naturais dos governados.

Os autores acima citados criaram modelos que deram concretude ao pensamento jurídico do mundo ocidental, cada qual, de acordo com suas características, compôs o conceito de constituição escrita, de forma que na maioria dos Estados ocidentais, dotados de princípios próprios, oriundos da moral e costumes desenvolvidos pelos que participam daquela sociedade constituída sob um poder dividido entre instituições, aquele povo a ele não se submete irracionalmente. Formam-se garantias, que de forma coletiva possibilitam àquela sociedade decidir até pelo afastamento do poder, ainda que exercido por um monarca, um absolutista, que se se afastar dos interesses perseguidos pelo povo, como o direito à propriedade, à forma pela qual serão regidos, ou à liberdade em sentido amplo, seja a física ou a de empreender, ou a de contratar, poderá ser destituído.

---

<sup>121</sup> Ibidem, p. 5-6.

Em resumo, a constituição, em sua evolução para o modelo escrito, não se distanciou do ideal de democracia desenvolvido desde a Antiguidade Clássica, para garantir, através de sua promulgação, a separação entre os poderes, direitos individuais, o respeito ao modo de ser daquele povo ao qual se destina, mas, por certo, essa constituição escrita ainda guardava em si um aspecto polêmico, porque dava ao Estado uma estrutura fundamentada sob os princípios do liberalismo, que levaria ao desenvolvimento do capitalismo.

### 3.3 O CONSTITUCIONALISMO ILUMINISTA (LIBERAL)

A ideia de constituição se fortalece diante das concepções do Iluminismo do século XVIII, que, para Manoel Ferreira Gonçalves Filho<sup>122</sup>, tem cinco ideias-força: o Indivíduo, a Razão, a Natureza, a Felicidade e o Progresso.

Entende-se por Indivíduo, o homem com vida e direitos próprios, que não aceita senão aquilo que pode ser demonstrado, ou seja, é racional, determina sua vontade pela Razão, que rejeita qualquer forma de preconceito e tudo aquilo que não possa ser objetivamente explicado. O Indivíduo racional vive num mundo governado por uma Natureza que é boa, da qual resultam leis com vistas à sua Felicidade. Em suma, o Indivíduo, otimista quanto a seu futuro, aperfeiçoa seus conhecimentos, sua condição de vida, sempre com vistas ao Progresso.

Ferreira Filho aduz<sup>123</sup>:

Esta cosmovisão é fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Neste último plano, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não-intervenção do Estado, enfim o *laissez-faire*, que enseja a expansão capitalista.

A separação dos poderes teorizada por Montesquieu no Espírito das Leis somente tolera a existência do Estado a fim de coibir abusos.

Ligada, assim, a essa doutrina liberal, a constituição escrita, como já afirmado, tinha um caráter polêmico, porque não organizava o Estado, senão para estruturá-lo aos princípios do liberalismo, com a limitação normativa do poder

---

<sup>122</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 6-7.



político e garantia dos direitos individuais e indisponíveis, livres da intervenção estatal, em contrariedade ao absolutismo, aos regimes monárquicos, para substituí-los por “[...] um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais<sup>124</sup>”.

As revoluções liberais como a francesa trouxeram em seu âmbito os ideais iluministas – que deram início ao movimento constitucionalista -, que resultou no texto da Declaração de 1789, da qual Ferreira Filho<sup>125</sup> transcreve o art. 16: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”, conseqüentemente, para o liberalismo, Constituição é um documento escrito e solene, que organiza o Estado e separa os poderes, visando garantir os direitos do homem.

Para alguns autores, como Ingo Sarlet, a Lei Fundamental inserida em documento escrito, em sentido moderno, surgiu com a independência americana em 1776 e a promulgação da Constituição da União em 1787, ou, ainda, com a Constituição do Estado-membro da Virgínia em 1776. Para Sarlet, a declaração de independência em 1776, a promulgação da Constituição em 1787 e as primeiras dez emendas de 1791, *Bill of Rights*, formam um processo que resultou na primeira Constituição escrita no sentido moderno<sup>126</sup>:

Tudo isso revela que a construção da Constituição americana se deu mediante um processo que vai pelo menos de 1776 (declaração de Independência) até 1791 (incorporação de uma declaração de direitos ao texto da Constituição de 1787). Tal processo veio a ser consolidado posteriormente mediante, entre outros aspectos, a consolidação da noção de supremacia da Constituição, que será objeto de atenção logo adiante.

Sem embargo do marco inicial, se a independência dos Estados Unidos da América, ou se da Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder francês, chamado de terceiro estado - juntamente com a Declaração dos

---

<sup>124</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 7.

<sup>125</sup> Idem.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

Direitos do Homem e do Cidadão, em 27 de agosto de 1789<sup>127</sup> - e a promulgação da Constituição Francesa em 1791, fato é que nessa época surge o constitucionalismo como técnica jurídica para a tutela das liberdades e para assegurar as prerrogativas inalienáveis ao ser humano, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, resultado das mudanças políticas e sociais que alteraram curso da história da humanidade, dando início ao Estado liberal burguês.

---

<sup>127</sup> Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29 out. 2018.

## CAPÍTULO 4

### A BASE ESTRUTURAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS

No discurso de promulgação da vigente Constituição Federal, Ulisses Guimarães, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, declara, em 5 de outubro de 1988: “Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a “Constituição cidadã”<sup>128</sup>, que, precedida de significativo Preâmbulo, foi promulgada com 245 artigos, divididos em nove títulos, além de setenta disposições transitórias.

O Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, dedicou-se à enunciação dos fundamentos, objetivos e princípios que devem reger a República em suas relações internas e internacionais; no Título II, sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, destaca-se sua importância, devido à posição que reforça sua primazia na nova ordem; no Título III, “Da Organização do Estado”; no Título IV, “Da Organização dos Poderes”, disciplinou-se acerca dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do Ministério Público, da Advocacia Pública, a Privada e a Defensoria Pública; no Título V, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”; Título VI, “Da Tributação e do Orçamento”, disciplina o sistema tributário nacional e as finanças públicas; no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, regula-se o papel do Estado na Economia, as políticas urbana e agrícola e o sistema financeiro nacional; no Título VIII, “Da Ordem Social” abrigaram diferentes temas associados, desde a saúde à proteção dos índios, passando por educação, ciência e família, dentre outros, e, finalmente, o Título IX, “Das Disposições Constitucionais Gerais”.

Os Direitos Fundamentais foram garantidos em várias áreas. Na Saúde, por exemplo, a grande revolução foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Atualmente, União, estados e municípios são responsáveis por um sistema integrado de atendimento à saúde ao qual todo cidadão brasileiro e até

---

<sup>128</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 30 de out. 2018.

estrangeiros têm acesso. Antes, apenas quem era filiado ao antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) podia utilizar os hospitais públicos.

A Constituição de 1988 colocou a Educação como dever do Estado, inclusive para quem não teve acesso ao ensino na idade certa. Foi ampliada a educação rural e enfatizados os esforços para incluir as crianças com deficiência e a população indígena.

A defesa do consumidor também foi introduzida como um direito fundamental. O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por determinação expressa da Constituição.

A nova Carta também garantiu ao brasileiro o pleno acesso à Cultura e conferiu ao Estado a obrigação de proteger todos os tipos de manifestações tipicamente nacionais, como a indígena, a popular e a afro-brasileira.

A Constituição de 88 reconheceu a importância da biodiversidade ao dedicar um capítulo ao Meio Ambiente. Passou a exigir avaliação de impacto ambiental para obras e abriu caminho para legislações posteriores, como a Lei das Águas e a Lei dos Crimes Ambientais.

Outra mudança importantíssima foi a possibilidade de os cidadãos apresentarem projetos de lei, com a assinatura de 1% dos eleitores do País.

Luís Roberto Barroso aduz sobre a Carta vigente:

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país três décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Justamente ao contrário. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outras épocas, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura da legalidade constitucional.

Todas essas reformas, que colocam o indivíduo efetivamente sob o amparo da Constituição Federal, expressão de uma intenção fundacional configuradora de um sistema normativo inteiro que nela se baseia à exaustão, por

certo concedem ao operador do direito, a real possibilidade de interpretar as normas sob sua égide.

E para o cumprimento desse mister, já no art. 1º da Constituição, instituíram-se como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, devendo todos observar estes fundamentos basilares do Estado.

Infere-se que a dignidade da pessoa humana, portanto, é princípio fundamental, não podendo haver sua violação, sob pena de se ferir a Constituição. Deflui disso, que todas as relações jurídicas devem ser fundamentadas sob o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui incluídos os negócios jurídicos, como os contratos.

A Constituição, no art. 5º, ainda dispõe sobre vários direitos e garantias individuais, que também devem ser respeitados nos contratos, e que, inclusive fundamentam alguns. No seu inciso XXII, garante o direito de propriedade, e logo após, no inciso XXIII, assegura que a propriedade atenderá à sua função social.

A vigente constituição delimitou princípios que devem ser observados em todos os ramos do direito, bem como nas leis infraconstitucionais, que são originalmente competentes para tratar do contrato em si. Portanto, como fonte do direito, a Constituição também rege o contrato.

#### **4.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E AS NOVAS DIRETRIZES DO DIREITO CIVIL**

A Constituição Federal do ponto de vista jurídico é o conjunto de leis que organiza e rege politicamente um país e estabelece o Estado de Direito, definindo os direitos fundamentais, na esfera individual e coletiva, consagrando princípios e indicando fins públicos a serem realizados.

Na atual Carta Magna, além das normas constitucionais, também se encontram os principais ramos do direito infraconstitucional, como afirma Luís Roberto Barroso:

A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios<sup>129</sup>.

Essa amplitude de matérias tratadas na Constituição Federal de 1988, fez surgir novas diretrizes e perspectivas que foram impostas à vida social, e servem de parâmetro à interpretação e aplicação do Direito, com forte tendência social; criaram-se essas novas regras e princípios que vinculam e norteiam todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Faz-se aqui resumida explanação sobre regras e princípios, que, na interpretação forte de Robert Alexy<sup>130</sup>, significa que "[...] regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas".

Já Humberto Ávila afirma que:

[...] os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado, sendo que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um

---

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>. Acesso em: 16 nov. 2017.

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros: São Paulo, 5. ed., 2008, p. 87.

dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte<sup>131</sup>.

Isto posto, a função do intérprete do Direito não é o de dar significado a um dispositivo, mas constituir esses significados, e, justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio.

Segundo Ávila, o ordenamento jurídico atual "estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores<sup>132</sup>". Continua Ávila: "O intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicar suas versões de significados de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional<sup>133</sup>".

Nesse aspecto, e, particularmente em relação à legislação civil, quando esta for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição, mas o intérprete da lei não poderá adotar uma resistência conservadora consistente na leitura da Constituição a partir do Código Civil, o que até 1988 poderia fazer sentido, mas atualmente não faz.

Com efeito, o direito civil, ao longo de sua história romano-germânica, sempre foi identificado, como aduz Paulo Luiz Netto Lôbo, "[...] o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal<sup>134</sup>". Segundo esse autor, nenhum outro ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que o direito civil, "[...] em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal".

---

<sup>131</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. Malheiros: São Paulo. 2016, p. 50.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 54-55.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>134</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 11. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Nos mais de dois mil anos de existência, o direito romano-germânico, mostrava-se, portanto, distante das modificações sociais, políticas e econômicas vivenciadas na sociedade, assim permanecendo especialmente até o término da II Guerra Mundial. Paulo Lôbo considera que tudo levava a crer, que "[...] as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemorais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada<sup>135</sup>".

Afirma Paulo Lôbo, no entanto, que os estudos dos civilistas nas últimas décadas, especialmente após a II Grande Guerra, têm demonstrado a falácia do que ele entende ser uma "visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil<sup>136</sup>".

Segundo Paulo Lôbo:

Não se trata apenas de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devam ser extraídos<sup>137</sup>.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 alberga o Estado social no Brasil, incluindo na Carta a regulação da ordem econômica e social, limitando o poder político e o poder econômico, projetando para além dos indivíduos a tutela de direitos, como ao trabalho, educação, cultura, saúde, seguridade social, e ao meio ambiente, institutos que, sem exceção, têm reflexos no direito civil.

O contrato, por sua vez, símbolo máximo do patrimonialismo do Estado liberal, enquanto instrumento da transmissão da propriedade e da circulação de bens e de riquezas em geral, assume uma nova estrutura, para, alinhando-se aos interesses sociais, deixar de ser considerado mero mecanismo de realização individual, afastando-se da ótica liberal, para a qual a autonomia da vontade era o foco exclusivo na interpretação das regras do regime jurídico de direito privado.

---

<sup>135</sup> Idem.

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Idem.



E sobre o regime jurídico de direito privado, em que vigoram princípios como os da livre-iniciativa e da autonomia da vontade. Barroso<sup>138</sup> afirma:

As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional.

E no que diz respeito ao regime jurídico de direito público, este se funda na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público. Nas palavras de Barroso: "a autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica."<sup>139</sup>

No Código Civil brasileiro de 1916, a liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se no sistema privado, mas, diante da crescente supremacia do intervencionismo estatal sobre o liberalismo que caracteriza o século XX, ou seja, com a publicização do direito civil, a primazia da vontade dos contratantes passa a ser comumente determinada pela lei, não mais exclusivamente pelas partes, que devem observar os denominados preceitos de ordem pública.

O passo seguinte dessa evolução, em andamento desde o final do século passado, que acompanha a evolução da consciência social das pessoas em relação aos direitos fundamentais, com a consequente despatrimonialização do direito civil, além do surgimento do dirigismo contratual e da relativização do direito de propriedade, é a paulatina constitucionalização do direito civil, em harmonia com o princípio da dignidade humana, inserto na Carta de 1988<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; STF - Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em:

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, a noção do princípio da dignidade da pessoa humana é antiga e desde sua existência até os dias de hoje sofre mutações em seu conceito e aplicabilidade, asseverando que "[...] na antiguidade clássica, a dignidade era quantificada, na medida em que, quanto mais alta a posição social que o indivíduo ocupava e o seu grau de conhecimento, mais dignidade ele teria<sup>141</sup>". E continua Leite "[...] mas é com a filosofia de Immanuel Kant que essa concepção passa a se aproximar dos contornos modernos"<sup>142</sup>.

E para Immanuel Kant, na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, citado por Leite, o fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se na autonomia da vontade, atributo encontrado apenas nos seres racionais; a pessoa deve ser considerada como um fim, e não como meio, pois "[...] no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade"<sup>143</sup>, esta é justamente a concepção perseguida no direito civil moderno.

O jurista português Jorge Reis Novais<sup>144</sup> é taxativo ao afirmar que o fundamento axiológico dos direitos fundamentais seria a própria dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana pode, então, ser percebida como fundamento da consagração constitucional de um elenco constitucional de direitos fundamentais destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco os direitos de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais), que o Estado e os poderes públicos ficam obrigados a respeitar e a observar, não enquanto liberalidade, não enquanto autolimitação livremente assumida, mas enquanto vinculação jurídica de que, se o Estado pretender reivindicar

---

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada>. Acesso em: 5 nov. 2017.

<sup>141</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43.

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 73.

para si mesmo a qualificação como Estado de Direito não se pode isentar.

George Marmelstein<sup>145</sup> comunga do mesmo entendimento do jurista lusitano:

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para a vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica destes direitos.

Para Paulo Bonavides<sup>146</sup>, a razão de existir desses direitos é a de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana [...]”.

Ingo Sarlet<sup>147</sup> também reconhece neste princípio o núcleo axiológico dos direitos fundamentais:

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.

Além disso, como já sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que

---

<sup>145</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16-17.

<sup>146</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 575.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 102.

subjaz ao artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade’.

Diante do paradigma doutrinário apontado, torna-se mais fácil a compreensão em relação à definição e às funções desses direitos.

Um dos principais expoentes do movimento “antidogmático reformista” na Itália, Luigi Ferrajoli<sup>148</sup>, os classificou como sendo aqueles direitos subjetivos de todos os seres humanos, cidadãos ou pessoas com capacidade para trabalhar:

[...] son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Oscar Vilhena Vieira<sup>149</sup> aduz que por direitos fundamentais poderia se entender “a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos em uma determinada ordem constitucional”.

Marmelstein<sup>150</sup> afirma que são “normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito”.

Do mesmo entendimento comunga Carlos Simões<sup>151</sup>, ao reconhecer no princípio, além de seu “valor político”, a sua força diretriz:

---

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madri: Trota, 2009, p. 19.

<sup>149</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 31.

<sup>150</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

<sup>151</sup> SIMÕES, Carlos. **Teoria & crítica dos direitos sociais: o estado social e o estado democrático de direito**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 224.

A dignidade é instituída como um valor político fundamental, pois é politicamente que se manifestam os conflitos sociais e se criam as condições institucionais para a efetividade dos direitos sociais.

[...]

Expressa, portanto, determinados limites (negativamente) e prerrogativas (positivamente) de, contudo, tanto no âmbito da ação estatal quanto no da sociedade civil, por meio da instituição de um complexo de valores limitativos e prerrogativas a serem asseguradas à pessoa, em qualquer situação.

No tocante às suas funções, é Joaquim Gomes Canotilho<sup>152</sup> quem lembra que a “primeira função dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos).”

Em todos os posicionamentos até aqui expostos, se encontra uma unanimidade no que diz respeito às funções desse tipo de modalidade normativa, já que todos doutrinadores mencionados afirmam que os direitos fundamentais: (i) embasam o ordenamento jurídico de um país; (ii) garantem, através de ações omissivas ou comissivas pelo Estado, a “liberdade” e a “segurança” dos cidadãos (nacional ou estrangeiro, individual ou coletiva) e (iii) asseguram a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana junto à sociedade ou à nação.

Conhecidos o conceito e as suas principais funções; sabe-se, que o princípio da dignidade humana é o principal esteio axiológico dos direitos fundamentais.

É força destacar, por último, e mormente no que se refere à dignidade da pessoa humana, as lições de Robert Alexy sobre princípios absolutos<sup>153</sup>:

#### Princípios absolutos

O problema da invalidade de princípios dizia respeito a princípios extremamente fracos, isto é, princípios que em caso algum prevalecem sobre outros. No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em

---

<sup>152</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, publ. em Suhrkamp Verlag (2006), p. 111-112.

nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

Seria ainda possível sustentar que a Constituição alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art. 1º, § 1º, 1: "A dignidade humana é inviolável". De fato, o art. 1º, § 1º, 1, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes. Um âmbito definido por tais condições, isto é, protegido pelas regras a que correspondem essas condições, é aquele que o Tribunal Constitucional Federal classifica como "esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta".<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> Nota de Alexy: BVerfGE 34, 238 (245). É interessante, nessa decisão, como o tribunal define a relação entre o conceito de âmbito absolutamente protegido e o conceito de sopesamento: "nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade". Esse enunciado suscita problemas de interpretação. Deve ele ser compreendido de forma a que o princípio da dignidade humana tenha precedência também nos casos em que um princípio colidente tenha um peso maior *do ponto de vista do direito constitucional*? Isso seria contraditório. Para evitar essa contradição, a cláusula "interesses preponderantes da coletividade" tem que ser compreendida de forma a que se refira a interesses que tenham mais peso a partir de algum outro ponto de vista que não o do direito

De absoluta clareza, a doutrina desenvolvida por Alexy, compatível com o direito contemporâneo nacional, especialmente em relação às regras de direito privado, que, interpretadas à luz da Constituição, garantem ao indivíduo a supremacia de seus direitos individuais, sua dignidade, mas, em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, garantidos por esse princípio absoluto, devem ceder em favor dos direitos da coletividade, hoje expresso pelo princípio da socialidade.

## 4.2 A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>155</sup> esclarece que a "ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição de bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais".

Da ordem econômica emerge o Estado social, e se cristaliza a ideologia constitucionalmente estabelecida. Os princípios gerais da atividade econômica contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988 demonstram que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são idênticos.

A intervenção estatal no domínio econômico é matéria recorrente nos dias atuais, tendo em vista a conjuntura econômica globalizada à qual estamos sujeitos, onde variações cambiais, crises de moeda, baixa demanda, alta na oferta, são termos que consagram a intervenção estatal na economia.

O liberalismo hoje é suplantado pelo neoliberalismo, que já foi o liberalismo somado a um quê de *welfare state*, mas que hoje é entendido como a

---

constitucional. Assim, do ponto de vista do direito constitucional seria possível simplesmente sopesar e decidir que o princípio da dignidade humana é mais importante.

<sup>155</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 nov. 2017.

total desregulamentação do comércio, atrelado a privatizações e reduções de gastos do governo, visando a mínima interferência estatal possível na economia.

Da análise averiguada na livre iniciativa disposta ainda no art. 1º da Constituição Federal, o Brasil adotou um misto de liberalismo (depois transformado em neoliberalismo).

O moderno Estado Democrático não deixa de influir na ordem econômica, especialmente com vistas à garantia do bem-estar social, sendo legítima a intervenção do Estado no domínio econômico para atuar na esfera da iniciativa privada em havendo crises econômicas ou políticas.

A Constituição Federal de 1988 não constitui exceção a essa postura intervencionista mundialmente praticada e autoriza essa regulamentação, sem descrédito à livre iniciativa, de acordo com os arts. 170 e 173 da Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

A realização desses escopos demanda a participação estatal, especialmente enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica de forma indireta, pois o Estado somente estará intervindo na ordem econômica como mero agente disciplinador da economia.



A forma de atuação direta estatal na economia encontra respaldo também nas possibilidades previstas no art. 173, ou seja, em imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

A Carta Magna simultaneamente regulamenta a economia, estabelece seus objetivos e define seus princípios, de acordo e com incentivo ao regime da livre iniciativa privada no que afeta ao domínio econômico.

Humberto Theodoro Júnior resume o pensamento de Tupinambá M. C. do Nascimento<sup>156</sup>:

Regra-se sob o título ordem econômica um conjunto de normas de intervenção protetora ou restritiva às atividades econômicas, em consequência de certas finalidades e através de certos meios. Os fins buscados se vinculam à garantia de uma existência digna para todas as pessoas, de acordo com o que se denomina de justiça social. Inclusive, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, 'a dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III da Constituição) e a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da mesma Carta). Os meios usados, afora outros princípios, dizem respeito com a 'valorização do trabalho humano' e a 'livre iniciativa'. Esta é a compreensão de ordem econômica e seu conteúdo programático.

Sobre o tema, Celso Ribeiro Bastos<sup>157</sup> ensina:

Uma observação genérica sobre a disciplina jurídica da ordem econômica aponta para os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há uma definição muito clara dos princípios fundamentais que a regem: liberdade de iniciativa, propriedade privada, regime de mercado etc. Existe, portanto, uma intenção, bastante nítida, de limitar a presença econômica do Estado. A influência das últimas décadas, sobretudo a partir de 1972, conduziu o constituinte a perfilhar, ao menos em tese, os princípios de um sistema que, ideologicamente, poderia definir-se como capitalista, embora a Constituição, ela própria, se encarregue de infirmá-lo em diversos pontos específicos.

---

<sup>156</sup> NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição**, Rio de Janeiro: AIDE, 1989, p. 10, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Seus Princípios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide. 1993, p. 40.

<sup>157</sup> Celso Ribeiro Bastos. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. VII, p. 8, apud THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 40-41.

Para José Afonso da Silva, o Estado promove a cidadania, quando no exercício da intervenção econômica, tendo de forma direta garante a igualdade material dos indivíduos:

Incentivo, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, traz a ideia do Estado promotor da cidadania. É o velho fomento, conhecido dos nossos ancestrais, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. A própria Constituição já determinou apoio, estímulo e favorecimento a atividades específicas: o cooperativismo e o associativismo, as microempresas, nos termos dos arts. 174, §§ 3º e 4º, e 179”.

Sobre a intervenção do Estado na ordem econômica, sob a ótica da Lei Fundamental de 1988, em que pese seu caráter promotor da cidadania, ainda vige um sistema capitalista, em que se prima pelo exercício da iniciativa privada, mas, sem afastar, no mínimo, a intervenção indireta do Estado nas hipóteses de crises do mercado.

A Constituição Federal vigente atrelou a livre iniciativa à função social do contrato, referendando a progressiva constitucionalização do direito civil, visto ser este um dos ramos do Direito que regulam a atividade econômica, para que o Estado impusesse legalmente um limite à liberdade de contratar em prol do bem-estar social, garantindo ainda o equilíbrio contratual.

A função social do contrato não atinge tão somente as partes envolvidas no pacto, mas também terceiros que sofram seus reflexos, como no caso dos planos de saúde.

O Código Civil de 2002 inclui no Título V – Dos Contratos em Geral -, Capítulo I, a teoria geral dos contratos, dispondo no art. 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, ou seja, que a autonomia da vontade privada prevalecerá enquanto respeitar esses limites legais. Por sua vez, a liberdade negocial encontra limite no interesse social e no princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser caracterizado abuso a ser contrastado judicialmente, se antes não houver a intervenção do próprio Estado.

## CAPÍTULO 5

### O CONCEITO DE CONTRATO

O contrato se confunde com a origem do próprio direito, pois presente na vida humana enquanto instrumento de circulação de bens e de riquezas, desde quando superada a fase de saques praticados por um povo em face de outro, época em que o homem começa a se conscientizar de que a pacificação na sociedade emergente, o diálogo e as negociações eram os meios apropriados para assegurar a própria sobrevivência e perpetuação de sua espécie.

Contratar é prática vigente desde a Antiguidade, e que sobreviveu à Idade Média, a regimes totalitários e às grandes guerras dos últimos séculos, adaptando-se o instituto ao tempo de sua execução.

Em conceito amplo, o homem contrata diversas vezes ao dia, desde os provimentos para sua alimentação à realização de um empréstimo bancário, a venda de um imóvel, ou mesmo seu transporte diário. Poder-se-ia dizer que os contratos existem em qualquer vertente da vida humana, e exercem uma função permanente na área negocial, sendo o *locus* da ação criadora e inovadora do indivíduo, nas diversas modalidades de pactos.

O Contrato dinamiza a circulação dos bens e riquezas na sociedade, se adaptando à época e à conjuntura social na qual é celebrado, o que faz do contrato um valioso objeto de estudo no âmbito jurídico, enquanto uma das fontes das obrigações, assim como as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos que geram a responsabilidade civil.

A palavra contrato, segundo Antonio Chaves<sup>158</sup> tem origem no latim “[...] *contractus*, elipse de *negotium contractum*, exprime a relação que se estabelece em virtude de um acordo entre duas ou mais pessoas, destinado a constituir uma ou várias obrigações”, *con tractare*, significa tratar (algo) com (alguém).

---

<sup>158</sup> CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil**. v.. 2, Tomo 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 1984, p. 371.

Antonio Chaves transcreve da obra de Giorgio Giorgi<sup>159</sup>, para quem o contrato é espécie do gênero convenção, o seguinte:

O contrato é uma espécie de convenção. Dois jovens despreocupados que combinam encontrar-se amanhã numa partida de caça, fazem uma convenção; dois ou mais povos, duas ou mais potências que acordam estreitar uma Liga, uma Confederação, um Tratado, fazem uma convenção; os físicos, os geômetras, quando concordam, uns em dividir a escala do termômetro em cem, os outros, a circunferência do círculo em 360 graus, fazem uma convenção, mas nenhuma destas convenções representa a figura jurídica do contrato; pela razão de que existe contrato somente quando a convenção tenha por objeto *constituir uma obrigação*. A convenção, portanto, é o gênero: o contrato é a espécie.

Nessa seara, importante investigar as possíveis diferenças entre o ato jurídico, a convenção e o contrato, institutos que devem possuir na linguagem jurídica um sentido técnico preciso, conforme definidos por Chaves<sup>160</sup>:

1º *Ato jurídico é toda manifestação de vontade que tenha por fim produzir um efeito jurídico*, modificar uma situação jurídica. Essa manifestação de vontade é umas vezes unilateral (p. ex., o testamento): existe então um ato unilateral; outras vezes consiste num acordo: há então convenção.

2º A *convenção* é, pois, uma categoria particular de atos jurídicos, Aubry e Rau a definiram como “*um acordo de duas ou mais vontades sobre um objeto de interesse jurídico*”, quer dizer, um acordo que tenha por objeto modificar uma situação jurídica: *criar, extinguir ou modificar um direito*.

3º O *contrato* é uma *convenção geradora de direitos*. O contrato é, por conseguinte, uma espécie particular de convenção. A compra e venda é um contrato, porque criam um direito para o comprador e o vendedor. A remissão de uma dívida, ato pelo qual um credor dispensa do cumprimento seu devedor, é uma convenção. A terminologia nem sempre se respeita rigorosamente, inclusive no CC, onde a palavra convenção é utilizada frequentemente como sinônimo de contrato.

Interessante que, apesar de o contrato ser considerado uma espécie de convenção, mas não uma simples convenção, porque cria um novo direito entre os pactuantes, o Código Civil vigente em vários artigos ainda utiliza o termo convenção como sinônimo de contrato, como exemplificado a seguir: art. 286: "O

---

<sup>159</sup> GIORGI, Giorgio. **Teoria delle Obligazioni**, Florença: Cammelli, 1899, v.. III, p. 7, apud CHAVES, op. cit., loc. cit.

<sup>160</sup> CHAVES, Antonio. op. cit., p. 372.

credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação"; art. 394. "Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer"; ou, o art. 597. "A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações".

Tomando-se como exemplo a prestação de serviços, que, no dispositivo supratranscrito, o artigo 597 do Código Civil de 2002 utiliza o termo convenção como sinônimo de contrato, extraem-se os elementos e características próprios deste, como a bilateralidade (ou multiplicidade das partes), a consensualidade, a onerosidade, a prestação e a contraprestação pelos serviços.

Infere-se que, independentemente da terminologia utilizada, às partes, seja a convenção ou o contrato, o conceito representa um meio gerador de obrigações, uma troca de prestações, como na compra e venda de um imóvel, em que o comprador paga um preço, a fim de tornar-se seu proprietário, modificando seu *status* jurídico, enquanto o vendedor assume a obrigação de transferir-lhe os direitos à posse e domínio do bem.

Em sentido amplo, o conceito de contrato em nosso ordenamento jurídico pode ser expresso como qualquer negócio jurídico bilateral, um acordo de duas ou mais vontades, enquanto em sentido estrito, para Antonio Chaves, é também uma "[...] fonte de obrigações patrimoniais<sup>161</sup>".

No Código Civil Italiano, uma das fontes relevantes da formação do contrato no ordenamento nacional, nas disposições preliminares do Título II – Dei contratti in generale – Capítulo I, no art. 1.321, contrato é definido como "[...] *l'accordo di due o piú parti, per costituire, regolare o estinguire tra loro un*

---

<sup>161</sup> Idem.

*rapporto giuridico patrimoniale*<sup>162</sup>, ou seja, um acordo entre duas ou mais partes, para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial.

Nos Códigos Civis brasileiros de 1916 e de 2002, o legislador não conceituou expressamente o instituto do contrato, mas, definiu o ato jurídico, conforme art. 81 do Código Civil de 1916<sup>163</sup>, que forneceu, segundo Clóvis Beviláqua,<sup>164</sup> “[...] os elementos precisos para fixar a noção legal desta espécie de atos jurídicos”, definindo-o como “[...] o acôrdo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (*sic*), a exemplo do Código Civil italiano.

Por sua vez, o art. 82 do Código Civil de 1916<sup>165</sup> relaciona o que ainda hoje são considerados elementos do contrato, nos seguintes termos: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n. I), objeto lícito, e forma prescrita ou não defesa em lei (artigos 129, 130 e 145)”.

Beviláqua observa sobre o ato jurídico em comentários ao art. 82 do Código Civil de 1916<sup>166</sup>, *in verbis*:

1. O acto jurídico tem por conteúdo uma declaração de vontade. O agente, portanto, deve ser capaz de querer validamente. A ordem jurídica declara ineficaz a vontade dos incapazes. De um modo incondicionado, a dos absolutamente incapazes no art. 5º. São nullos os actos praticados pelos menores de 16 annos, pelos loucos, pelos surdos-mudos inhibidos de exprimir a sua vontade. Também a vontade dos relativamente incapazes (menores de 18 ou 21 annos, mulher casada, pródigos, selvícolas) é juridicamente ineficaz em relação a certos actos ou ao modo de exercel-os (art. 147, I).
2. A declaração da vontade deve ser conforme aos fins ethicos do direito, que não pôde dar apoio a institutos immoraes, cercar de garantias combinações contrarias aos seus preceitos fundamentaes. O acto jurídico há de ser lícito, por definição (art. 81). Consequentemente, se o objeto do acto for

---

<sup>162</sup> Codice Civile – Com Il Trattato CE e Leggi Complementari, Milano: Edizioni Giuridiche Simone, 1998, a cura di Fausto Izzo, p. 358

<sup>163</sup> Art. 81. Todo o acto lícito, que tenha por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina acto jurídico. Apud BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio Estácio de Sá, 7. tiragem, v. I, 1958, p. 326.

<sup>164</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. op. cit., v. II, observações ao art. 1.079, n. 1, p. 194.

<sup>165</sup> Ibidem, v. I, p. 328.

<sup>166</sup> Ibidem, v. I, p. 329.

offensivo da moral ou das leis de ordem pública, o direito não lhe reconhece validade.

3. É a forma que dá existência ao acto jurídico. Sem ella, não passará de uma acção humana estranha à vida jurídica. A ordem jurídica, em nossos dias, não é formalista; por isso contenta-se, em geral, com a forma escolhida pelo agente, desde que seja apta a lhe exprimir a intenção (art. 129). Algumas vezes, porém, estabelece formas rigorosas, sem as quaes não reconhece valor no acto. O casamento e o testamento, por exemplo, são actos, solemnes, que não valem, sem a forma, que a lei lhes prescreve. Os pactos antenupciaes, as doações, os actos constitutivos ou translativos de direito real, exigem escriptura pública. Exige-a, também, a adopção, que, além disso, está subordinada a outras exigências da lei (sic).

A concepção moderna de contrato estava simplesmente ligada à autonomia da vontade das partes contratantes, bastando sua capacidade, e a não ofensa aos fins éticos ou morais do direito, nem à lei, elementos estes que se supridos, lhe garantiriam a validade.

Recentemente, alguns juristas remodelam o conceito de contrato, formando um conceito pós-moderno ou contemporâneo, que amplia a margem de incidência do instituto, como na doutrina de Paulo Nalin<sup>167</sup>, para quem, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.

Flávio Tartuce<sup>168</sup> explica o atual fenômeno que amplia o conceito de contrato, pelos seguintes aspectos:

1º O contrato está amparado em valores constitucionais, sobretudo na solidariedade social (art. 3º, I, da CF/1988). A premissa tem relação direta com a escola do Direito Civil Constitucional, que prega a análise dos institutos civis a partir do Texto Maior. Por esse caminho metodológico, os princípios contratuais, caso da boa-fé objetiva e da função social do contrato, amparam-se em princípios constitucionais.

2º O contrato pode envolver um conteúdo existencial, relativo a direitos da personalidade. Cite-se a exploração patrimonial de

---

<sup>167</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 1. Ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255, apud TARTUCE. **Manual de Direito Civil**. 8. Ed. São Paulo: GEN - Método, 2018, p. 638.

<sup>168</sup> Idem.

imagem de um atleta profissional. Em reforço, pode ser mencionado o contrato celebrado entre uma emissora de televisão e o participante de programa de realidade (*reality show*). Aliás, a proteção dos direitos da personalidade e da dignidade humana no contrato tem relação direta com a função social do contrato, conforme reconhece o Enunciado n. 23 do CFJ/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.  
3º O contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da função social dos contratos, como será estudado adiante.

A limitação à autonomia da vontade das partes, sem suprimi-la, a proteção dos direitos da personalidade, a possibilidade de o contrato gerar efeitos perante terceiros, a constitucionalização do direito civil e a solidariedade social surgem como novos elementos formadores do contemporâneo conceito de contrato.

Sobre o tema, no aspecto da teoria jurídica, Cláudia Lima Marques assevera que o contrato é um conceito importantíssimo, uma categoria jurídica fundamental trabalhada pelo poder de abstração dos juristas, especialmente os alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do direito, definindo-o como<sup>169</sup>:

[...] negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo Direito".

Segundo Marques, a concepção de contrato sofreu nos últimos tempos uma evolução decorrente da criação de uma nova sociedade, a sociedade industrializada e, também, em face da evolução natural do pensamento teórico-jurídico, passando de um ato humano em que prevalece a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social.

---

<sup>169</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 38.



Não há dúvida de que essas questões envolvem direitos fundamentais, direitos da personalidade, muito além dos limites antes estreitos do instituto do contrato, quase sempre limitado aos interesses privados, como à propriedade, atualmente provoca repercussões sociais, com reflexos na plena autonomia da vontade privada, amparado por princípios constitucionais como o da função social e a boa-fé objetiva, como será abordado em capítulo próprio desta dissertação, passando-se a seguir ao estudo de sua evolução histórica.

## 5.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA OU MODERNA DO CONTRATO

No século XIX, a plena autonomia da vontade representava o principal elemento do vínculo contratual, característica da época do liberalismo na economia e voluntarismo no direito; a igualdade formal e a liberdade no momento de contratar era o que bastava, desconsiderando-se, assim, a situação econômica e social dos contraentes.

Nessa concepção clássica, as regras contratuais, segundo Cláudia Lima,<sup>170</sup> “[...] deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual”. Voluntarista e liberal, a concepção clássica influenciou, nas palavras de Marques, as grandes codificações do Direito e o pensamento jurídico do Brasil.

Esse pensamento acerca da plena autonomia da vontade e da liberdade contratual repercutiu no Brasil, restando positivado no Código Civil de 1916, e reconhecido na doutrina, como a de Maria Helena Diniz<sup>171</sup>, para quem, na definição clássica, o contrato faz lei entre as partes, nos seguintes termos:

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa. Num contrato, as partes contratantes acordam que se devem conduzir de

---

<sup>170</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>171</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23-24.

determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. O contrato repousa na ideia de um pressuposto de fato querido pelos contraentes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica. Seu habitat é o ordenamento jurídico. Seu efeito é a criação, modificação ou extinção de direitos obrigações, ou melhor, de vínculos jurídicos de caráter patrimonial. Portanto, o contrato, como negócio jurídico que é, é um fato criador de direito, ou melhor, de norma jurídica individual, pois as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinada maneira, uma em face da outra.

O Código Civil vigente não coloca uma "pá de cal" na plena liberdade de contratar, na autonomia da vontade das partes em face da função social do contrato, mas põe alguns limites à plena autonomia com vistas ao bem comum, ao bem-estar social.

E para compreender a evolução do conceito clássico de contrato para o contemporâneo, afeto à função social, é preciso inicialmente conhecer a evolução histórica do primeiro conceito, para daí analisar quais os entendimentos modernos sobre a plena liberdade de contratar, e, em seguida, compreender de que maneira a função social agirá sobre ela.

## **5.2 DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE CONTRATO À CONTEMPORÂNEA**

Não é consenso na doutrina que foi no Direito Romano onde primeiramente surge o contrato.

Para Puig Peña, citado por Cláudia Lima<sup>172</sup>:

[...] o *pactum* ou *conventio*, no direito romano, significava um simples acordo que por si só não gerava uma *actio*, nem vínculo obrigacional, sendo necessário um *plus (causa civilis)* para se transformar em *contractus*: a forma especial, ou mais tarde, a execução por uma das partes. De outro lado, se Roma possuía um conceito mais objetivo de contrato e diferenciado do atual, isto não impede que alguns doutrinadores visualizem na relação de forças entre o disposto na Lex e as instituições do *ius* (incluindo aqui os atos jurídicos) um conceito de autonomia privada bastante semelhante ao atual, com espaço reservado para a autodeterminação dos indivíduos.

---

<sup>172</sup> MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 43.

Orlando Gomes, sobre a formação histórica e os pressupostos ideológicos do conceito moderno de contrato, afirma terem se formado em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais: a) a dos canonistas; b) a da escola do Direito Natural.

Sobre a contribuição dos canonistas, aduz Gomes<sup>173</sup>:

[...] consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso, e, do outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes (*sic*).

Defendia-se a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, através da qual o pacto por si só, sem qualquer formalidade, faz surgir a obrigação jurídica decorrente da vontade humana.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, também influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender, nas palavras de Diez Picazo<sup>174</sup>, que:

[...] o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*). Salienta-se, no particular, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural. Ressalta-se ainda a influência de Pothier na determinação da função do acordo de vontades como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código de Napoleão.

---

<sup>173</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 6.

<sup>174</sup> DIEZ PICAZO. **Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial**, p. 87, que destaca também o voluntarismo jurídico da escolástica tardia, apud Orlando Gomes. op. cit., p. 6.

Orlando Gomes cita Bonfante,<sup>175</sup> para quem não é no direito romano onde se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica denominada contrato, em sua definição “[...] um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*)”.

O conceito sofreu alterações, e outros juristas romanistas, como Riccobono,<sup>176</sup> sustentam que o contrato “[...] era o acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes”.

A moderna concepção do contrato como acordo de vontades pelo qual as partes formam um vínculo jurídico, acompanha a ideologia individualista da época e o processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção, nas palavras de Orlando Gomes<sup>177</sup> “[...]refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo”.

O ideal do liberalismo econômico de que todos são iguais perante a lei, razão pela qual a liberdade de contratar e a plena autonomia da vontade das partes, não necessariamente em igualdade de condições econômica ou social, acabou por favorecer, na verdade, à dominação econômica pelos detentores do capital, pois o contrato serve para todos os tipos de relações entre sujeitos de direito, sem qualquer distinção, salvo quanto à capacidade das partes.

Sobre esse período ensina Orlando Gomes<sup>178</sup>:

Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso, mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo

---

<sup>175</sup> GOMES, op. cit., p. 7.

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> Idem.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 6-7.

modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.

A construção teórica do conceito jurídico de contrato tem por base as próprias operações econômicas que se pretendia tutelar, com ênfase, portanto, no patrimônio, na propriedade, e não na pessoa enquanto um valor a ser protegido. O processo econômico caracterizado pelo desenvolvimento da produção exigiu a generalização das relações de “troca”, resultando na construção da figura do negócio jurídico, de que o contrato é espécie.

Segundo Orlando Gomes<sup>179</sup> o “[...] negócio jurídico é o instrumento próprio de circulação dos direitos, isto é, de modificação intencional das relações jurídicas”, é através dele que os homens adquirem, desfazem ou transferem direitos uns aos outros, logo, não fosse o negócio jurídico, os homens só poderiam fazer aquilo cujos efeitos já estariam previstos na lei, sem qualquer liberdade de agir, razão pela qual conclui Gomes: “[...] se a autonomia privada é o poder de autodeterminação, o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza”.

O Código de Napoleão, que teve origem na Revolução Francesa de 1789, foi a primeira grande codificação moderna, e considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie, no Título I, do Capítulo I, art. 1.101<sup>180</sup>, disciplina o contrato como instrumento para aquisição de propriedade, em tradução livre: "O Contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam perante uma, ou várias outras, a dar, a fazer, ou a não fazer alguma coisa".

Para Sílvio Venosa, nessa época o acordo de vontades, na verdade representava “[...] uma garantia para os burgueses e para as classes

---

<sup>179</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 274.

<sup>180</sup> Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Art. 1.101 do Código Civil Francês. Disponível em: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/>. Acesso em: 21/10/2018.

proprietárias. A transferência de bens passava a ser dependente exclusivamente da vontade<sup>181</sup>”.

O liberalismo afastou o quanto pôde a interferência estatal, abrindo amplas perspectivas à vontade humana, que, somente em virtude das obrigações contraídas, poderia sofrer limitações.

Não há dúvida de que o progresso econômico ocorrido no século XIX teve por base o Direito contratual, que forneceu à sociedade liberta do feudalismo a possibilidade de livremente dispor sobre seus bens e riquezas, nas palavras de Santiago Dantas<sup>182</sup>:

[...] os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.

Posteriormente, o Código Civil alemão também disciplinou sobre o contrato, porém, não como transmitente da propriedade, mas uma “espécie de negócio jurídico, que por si só não transfere a propriedade, como sucede igualmente no novo Código Civil brasileiro”<sup>183</sup>.

O instituto do contrato, assim como a própria sociedade, se encontrava em um Estado liberal, e com isso, havia predominância dos princípios de liberdade, que no direito contratual se evidencia na autonomia da vontade das partes, que deve ser obrigatoriamente cumprida, na forma do brocardo latino *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados), isso significa que, em razão dessa liberdade, as pessoas não são obrigadas a contratar, porém, se o fizerem, devem cumprir com as obrigações assumidas, independentemente de posteriores alterações fáticas ou jurídicas que atinjam o próprio pacto.

---

<sup>181</sup> VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**, v. II, p. 362, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais**, v. III, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

<sup>182</sup> DANTAS, Santiago. **Evolução Contemporânea do Direito Contratual**, Revista dos Tribunais 195/144, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Seus Princípios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide. 1993, p. 13-14.

<sup>183</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 3.

Em contrapartida, a produção em massa demanda a existência de contratos impessoais que atendam as partes envolvidas, de um lado, quase sempre as empresas, as pessoas jurídicas ou mesmo o Estado, traçando-se, assim, novos rumos do Direito contratual, afastando-se da pessoalidade que o caracterizava para a existência de um dirigismo contratual, uma vez que esses novos pactos interessam a toda a coletividade.

Os anos após a 1ª Guerra Mundial, entre 1914 a 1918, bem demonstram esse dirigismo contratual, pois observam-se situações em que a prevalência do princípio *pacta sunt servanda*, por força deste evento extraordinário, tornou insustentável a prevalência dos contratos caracterizados pela pessoalidade e livre disposição de vontade, o que levaria a própria sociedade à bancarrota.

Na verdade, essa crise provocada pela I Guerra Mundial atinge o Brasil, na área da habitação, o que reclamou providências legislativas, como “[...] o regime especial do inquilinato (com o Decreto Legislativo nº 4.403, de 2 de dezembro de 1921), o qual perdurou até o ano de 1928, quando o Decreto nº 5.617 o aboliu, e restaurou o sistema do Código Civil”<sup>184</sup>, e assim, pouco a pouco foram surgindo restrições ao princípio da liberdade de contratar e surgindo o dirigismo estatal.

Nesse interregno, crescem as ideologias socialistas e comunistas, que sustentavam um Estado social, sendo que estes eventos levaram ao Estado social-democrático, alterando todos os princípios e normas de Direito, não ficando fora o direito civil, e dentre ele as normas contratuais.

Em consequência, houve a criação de princípios como o da função social do contrato, presente não apenas nas obrigações, mas no direito à propriedade, na empresa, e noutros objetos e valores importantes para a sociedade e para o Direito, como o de Família e o de Sucessões, e ainda no direito público, assumindo-se que a função social deve ser o norte à liberdade de contratar, com vistas ao bem comum, como finalmente expressam os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002.

---

<sup>184</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III. Contratos. 21 ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017, p. 168.

## **5.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS**

O Código Civil brasileiro de 2002 disciplina, em vinte capítulos, vinte e três espécies de contratos nominados (arts. 481 a 853) e cinco de declarações unilaterais de vontade (arts. 854 a 886 e 904 a 909), além dos títulos de crédito, tratados separadamente (arts. 887 a 926). Contém ainda um título referente às obrigações por atos ilícitos (“Da Responsabilidade Civil”, arts. 927 a 954).

O contrato constitui o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral, sendo que, a disciplina geral dos contratos civis encontra-se regulamentada no Código Civil, comprometida com princípios onde se apresenta claramente a ideia da sociabilidade, conectados à própria Constituição Federal de 1988, que exerce eficaz influência na sua formação, execução e extinção, como a seguir se exporá.

### **5.3.1 PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DO CONTRATO**

Não se afastaram da concepção contemporânea do contrato, os princípios clássicos ou gerais<sup>185</sup> que o regem, como os da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatória e da boa-fé.

#### **5.3.1.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

Sobre o princípio da autonomia da vontade, infere-se a liberdade de contratar, o poder de a pessoa capaz declarar sua vontade, na forma reconhecida pela ordem jurídica, fazendo nascer uma obrigação ou um direito.

Essencialmente, o contrato para que se caracterize como tal, deve observar a liberdade de contratar das partes no momento da realização do negócio jurídico.

Orlando Gomes<sup>186</sup> assevera:

---

<sup>185</sup> DE PAGE, Henri. **Traité Élémentaire de Droit Civil Belge**, t. II, p. 425, apud GOMES, op. cit., p. 425.

<sup>186</sup> GOMES, op. cit., p. 25-26.



O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Por certo, em qualquer regime contratual são indispensáveis normas que sejam inderrogáveis pela vontade das partes, para que o contrato tenha caráter de lei perante elas - *pacta sunt servanda* -, sem que as afastem dos efeitos pretendidos. As partes têm a faculdade de celebrar ou não contratos, nominados ou inominados, sem qualquer interferência do Estado

O apogeu do princípio da autonomia da vontade se deu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo, da liberdade em qualquer campo, inclusive no contratual, consagrando-se no art. 1.134 do Código Civil francês, que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram<sup>187</sup>”. Como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas exigir o seu cumprimento.

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>188</sup>, o princípio da autonomia da vontade consiste no “poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”. Encontra os veículos de sua realização nos direitos subjetivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos.

O Código Civil vigente consagrou a liberdade contratual no art. 421, nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e continua no art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normais gerais fixadas neste Código”.

Todavia, faticamente, a plena autonomia da vontade sempre sofreu limitações, a exemplo da obrigatoriedade de contratar com o Poder Público

---

<sup>187</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 20.

<sup>188</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**, p. 6, apud GONÇALVES, op. cit., p. 21.

serviços como os de fornecimento de água, saneamento, transporte, luz etc., afastando-se a plena liberdade de contratar, ou não, haja vista que tais serviços são essenciais à manutenção da vida, e, assim, limitando a liberdade de escolher com quem contratar, uma vez que esses serviços são prestados pelo Poder Público, ou, ainda, nas hipóteses de o Estado ser obrigado a contratar pessoa certa para a execução ou restauro de uma obra de arte. Há, também, a proibição de a pessoa não contratar o que a lei proíbe, além da limitação ao conteúdo do contrato, decorrente das denominadas “cláusulas gerais”, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ou as previstas no Código de Defesa do Consumidor, que consagram a supremacia da ordem pública, não admitem derrogação ou convenção diversa pelas partes, constituindo freios ao poder de contratar, evitando abusos advindos da desigualdade econômica.

### 5.3.1.2 O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

Somente no pensamento jurídico recente admitiu-se a ideia de que o consentimento é suficiente para a formação do contrato.

Em Roma, a formação dos contratos tinha uma ritualística própria para sua validade:<sup>189</sup>

Os contratos reais realizavam-se *per aes et libram*, solenidade executada pelo *libriprens*, que consistia no ato simbólico de pesar numa balança. Os contratos verbais, pela *stipulatio*. Os contratos liberais só se perfaziam com a relação de um escrito - *litteris* -, o qual não servia apenas para a prova, mas para lhes dar existência. Formavam-se pelas *nomina transcripticia* e pelos *chirographa* e *syngrapheae*. Somente nos contratos consensuais chegaram a admitir a formação pelo simples consentimento. Eram, porém, de número escasso.

O princípio do consensualismo, para o qual o acordo de vontades basta para o aperfeiçoamento do contrato, não exige na formação do contrato, em regra, qualquer forma especial, exceto os contratos relacionados na lei, ou os que dependam de exigência a ser cumprida, como os contratos reais e os solenes.

---

<sup>189</sup> GOMES, op. cit., p. 37.

Nesse sentido o art. 107 do Código Civil, para o qual “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, ou seja, o consensualismo é a regra, enquanto o formalismo é a exceção.

### **5.3.1.3 O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA**

O princípio da força obrigatória assevera que o contrato faz lei entre as partes, e obriga os contratantes, não importando as circunstâncias em que deva ser cumprido, desde que tenham sido observados os requisitos de existência, validade e eficácia dos contratos, ou seja, agentes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, forma prescrita ou não-defesa em lei, e se a vontade das partes for real<sup>190</sup> e a obrigação tiver sido pactuada de forma livre e espontânea.

O princípio da força obrigatória dos contratos impõe a observância de todas as obrigações pactuadas pelos contratantes, sob pena de o inadimplente responder com seu patrimônio pelo prejuízo que causar.

Orlando Gomes ensina<sup>191</sup>:

Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Para Gomes<sup>192</sup>, essa força obrigatória é a "pedra singular da segurança do comércio jurídico".

Consequência das mais importantes do princípio da força obrigatória dos contratos é a impossibilidade de alteração do conteúdo pactuado, a imutabilidade ou intangibilidade das cláusulas contratuais, que garantem a

---

<sup>190</sup> Arts. 104 e seguintes do Código Civil.

<sup>191</sup> GOMES, Orlando, op. cit., p. 38.

<sup>192</sup> Idem.

segurança de seu cumprimento, e somente permitem a intervenção do Estado, se houver a judicialização do pacto - o que incentiva às partes a sua conclusão – exceto na hipótese de nulidade ou de vício de vontade.

Ademais, a real possibilidade de execução do patrimônio do inadimplente torna o contrato celebrado no ordenamento jurídico nacional mais confiável às partes.

Este princípio vem sofrendo atenuações no direito brasileiro em razão tanto do espaço conquistado pelo princípio da Isonomia – que exige o tratamento desigual de partes desiguais em força, de modo a assegurar o equilíbrio entre estas –, quanto do surgimento da Teoria da Imprevisão – que autoriza a intervenção judicial nos casos em que a realidade dos fatos altere o contrato de modo não previsível no momento em que o firmaram, prejudicando uma das partes a exigência de seu cumprimento, razão pela qual o princípio da força obrigatória dos contratos não pode mais ser tido como absoluto<sup>193</sup>.

Esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações, revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais se não admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado, cedeu ante novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem.

Todavia, há possibilidade de afastar-se do princípio da intangibilidade. Há situações em que a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz, desde que a intervenção estatal não represente alteração radical nas bases do Direito dos contratos.

---

<sup>193</sup> Ibidem, p. 39.

Após a I Guerra Mundial, a instabilidade da moeda, a alta inflação, fez surgir em alguns países que dela participaram situações em que os contratos se tornaram impossíveis de ser cumpridos, porque acarretavam onerosidade excessiva a uma das partes. Tais constatações surgem exatamente no momento em que movimentos sociais alegavam que o poder econômico acarretava a exploração, pelos poderosos, dos economicamente mais fracos, que não tinham a opção de não contratar.

Em caráter excepcional, passa-se a aceitar a possibilidade de intervenção judicial, para corrigir rigores no cumprimento de obrigações, se evidenciado o desequilíbrio, a desproporção que levaria a parte (economicamente mais fraca) à inexecução do pacto.

Em França, o Conselho de Estado admitiu nos contratos de concessão de serviços públicos, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que circunstâncias não previstas pelas partes, causasse onerosidade que pudesse gerar sua bancarrota. A Lei Faillot, de 1918, sobre os contratos de fornecimento de carvão, que foram concluídos antes da guerra, foi editada em caráter emergencial para a proteção dos credores, que não poderiam ser obrigados a receber em pagamento moeda tão desvalorizada pela guerra, que não correspondia ao real valor do bem contratado.

Na Itália, constatou-se a volta da cláusula *rebus sic stantibus*, para reconstituir o mecanismo de proteção do contratante contra a excessiva onerosidade superveniente. Denominava-se teoria da superveniência, e considerava a guerra um caso de força maior, que tornara impossível a prestação excessivamente onerosa. O Código Civil italiano de 1942, ainda em vigor, passou a consagrar a teoria da imprevisão, e somente não a considera nos contratos aleatórios, nos quais a prestação depende de fato futuro que poderá vir ou não a suceder.

Na Inglaterra, foi editada a doutrina *Frustration of Adventure* - considerada como extensão da cláusula *rebus sic stantibus* -, para a qual, se surgisse um novo evento ou uma nova situação que alterasse o equilíbrio entre as partes, o contrato não vigoraria, porque perderia seu sentido original.

Para Arnaldo Rizzardo<sup>194</sup>:

Os contratos celebrados antes das hecatombes dificilmente tinham condições de se cumprir, nos mesmos termos, após o conflito. O credor receberia, em pagamento, uma moeda de tal sorte desvalorizada, cuja significação real não bastaria para adquirir um objeto qualquer, sem qualificação em relação ao que ocorria na ocasião do negócio.

Para justificar as exceções ao princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos, a doutrina fez ressurgir do Direito Canônico, a denominada cláusula *rebus sic stantibus*, e, por consequência, a Teoria da Imprevisão, que, leva em consideração, além da alteração do estado de fato no momento da concretização do vínculo, a impossibilidade de prever a alteração desse estado.

No Brasil, o revogado Código Civil nada mencionou a respeito da cláusula *rebus sic stantibus* e da Teoria da Imprevisão, somente passíveis de aplicação em casos excepcionais, onde restasse provada a existência de fato extraordinário, imprevisível e gerador de onerosidade excessiva para uma das partes.

A introdução da Teoria da Imprevisão no ordenamento jurídico nacional se concretizou com o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 6º, V, estabelece como princípio da relação de consumo o equilíbrio contratual, possibilitando ao consumidor, o hipossuficiente na relação, o ajuizamento da competente ação para alterar as cláusulas contratuais que lhe gerem prestações desproporcionais, ou, que por motivos não previstos à época da contratação, se tornem excessivamente onerosas.

O Código Civil de 2002 finalmente assentou em nosso ordenamento a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva. A liberdade de contratar passa a ser considerada por princípios ligados à coletividade, mais social, surgindo o conceito de função social do contrato nos já citados artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002, localizado nas preliminares (Seção I) das disposições gerais (Capítulo I), do Título V "Dos Contratos em Geral", o que reforça seu caráter de "cláusula-geral", e possui a seguinte redação:

---

<sup>194</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 185.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

E mais, os artigos 478 a 480, no Título V, da Seção IV, do Capítulo II, abaixo:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

No Direito internacional, é permitida a revisão de cláusula do contrato - *hardship clause* - no caso de circunstância superveniente alterar o equilíbrio das obrigações das partes.

A realidade capitalista e pós-moderna não permite a rigidez do contrato. Para Flávio Tartuce<sup>195</sup> “[...] o mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos e a manipulação dos meios de *marketing* geraram um grande impacto [...]”; o princípio da força obrigatória ainda vige em nosso ordenamento jurídico, porém não mais como regra geral.

A relativização do princípio da obrigatoriedade não significa, portanto, seu desaparecimento, por força da necessidade de segurança das relações jurídicas contratuais, tanto que o art. 389 do Código Civil brasileiro assevera que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” Pondera-se, assim, que ante a nova realidade social, a manutenção e a continuidade do contrato devem estar ligadas às regras da

---

<sup>195</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: GEN - Método, 2018, p. 666.

equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

#### 5.3.1.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O Direito moderno não admite o contrato enquanto *direito estrito*, na maneira denominada pelos romanos, cuja interpretação deveria ser dada de forma literal.

Orlando Gomes aduz que ao princípio da boa-fé empresta-se o seguinte significado<sup>196</sup>:

Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessário a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.

Efetivamente a observância dos princípios da probidade e da boa-fé pelas partes nos dias atuais, vislumbra-se assim na conclusão como na execução do contrato, conforme preconiza o art. 422 do Código Civil brasileiro.

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem corretamente desde as tratativas do contrato, como também em sua formação e cumprimento, sendo a boa-fé presumida, enquanto a má-fé dependerá de prova de sua ocorrência. Para Gonçalves<sup>197</sup>, o juiz ao julgar uma ação na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a boa-fé objetiva, aquela “[...] que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”.

Passa-se ao estudo da boa-fé objetiva, assim estendida a contratual.

---

<sup>196</sup> GOMES, op. cit., p. 43.

<sup>197</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 33.



### 5.3.1.4.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (CONTRATUAL) NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 prevê expressamente o princípio da boa-fé contratual, previsão que não constava da codificação de 1916, exceto quando relacionada à intenção do sujeito de direito nas ações possessórias, ali conceituada como boa-fé subjetiva.

Flávio Tartuce<sup>198</sup>, sobre a boa-fé objetiva, afirma que desde os primórdios do Direito Romano já se cogitava dela, no aspecto da conduta das partes nas relações negociais e contratuais, e anota sua evolução histórica:

Com o surgimento do jusnaturalismo, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes e denominada boa-fé objetiva. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias. Com essa evolução, alguns Códigos da era moderna fazem menção a essa nova faceta da boa-fé, caso do Código Civil português de 1966, do Código Civil italiano de 1942 e do BGB alemão, normas que serviram como marco teórico para o Código Civil Brasileiro de 2002. No Direito Alemão, a propósito, duas expressões são utilizadas para apontar as modalidades de boa-fé ora expostas. O termo *Guten Glauben* – que quer dizer, literalmente, bom pensamento – denota a boa-fé subjetiva; enquanto que *Treu und Glauben* – fidelidade e pensamento – denota a boa-fé objetiva.

O atual Código Civil, nessa linha evolutiva adota a dimensão concreta da boa-fé, a boa-fé objetiva, conforme inserta em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais se destaca o art. 4º, III:

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

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base

---

<sup>198</sup> TARTUCE, op. cit., p. 668.

na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (destacado).

Sobre a confrontação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, o Enunciado nº 27 do CJF/STJ estabelece: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

O Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 5º, reafirma que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé, aqui, objetiva processual, enquanto o art. 6º consagra o dever de colaboração entre as partes, bem assim, o art. 10 veda as decisões surpresa pelos julgadores, com base no dever de dar às partes a prévia oportunidade de se manifestar, além do art. 489, § 3º, pelo qual a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Para Tartuce a boa-fé objetiva, o dever de conduta leal entre os contratantes, está igualmente relacionado aos deveres de lealdade de qualquer negócio jurídico, sobre os quais destaca<sup>199</sup>:

- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- Dever de respeito;
- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- Dever de agir conforme a confiança depositada;
- Dever de lealdade e probidade;
- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de agir com honestidade;
- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

A quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (Enunciado nº 24 do CJF/STJ).

---

<sup>199</sup> Ibidem, p. 669.

Também o Código Civil de 2002, em três dispositivos relaciona as funções importantes da boa-fé objetiva, a seguir<sup>200</sup>:

1º) Função de interpretação (art. 113 do CC) – eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliar do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé. Essa função de interpretação, repise-se, também parece estar presente no Novo CPC, no seu art. 489, § 3º, devendo o julgador ser guiado pela boa-fé das partes ao proferir sua decisão.

2º) Função de controle (art. 187 do CC) – uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (“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”). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 do CJP/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da I Jornada de Direito Civil. Não se olvide que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada, pela presença de cláusulas abusivas; ou mesmo no âmbito processual.

3º) Função de integração (art. 422 do CC) – segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 do CJP/STJ, da I Jornada, “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Nos termos do Enunciado n. 170 da III Jornada, “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico.

Em resumo, aplica-se a boa-fé objetiva nas fases pré-contratual, contratual e perdura inclusive após a execução do contrato, na fase pós-contratual, e nesse sentido a recente Súmula 548 do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>200</sup> Ibidem, p. 670.

“Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito”.

Sobre os conceitos parcelares da boa-fé objetiva, advindos do Direito Comparado da obra do jurista lusitano Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Tartuce discorre sobre a *supressio*, a *surrectio*, a *tu quoque*, a *exceptio doli*, *venire contra factum proprium non potest*, e, ainda o *duty to mitigate the loss*, e a *nachfrist*, esta de origem alemã.

Segundo Tartuce<sup>201</sup> as seguintes construções teóricas, servem como luva à interpretação dada pelo Enunciado 26 do CJF/STJ, que impõe ao juiz interpretar, e, se necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes, como a seguir se exporá.

A *supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. O art. 330 do Código Civil adota o conceito, ao dispor que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Para Tartuce<sup>202</sup>, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portátil (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor), e tendo o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada quesível (aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor).

Se por supressão o credor perde um direito, simultaneamente surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), que não existia até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes.

---

<sup>201</sup> TARTUCE, op. cit., p. 675.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 676.

Em outras palavras, afirma Tartuce<sup>203</sup> “[...] enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes”. Ambos os conceitos podem ser retirados do art. 330 do Código Civil de 2002, constituindo duas faces da mesma moeda, conforme afirma José Fernando Simão<sup>204</sup>.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em homenagem ao princípio da boa-fé contratual, aplicou os dois conceitos à relação locatícia, o que gerou a alteração no valor do aluguel<sup>205</sup>:

Direito civil. Locação residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual (TJMG, 16ª Câmara Cível, Acórdão 1.0024.03.1632995/001 Belo Horizonte MG, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 07.03.2007, v.u.).

O julgado é paradigmático, porque representa a desconstrução da intangibilidade da força obrigatória do contrato, em favor da boa-fé objetiva.

Tartuce anota decisão em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a *supressio* na hipótese de cobrança de correção monetária em contrato de mandato judicial, concluindo que o seu não exercício em momento oportuno geraria renúncia tácita em relação aos valores, conforme informativo n. 478 daquela Corte Superior<sup>206</sup>:

---

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Contratos. (Série Leituras Jurídicas). 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38, apud TARTUCE, op. cit., p. 676.

<sup>205</sup> TARTUCE, op. cit., p. 676.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 678.

Correção monetária. Renúncia. O recorrente firmou com a recorrida o contrato de prestação de serviços jurídicos com a previsão de correção monetária anual. Sucede que, durante os seis anos de validade do contrato, o recorrente não buscou reajustar os valores, o que só foi perseguido mediante ação de cobrança após a rescisão contratual. Contudo, emerge dos autos não se tratar de simples renúncia ao direito à correção monetária (que tem natureza disponível), pois, ao final, o recorrente, movido por algo além da liberalidade, visou à própria manutenção do contrato. Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão de exigir retroativamente a correção monetária dos valores que era regularmente dispensada, pleito que, se acolhido, frustraria uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação processual, daí se reconhecer presente o instituto da *supressio* (STJ, REsp 1.202.514/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011).

A *tu quoque* significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada, quando da exigência da obrigação.

Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte<sup>207</sup>, “a locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio”.

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (regra de ouro), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>208</sup>. Relata o professor da USP que “Pelo ‘tu quoque’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (‘Tu quoque, fili’? Ou ‘Tu quoque, Brute, fili mi’?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria

---

<sup>207</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no Novo Código Civil brasileiro. In. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 399, apud TARTUCE, op. cit., p. 678.

<sup>208</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87-94). apud TARTUCE, op. cit., p. 679.

violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo”.<sup>209</sup>

Da jurisprudência paulista, Tartuce extrai a ementa a seguir, que aplica a máxima para negócio jurídico de transmissão de cotas sociais:

Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Cheque oriundo de negócio jurídico de cessão de cotas sociais. Alegação de vício no negócio. Impossibilidade de a parte invocar proteção por regra contratual que havia infringido ou, ao menos, colaborado para infringir (*tuo quoque*). Não demonstração de induzimento em erro acerca da estimativa de faturamento. Embargos julgados improcedentes. Sentença mantida. Apelação não provida (TJSP, Apelação 71619835, Acórdão 3583050, Osasco, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 27.03.2009, DJESP 12.05.2009).

Ainda como hipótese de concretude do conceito parcelar *tu quoque*, a jurisprudência de Minas Gerais, em situação envolvendo compromisso de compra e venda de imóvel<sup>210</sup>, entendeu que “O contratante não pode deixar de cumprir o contrato, com base na exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), se dá causa ao inadimplemento da parte contrária. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva, na dimensão do *tu quoque*” (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.09.732895-9/0011, Belo Horizonte, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 07.04.2010, DJEMG 03.05.2010).

Quanto ao conceito da *exceptio doli*, considera-se a defesa do réu contra ações dolosas contrárias à boa-fé. Aqui a boa-fé objetiva é utilizada como defesa, tendo uma importante função reativa, conforme ensina José Fernando Simão.<sup>211</sup> A exceção mais conhecida no direito civil brasileiro é aquela constante no art. 476 do Código Civil, a *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual ninguém pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação se primeiro não cumprir com a própria. A essa conclusão chega Cristiano de Souza Zanetti<sup>212</sup>, que aponta que a *exceptio doli* pode ser considerada presente em outros dispositivos

<sup>209</sup> ibidem, p. 88. apud TARTUCE, idem.

<sup>210</sup> TARTUCE, op. cit., p. 679.

<sup>211</sup> SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Contratos**. (Série leituras jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas. 2008. apud TARTUCE, ibidem, p. 680.

<sup>212</sup> ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 112-114. apud TARTUCE, op. cit., loc. cit.

do atual Código Civil brasileiro, como nos arts. 175, 190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916.

Para ilustrar, a aplicação da *exceptio doli*, Tartuce extrai interessante julgado publicado no Informativo n. 430 do Superior Tribunal de Justiça<sup>213</sup>:

“Exceção. Contrato não cumprido. Tratou-se de ação ajuizada pelos recorridos que buscavam a rescisão do contrato de compra e venda de uma sociedade empresária e dos direitos referentes à marca e patente de um sistema de localização, bloqueio e comunicação veicular mediante uso de aparelho celular, diante de defeitos no projeto do referido sistema que se estenderam ao funcionamento do produto. Nessa hipótese, conforme precedentes, a falta da prévia interpelação (arts. 397, parágrafo único, e 473, ambos do CC/2002) impõe o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Contudo, consta da sentença que os recorrentes já estavam cientes de sua inadimplência mesmo antes do ajuizamento da ação e, por sua inércia, não restou aos recorridos outra alternativa senão a via judicial. Alegam os recorrentes que não poderiam os recorridos exigir o implemento das obrigações contratuais se eles mesmos não cumpriram com as suas (pagar determinadas dívidas da sociedade). Porém, segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro, tal como se deu no caso. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial. Os recorrentes também aduzem que, diante do amplo objeto do contrato, que envolveria outros produtos além do sistema de localização, não haveria como rescindi-lo totalmente (art. 184 do CC/2002). Porém, constatado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só o celebrariam se ele fosse válido em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, a invalidade é total, não se cogitando de redução. O princípio da conservação dos negócios jurídicos não pode interferir na vontade das partes quanto à própria existência da transação. Já quanto à alegação de violação da cláusula geral da boa-fé contratual, arquétipo social que impõe o poder-dever de cada um ajustar sua conduta a esse modelo, ao agir tal qual uma pessoa honesta, escorreita e leal, vê-se que os recorridos assim agiram, tanto que buscaram, por várias vezes, solução

---

<sup>213</sup> TARTUCE, op. cit., p. 680-681.



que possibilitasse a preservação do negócio, o que esbarrou mesmo na intransigência dos recorrentes de se recusar a rever o projeto com o fim de sanar as falhas; isso obrigou os recorridos a suspender o cumprimento das obrigações contratuais e a buscar a rescisão do instrumento. Precedentes citados: REsp 159.661/MS, DJ 14.02.2000; REsp 176.435/SP, DJ 09.08.1999; REsp 734.520/MG, DJ 15.10.2007; REsp 68.476/RS, DJ 11.11.1996; REsp 35.898/RJ, DJ 22.11.1993; REsp 130.012/DF, DJ 1.º.02.1999; e REsp 783.404/GO, DJ 13.08.2007” (STJ, REsp 981.750/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.04.2010).

Como se extrai da decisão, Tartuce<sup>214</sup> afirma o dever de se verificar a relevância do descumprimento e do inadimplemento das partes para se aplicar a exceção de contrato não cumprido. Dessa forma, “o adimplemento substancial, o cumprimento relevante do pacto com mora insignificante, pode afastar a alegação da *exceptio non adimpleti contractus*” Nessa linha, aliás, quando da I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, o autor cita ter sido aprovado o Enunciado nº 24, dispondo que “Os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância”.

Pelo conceito parcelar extraído da máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. O conceito mantém relação com a tese dos atos próprios, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luís Díez-Picazo<sup>215</sup>.

Para Anderson Schreiber<sup>216</sup> podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.

---

<sup>214</sup> Idem.

<sup>215</sup> DIEZ-PICAZO, Luís; DE LEÓN, Ponce. **La doctrina de los propios actos**. Barcelona: Editorial Bosch, 1963. apud TARTUCE, op. cit., p. 682.

<sup>216</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Tutela de confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.124. apud TARTUCE, idem.

Sobre a relação do comportamento contraditório com a proteção da confiança, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, o Enunciado nº 362 da IV Jornada de Direito Civil aduz: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

A mais conhecida decisão envolvendo a *venire contra factum proprium*, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, refere-se a um caso de contrato de compromisso de compra e venda. O marido celebrou o referido negócio sem a outorga uxória, ou seja, sem a anuência de sua esposa, o que, na vigência do Código Civil de 1916, era motivo de nulidade absoluta do contrato. A esposa, entretanto, informou em uma ação que concordou tacitamente com a venda. Dezessete anos após a sua celebração, pretendeu a nulidade, que foi afastada justamente pela presença de comportamentos contraditórios entre si<sup>217</sup>:

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 95.539/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 14.10.1996, p. 39.015, Data da decisão 03.09.1996).

O Superior Tribunal de Justiça também aplicou o conceito *venire* para afastar negativa do locatário em pagar o aluguel devido, alegando que o promitente comprador não seria legítimo locador:

Locação. Promitente Comprador. Parte legítima para figurar no polo ativo da ação de despejo. Prova da propriedade ou do compromisso registrado. Desnecessidade. Dissídio Jurisprudencial Superado. Agravo regimental improvido. 1. A priori, a inexistência de prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado não enseja a ilegitimidade do promitente comprador em propor o despejo da locatária que não adimpliu os aluguéis. 2. Comprovada, na espécie, a condição de locador através do respectivo contrato de locação,

---

<sup>217</sup> TARTUCE, op. cit., p. 682-683.

assinado pela ora agravante, compete à locatária o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não ocorreu. 3. Fere a boa-fé objetiva a conduta da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de duas décadas, alega a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento. 4. Embora a ora agravante tenha demonstrado a existência da divergência jurisprudencial, verifica-se que este Superior Tribunal de Justiça recentemente asseverou que o ajuizamento da ação de despejo pelo promitente comprador prescinde de prova da propriedade do imóvel locado, a evidenciar a superação do dissídio. 5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 704.933/SP, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.08.2009, DJe 14.09.2009).

Flávio Tartuce conclui sobre o *venire contra factum proprium* com um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo contra uma empresa administradora de cartão de crédito que mantinha a prática de aceitar o pagamento dos valores atrasados, que, repentinamente, alegou a rescisão contratual com base em cláusula contratual que previa a extinção do contrato havendo inadimplemento. O Tribunal mitigou a força obrigatória dessa cláusula, ao apontar que a extinção do negócio jurídico e a cobrança integral não seriam possíveis, diante dos comportamentos de recebimento parcial do crédito. O consumidor foi indenizado pela negativação de seu nome em cadastro pela cobrança do valor integral<sup>218</sup>:

Dano moral. Responsabilidade civil. Negativação no Serasa e constrangimento pela recusa do cartão de crédito, cancelado pela ré. Caracterização. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. Administradora que aceitava pagamento das faturas com atraso. Cobrança dos encargos da mora. Ocorrência. Repentinamente invocam cláusula contratual para considerar o contrato rescindido, a conta encerrada e o débito vencido antecipadamente. Simultaneamente providencia a inclusão do nome do titular no Serasa. Inadmissibilidade. Inversão do comportamento anteriormente adotado e exercício abusivo da posição jurídica. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 174.305-4/2-00, São Paulo, 3.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado – A, Rel. Enéas Costa Garcia, j. 16.12.2005, v.u., Voto 309).

O *Duty to mitigate the loss* cuida do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado nº 169 do CJF/STJ na III Jornada de Direito Civil, pelo qual: “O

---

<sup>218</sup> Ibidem, p. 684.

princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera<sup>219</sup>, apresenta a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC. O Enunciado nº 169 do CJF/STJ, inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias (CISG), no sentido de que “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”. Para a autora da proposta de enunciado, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

À aplicação do *duty to mitigate the loss*, exemplifica-se o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento do locatário, fazendo surgir um dever por parte do locador de ingressar, tão logo possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.

O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Segundo a interpretação de Tartuce<sup>220</sup>, já aplicada pela jurisprudência, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJEMS 24.09.2009, p. 12 e TJRJ, Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Apelante: Paulo Roberto de

---

<sup>219</sup> FRADERA, Vera Jacob. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004, apud TARTUCE, op. cit., p. 684.

<sup>220</sup> TARTUCE, op. cit., p. 685.

Oliveira, Apelado: Banco de Lage Landen Brasil S.A, Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva, j. junho de 2011).

Em sentido próximo, o Tribunal de Justiça de São Paulo fez incidir o *duty to mitigate the loss* em face de instituição bancária, que não apresentou o contrato que iniciou o relacionamento com o correntista. Ademais, o banco, durante a execução do contrato, manteve a incidência de taxas e de juros sobre tais taxas em relação à conta inativa, não solicitando o comparecimento do cliente na agência para o devido encerramento da conta. Além de reconhecer a impossibilidade da cobrança dos valores, o Tribunal Paulista concluiu pelo dever de indenizar do banco, diante da inscrição indevida do nome do correntista em cadastro de inadimplentes (TJSP, Apelação 0003643-11.2012.8.26.0627, 20.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Origem: Comarca de Teodoro Sampaio, Rel. Des. Correia Lima, j. 15.06.2015)<sup>221</sup>.

O *duty to mitigate the loss* foi aplicado em acórdão publicado no Informativo nº 439 do STJ<sup>222</sup>:

Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma

---

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 686.

vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido” (STJ, REsp 758.518/PR, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010, DJE 1.º.07.2010).

Tartuce afirma a existência de uma relação direta entre o *duty to mitigate the loss* e a cláusula de *stop loss*, tema analisado também pelo Superior Tribunal de Justiça, no Informativo nº 541, nos seguintes termos:

A instituição financeira que, descumprindo o que foi oferecido a seu cliente, deixa de acionar mecanismo denominado *stop loss* pactuado em contrato de investimento incorre em infração contratual passível de gerar a obrigação de indenizar o investidor pelos prejuízos causados. Com efeito, o risco faz parte da aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro interno e externo. Nessa linha intelectual, ante a possibilidade de perdas no investimento, cabe à instituição prestadora do serviço informar claramente o grau de risco da respectiva aplicação e, se houver, as eventuais garantias concedidas contratualmente, sendo relevantes as propagandas efetuadas e os prospectos entregues ao público e ao contratante, os quais obrigam a contratada. Neste contexto, o mecanismo *stop loss*, como o próprio nome indica, fixa o ponto de encerramento de uma operação financeira com o propósito de ‘parar’ ou até de evitar determinada ‘perda’. Assim, a falta de observância do referido pacto permite a responsabilização da instituição financeira pelos prejuízos suportados pelo investidor. Na hipótese em foco, ainda que se interprete o ajuste firmado, tão somente, como um regime de metas quanto ao limite de perdas, não há como afastar a responsabilidade da contratada, tendo em vista a ocorrência de grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos” (STJ, REsp 656.932/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24.04.2014).

Finalmente, a *Nachfrist* (extensão de prazo) é outro conceito parcelar relativo à boa-fé objetiva que começa a ser debatido no Brasil. De origem alemã, e tratada pelo art. 47 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda (CISG), prevê a possibilidade de concessão de um prazo adicional ou período de carência pelo comprador para que o vendedor cumpra a obrigação, para preservação da

avença. Afirma Tartuce<sup>223</sup> “Diante da relação com a manutenção da autonomia privada, não se pode negar que o conceito também tem amparo na função social do contrato”.

Segundo o art. 47 da CISG nesta:

(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Como explicam Paulo Nalin e Renata Steiner<sup>224</sup>, “o conceito é desconhecido na experiência nacional (o que não significa que haja incompatibilidade, frise-se) e, mesmo no contexto da aplicação da CISG<sup>225</sup>, é objeto de inúmeros e acurados debates. Dentre as várias peculiaridades, salta aos olhos desde logo o fato de que a resolução independe de reconhecimento judicial. Da mesma forma, não há no Direito Brasileiro algo próximo à *Nachfrist*, expressão que designa a possibilidade de concessão de prazo suplementar para cumprimento da obrigação, findo o qual também se poderá utilizar o remédio resolutório, independentemente da configuração do descumprimento fundamental”. Pontue-se que, na VII Jornada de Direito Civil (2015), o primeiro jurista citado propôs enunciado sobre o tema que, diante do aludido desconhecimento doutrinário, acabou não sendo aprovado.

Através desses conceitos parcelares, conclui-se aqui, parcialmente, a boa-fé objetiva, para o início do estudo, especialmente sobre o aspecto histórico-político da mudança do Estado liberal para o social, que resultou na evolução do contrato sob o aspecto de sua função social.

---

<sup>223</sup> Ibidem, p. 687.

<sup>224</sup> NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. **Atraso na obrigação de entrega e essencialidade do tempo do cumprimento na CISG** Compra e venda internacional de mercadorias. Curitiba: Juruá, 2014, p. 327-328, apud TARTUCE, op. cit., p. 687-688.

<sup>225</sup> CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Vienna, 1980 –Uncitral.

Com o relato resumido da evolução para o Estado social, com foco nas constituições escritas, adentrar-se-á na constitucionalização do direito civil.



## CAPÍTULO 6

### O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO E A FUNÇÃO SOCIAL

O Código Civil vigente é portador de uma cláusula geral que tutela interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana, que garante o princípio da relatividade dos efeitos em relação a terceiros e reforça o princípio da conservação do contrato assegurando trocas úteis e justas, pelo que deve se refletir, de um lado, sobre a razão e os limites de sua função social, e de outro, as consequências do descumprimento dessa função.

Luiz Edson Fachin afirma que<sup>226</sup>:

[...] haveria de uma parte, em termos exógenos, a sanção do ordenamento sobre o contrato (logo, o descumprimento da função social levaria à inexistência ou à nulidade da avença), e de outra banda, entre as partes, endogenamente, inadimplemento por descumprimento da função social; em ambas as vias, a consequência é apta a gerar responsabilidade contratual diante do contrato nulo ou então absolutamente ineficaz. Essa, ambivalência esta que demanda investigação teórica.

E prossegue:

No Direito Civil brasileiro, diante do teor do novo Código Civil, pode emergir responsabilidade contratual, quer de contrato válido, "concluído entre o responsável e a vítima<sup>227</sup>", quer de contrato nulo ou ineficaz. Como escreve José de Aguiar Dias, em tal caso, a responsabilidade oferece "à parte a quem compete a respectiva ação a escolha entre demandar com fundamento nas relações do contrato e pedir a reparação do dano extracontratual. Afasta-se, aqui, para tanto, o brocardo *quod nullum est, nullum effectum producti*. Será essa mesmo a resposta? Sem embargo da sustentação de todo razoável, o tema pode alojar-se na arena da inexecução contratual.

A função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil, garante que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ora, sendo a razão a causa final do contrato, a ausência de limite de tal razão pode levar à sua inexecução.

---

<sup>226</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim**. Renovar, Rio de Janeiro, 2015, p. 124.

<sup>227</sup> AGUIAR DIAS, José de, **Da responsabilidade civil**, p. 165, apud FACHIN, op. cit., loc. cit.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin assegura que o descumprimento da função social do contrato, pode corresponder a seu inadimplemento ou inexecução, caracterizando-se a responsabilidade sem culpa, e que a função social do contrato apresenta duas dimensões: “uma intrínseca à relação entre os contratantes, que respeita ao seu equilíbrio, segundo os princípios da justiça contratual e da boa-fé, e outra extrínseca, que é pertinente à repercussão que diz respeito aos “efeitos do contrato no largo campo das relações sociais<sup>228</sup>”, portanto, o contrato excessivamente oneroso não atende à dimensão intrínseca do princípio da função social, sendo, pois, ineficaz, parcial ou totalmente.

## 6.1 DA INVALIDADE DOS CONTRATOS

A expressão função social foi elevada a preceito imperativo antes do Código Civil de 2002, pelo artigo 170 da Constituição, pois estava presente nos princípios da solidariedade e da funcionalização da ordem econômica.

Tais princípios já bastavam para dizer que os contratos estão submetidos a uma função social, agora expresso na codificação como princípio de ordem pública.

Aduz Fachin que o contrato possui uma função que se “[...] liga à solidariedade entre as partes contratantes, mas que a elas não se resume, atingindo também aqueles que não se colocam como partes naquela relação contratual<sup>229</sup>”.

Um contrato pode possuir um sentido teleológico que extrapola em muito a relação entre os contratantes, que segundo Fachin se “[...] firmados não atendem à sua função social, violam princípio de *status* constitucional expressamente previsto no Código Civil”, devendo ser proscrito pelo ordenamento jurídico, incidindo sobre ele nulidade absoluta.

---

<sup>228</sup> NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001 apud FACHIN, op. cit.

<sup>229</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 33, apud FACHIN, op. cit.

Esse entendimento está expresso no artigo 2.035 do Código Civil de 2002, pelo qual: "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", razão pela qual poderá ser considerado inválido qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição.

Referido preceito legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto os de direito privado quanto os de direito público, até porque, no campo jurídico contemporâneo, não há mais a separação absoluta entre o público e o privado, como se tem argumentado nessa dissertação.

Sob o aspecto temporal, Fachin aduz:

[...] tal incidência abrange não apenas atos e negócios realizados após janeiro do ano de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do nosso Código Civil; a consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial.

Por conseguinte, aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, sem afastar a autonomia da vontade das partes, mas com o intuito “[...] de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social<sup>230</sup>”.

Maria Helena Diniz sobre a função social do contrato, afirma:

Assim sendo, o parágrafo único do artigo 2.035, *sub examine* veio a reconhecer os princípios da função social da propriedade e dos contratos como preceitos de ordem pública inderrogáveis pela vontade dos contratantes. Por isso nenhuma convenção poderá prevalecer se vier a contrariá-los, visto que fixam as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade.

---

<sup>230</sup> FACHIN, op. cit., p. 127.

Probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, em sua execução, e mesmo após o término formal dos pactos, podendo a violação desses princípios ser considerada espécie de inadimplemento. Os princípios da probidade e da confiança são preceitos de ordem pública que incidem nas relações interprivadas.

Tais considerações permitem compreender como a boa-fé e a função social estão alinhadas à própria base de fundamentação jurídica na prestação jurisdicional, onde quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, mas adota e oferta um novo modo de ver a relação entre o contrato e a ordem pública.

Destarte, são as avenças nulas de pleno direito quando violarem o princípio da função social dos contratos, à luz do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, que, reitere-se, pode mesmo afastar o antes já mencionado aforismo *quod nullum est, nullum effectum producit*.

Resta, claro que, simultaneamente, em face do teor do artigo 422 do Código Civil, para Fachin pode tal contrato “[...] infringir o sentido de "lealdade de tratamento e respeito à esfera jurídica de outrem" que, na lição de Clóvis do Couto e Silva, constituem o sentido do princípio da boa-fé objetiva<sup>231</sup>. Tais deveres incidem em todas as fases do contrato como processo de direito material: nas negociações preliminares, na conclusão, na execução e mesmo na eficácia pós-negocial”.

A propósito, sobre o contrato, escreveu Enzo Roppo<sup>232</sup>, que "não é um elemento da realidade física, cuja existência se possa propriamente constatar, tal como é possível constatar-la quanto aos objetos do mundo natural", e por consequência, "a formação de um contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de atos e comportamentos humanos"<sup>233</sup>.

O desaproveitamento da função social pode, então, configurar violação de dever jurídico; será genérica ou específica a abrangência dessa violação de um dever, a depender da abrangência: se de todo o contrato ou apenas de parte

---

<sup>231</sup> COUTO E SILVA, apud FACHIN, op. cit., p. 35.

<sup>232</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 84-85 apud FACHIN, op. cit., p. 129.

<sup>233</sup> Idem, idem.

dele, e neste último caso a seqüela poderá não afetar as respectivas prestações típicas ou principais, a inexecução tem esse campo assim definido.

## **6.2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS, OS PRECEITOS DE ORDEM PÚBLICA - AS SÚMULAS DO STJ**

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2.035, parágrafo único, estatui que "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".

À evidência, a liberdade de contratar encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela Lei. Não havendo limites na Lei, não há limites às partes, que devem obviamente observar a boa-fé objetiva e a função social do contrato, especialmente não se sobrepondo aos interesses da coletividade.

Assim, pode-se entender que a função social dos contratos, traz consequências *intra partes* e também *extra partes*.

Como efeito *intra partes*, Flávio Tartuce<sup>234</sup> cita a previsão do art. 413 do Código Civil, como exemplo de relativização da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), uma das consequências da função social dos negócios jurídicos. Por esse dispositivo, afirma o autor que o juiz deve reduzir o valor da cláusula penal se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se entender que a multa é excessivamente onerosa. Como o comando legal utiliza-se a expressão "deve" a redução é de ofício, sem a necessidade de arguição pela parte interessada. Isso é confirmado pela natureza jurídica do princípio da função social dos contratos, de ordem pública, conforme previsão do art. 2.035, parágrafo único, do próprio Código Civil.

Como exemplo *extra partes*, Tartuce cita um caso em que o contrato, pode ser bom para as partes, mas ruim para a sociedade, como o celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não

---

<sup>234</sup> TARTUCE, Flávio. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-funcao-social-dos-contratos-a-boa-fe-objetiva-e-as-recentes-sumulas-do-superior-tribunal-de-justica,22107.html>. Acesso em: 31 de out. 2018.

trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra de seu caráter sinalagmático. Entretanto, a publicidade veiculada é discriminatória, portanto, abusiva (art. 37, § 2º do CDC), estando nesse ponto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo.

Sob o amparo do diálogo entre as fontes e da primazia do interesse coletivo, no aspecto social, o Superior Tribunal de Justiça<sup>235</sup> inovou seus entendimentos sumulares com vistas ao princípio da função social dos contratos e das obrigações, como na Súmula 286: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

A Súmula 286 quebra paradigmas favoráveis aos princípios relativos ao direito civil constitucionalizado, particularmente o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes do art. 3º, I, da Constituição Federal, para evitar o enriquecimento sem causa, o locupletamento, a lesão subjetiva e a desproporção das prestações.

A Súmula 285 do STJ prevê: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”, que traduz decorrência lógica do Estatuto do Consumidor, onde referida multa está limitada a dois por cento (2%) sobre o valor da dívida tanto nos casos de contratos bancários, como de contratos financeiros.

A Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, sepultou a discussão quanto à existência ou não de relação de consumo nos contratos celebrados com as instituições bancárias e financeiras.

Através da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, assentou-se que: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante

---

<sup>235</sup>

Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas). Acesso em: 30 out. 2018.

os adquirentes do imóvel”, o que demonstra seu relevante enfoque social, assim como a Súmula 302 do STJ, que prevê: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

O contrato serve à realização do projeto existencial humano através do reconhecimento da força jurídica da manifestação de vontade oriunda, esta, da autonomia privada, para fazer circular a riqueza individual desde que sem descuidar dos interesses do outro contratante, tampouco dos interesses de terceiros, o que resume seja a função social dos contratos.

A função social do contrato é, assim, a expressão da socialidade no direito privado, mas mais que isso, é cláusula geral, ou seja, técnica legislativa endereçada ao julgador para que este se valha de critérios axiológicos no julgamento do caso concreto.

## CAPÍTULO 7

### O PÚBLICO E O PRIVADO NOS CONTRATOS CIVIS

Os autores citados no presente trabalho afirmam, em sua maioria, a possível existência de uma dicotomia entre o direito público e o privado.

Público e privado, todavia, são divisões didáticas do direito, em que cada uma resguarda regras epistemológicas próprias.

A questão que suscita a dúvida é se essa dicotomia alcançaria aplicabilidade nos contratos civis, como a seguir explanado.

#### 7.1 A NORMA E O BEM-ESTAR SOCIAL

Rudolf Von Ihering faleceu em 1892, antes que pudesse elaborar os capítulos X, XI e XII da obra “A Finalidade do Direito”.

No Capítulo VIII, “A mecânica social ou as alavancas do movimento social” (continuação), item 15, Von Ihering disserta sobre a denominada “Solidariedade dos interesses da sociedade e do indivíduo”, onde afirma que as épocas de revolta, revolução, anarquia, são as lições da história que ministram aos povos ensinamentos sobre o Estado e o Direito <sup>236</sup>:

Em um ano ou, quiçá, um mês, o cidadão aprende, sobre a significação de ambos, muito mais do que toda a sua experiência até então. Agora, sentindo-se em necessidade, clama pelo poder público e pela lei, que antes anatematizava, e o mesmo homem que escarnecera ao preconizarmos que na lei é a nós mesmos que protegemos e preservamos; o mesmo homem que zombara quando o exortáramos a defender a lei, já que ela constitui a condição de nossa existência – este mesmo homem, agora, é capaz de compreender-nos.

Sobre a vivência em sociedade, Von Ihering<sup>237</sup> afirma que “o povo politicamente imaturo é como a criança que supõe aprender em razão do professor; o povo politicamente maduro é como o adulto que sabe que aprende

---

<sup>236</sup> VON IHERING, Rudolf. **A Finalidade do Direito**, Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. I, p. 298.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 298-299.



em seu próprio benefício. Aquele considera o poder público seu antípoda, enquanto esse o vê como amigo, aliado, protetor. Lá, ao poder público se depara a resistência; aqui, encontra apoio. Lá, o povo auxilia o criminoso contra a polícia, aqui, o povo presta auxílio à polícia contra o criminoso”, sendo esta uma fração ínfima do raciocínio que Von Ihering estabeleceu sobre as relações entre o povo e o poder público, o interesse individual e o bem-estar social.

Supondo que a total compreensão da solidariedade do interesse comum com o interesse individual estivesse presente em cada um, mesmo assim, a lei, de forma alguma seria supérflua, pois isto não constitui a única causa que provoca a sua existência, pois existe uma segunda razão, “a vontade má ou fraca, que, em função do seu próprio interesse imediato, sacrifica o interesse comum mais remoto”.

E nesse ponto, Von Ihering<sup>238</sup> avança para a diversidade entre o interesse particular e o interesse comum inerente à relação societária, onde, em sentido amplo, residem, igualmente, a fraqueza e a força do direito. “A fraqueza, na medida em que o interesse particular constitui, para o indivíduo, a tentação de fazer valer o seu próprio eu em detrimento da sociedade”, sendo que por interesse particular, o autor entende todo motivo de ordem puramente individual, como a motivação pela ambição, mas também o ódio, rancor etc. A força, enquanto o interesse comum coliga todos os outros para a defesa do direito e contrapõe, “ao interesse do indivíduo pelo injusto, o interesse de todos no direito; ao poder de que o indivíduo dispõe para a agressão, o poder de que todos dispõem para a defesa”.

Poder-se-ia resumir que a finalidade da norma – mesmo nos dias atuais - seria a de realizar um determinado interesse da pessoa humana em sua experiência social, seja relativamente a seus bens ou às situações de fato que vivencia.

A norma jurídica quer provenha do Estado, na forma de lei, quer se forme em razão dos costumes das pessoas daquela sociedade, dirige-se à

---

<sup>238</sup> Ibidem, p. 301-302.

consecução dos objetivos eleitos para o bem-estar social, e representam a proteção a nós mesmos, enquanto indivíduos que diuturnamente estabelecem relações interpessoais, nas relações de parentesco e filiação, na sucessão, no casamento, em relação à propriedade, ou na realização dos contratos.

A questão seria delimitar – para o equilíbrio - entre a norma, o indivíduo e o bem-estar social, qual o limite de não intervenção do Estado. Entre a plena autonomia privada, a realização da felicidade individual e a função social (pública) dos contratos civis e empresariais, qual o papel do Estado? E mais, sobre o aspecto normativo, é possível suprimir ou senão equilibrar a dicotomia entre os direitos público e privado, com vistas ao bem-estar social, sem afastar os interesses individuais que não se sobreponham aos coletivos?

Buscar-se-á demonstrar nos próximos itens desta dissertação um norte que possa dar, mas sem esgotar, o conteúdo a esses questionamentos.

## **7.2 DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO**

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa<sup>239</sup>.

O direito constitucional, conjunto de normas fundamentais instituidoras do Estado e regedoras da sociedade, é ramo do direito público.

Luís Roberto Barroso<sup>240</sup> afirma que a distinção entre direito público e privado remonta ao direito romano clássico, “que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais”. Todavia, para Barroso essa divisão jamais significou uma “quebra da unidade sistemática do Direito, tampouco a criação de dois domínios apartados e incomunicáveis”, mas afirma ser possível formular, para utilidade didática, a distinção entre esses direitos considerando três fatores verificáveis na relação jurídica: (i) os sujeitos; (ii) o

---

<sup>239</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

<sup>240</sup> Idem.

objeto; (iii) a sua natureza, mas nenhum deles é suficiente em si, exigindo complementação recíproca.

Sobre o critério dos sujeitos da relação jurídica, caso ela se estabeleça entre particulares - indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado -, será regida pelo direito privado, como nos exemplos de Barroso, um contrato de compra e venda de um imóvel ou um contrato de mútuo bancário, se situa no âmbito do direito privado.

De outra sorte, se, em um ou em ambos os polos da relação, figurar o Estado ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público, em regra, haverá uma relação jurídica de direito público, como exemplifica Barroso<sup>241</sup>:

- (i) o Estado desapropria imóvel de um particular para a construção de uma escola, propondo a ação judicial própria;
- (ii) o Estado institui um empréstimo compulsório, que é uma espécie de tributo, mediante lei regularmente aprovada;
- (iii) a União e um Município firmam convênio para a prestação de um serviço específico na área de saúde. Estas são tipicamente situações regidas pelo direito público.

Quando o Estado, nos exemplos do autor, desapropria um imóvel ou institui um tributo, atua para satisfazer o interesse comum, o público.

O proprietário de um imóvel desapropriado ou o sujeito passivo de um tributo se sujeita a tais imposições independentemente de sua vontade, se estas forem legais, exercidas pelo Estado dentro de seu poder soberano, traço comum das relações de direito público.

Já no direito privado, “a regra é a igualdade jurídica entre as partes, sendo que as normas jurídicas desempenham um papel de coordenação”, como afirma Barroso<sup>242</sup>. Assim, se o proprietário de um bem não desejar vendê-lo, ou se a instituição financeira recusar um empréstimo a um indivíduo ou a uma empresa privada, a relação jurídica simplesmente não se estabelece; traço comum do direito privado, onde deve haver consenso e a vontade de um não se impõe à do outro.

---

<sup>241</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 81.

Ademais, na vida das pessoas e na prática das instituições existe claramente um regime jurídico de direito privado e outro de direito público. Sobre o tema, Barroso professa<sup>243</sup>:

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre-iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva<sup>244</sup>. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem a faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional.

Já o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas consequências, como ocorre na desapropriação. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal mediante concurso público. E a responsabilidade civil do Estado é objetiva<sup>245</sup>.

Quando violada uma norma de direito público, o Estado tem o poder-dever de restabelecer a ordem jurídica vulnerada, independentemente de intervenção judicial, pois seus atos - autoexecutáveis - salvo hipótese de ilegalidade; sujeitam-se a controle específico do próprio Poder; já se violada uma

---

<sup>243</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>244</sup> Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>245</sup> Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

norma de direito privado, se a solução não se der através de alguns dos meios de pacificação social, haverá a necessidade de judicialização do caso, devendo o interessado provocar o exercício jurisdicional, haja vista que o Poder Judiciário, salvo exceções, não atua de ofício.

### 7.3 O AVANÇO DO DIREITO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

O direito privado, especialmente o direito civil, preservou até o século passado, no Brasil, a garantia da livre iniciativa e da autonomia da vontade, como já relatado nesta dissertação; o individualismo presente no Código Civil de 1916, onde a liberdade de contratar e o direito de propriedade formavam o centro de gravidade do sistema privado, cederá espaço ao princípio da socialidade.

Ao longo do século XX, esse quadro se modifica e surge a progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal, que insere no direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública<sup>246</sup>, que marcam a já citada publicização do direito privado, processo que se aprofunda, para a constitucionalização do direito civil.

Entre meados e o final do século passado, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promovem a superposição entre o público e o privado<sup>247</sup>. No curso desse movimento, opera-se a despatrimonialização do direito civil<sup>248</sup>, ao qual se incorporam fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade.

---

<sup>246</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, 1997, v. 1, p. 13-14: "Os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito publico, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo, [...] inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia", apud BARROSO, op. cit., p. 85.

<sup>247</sup> BOBBIO apud BARROSO, op. cit., p. 86.

<sup>248</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33.

Os princípios constitucionais passam a condicionar a interpretação dos institutos de direito privado, sendo que, para Barroso<sup>249</sup>, a dignidade da pessoa humana “assume sua dimensão transcendental e normativa. A Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade”.

## 7.4 A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Quando se afirma a existência de uma dicotomia entre dois termos, para Norberto Bobbio<sup>250</sup> estes podem ser definidos "um independentemente do outro, ou então apenas um deles é definido e o outro ganha uma definição negativa (a "paz" como "não-guerra)". Afirma Bobbio, que neste segundo caso o primeiro é o termo forte, o segundo, o termo fraco, assim, entre o direito público e o direito privado, "o mais forte é o primeiro, na medida em que ocorre frequentemente de "privado" ser definido como "não-público" (*privatus qui in magistratu non est, Forcellini*), raramente o contrário".

Bobbio, sobre o espaço que os dois termos delimitam, afirma que: "[...] a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa<sup>251</sup>".

A questão que provoca debate secular da relação entre o público e o privado é que, aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos. Nas palavras de Bobbio<sup>252</sup>:

Sejam quais forem a origem da distinção e o momento de seu nascimento, a dicotomia clássica entre direito privado e direito público reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares; ou, mais em geral, entre a sociedade global e eventuais grupos

<sup>249</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 86.

<sup>250</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 14.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 14-15.

menores (como a família), ou ainda entre um poder central superior e os poderes periféricos inferiores que, com relação àquele, gozam de uma autonomia apenas relativa, quando dele não dependem totalmente.

Sendo o direito um ordenamento da ordem social, a dicotomia entre o direito público e o privado demanda primeiramente distinguir se se trata de uma relação entre iguais ou desiguais, como afirma Bobbio<sup>253</sup>:

[...] as duas dicotomias — público/privado e sociedade de iguais/sociedade de desiguais — não se superpõem por completo: a família pertence convencionalmente à esfera privada contraposta à esfera pública, ou melhor, é reconduzida à esfera privada lá onde é superada por uma organização mais complexa, que é exatamente a cidade (no sentido aristotélico da palavra) ou o Estado (no sentido dos escritores políticos modernos); mas, com respeito à diferença das duas sociedades, é uma sociedade de desiguais, embora seja possível encontrar a prova da pertinência convencional da família à esfera privada no fato de que o direito público europeu que acompanha a formação do Estado constitucional moderno considerou privatistas as concepções patriarcalistas, paternalistas ou despóticas do poder soberano, que assimilam o Estado a uma família ampliada ou atribuem ao soberano os mesmos poderes que pertencem ao patriarca, ao pai ou ao patrão, senhores por vários títulos e com diversa força da sociedade familiar. De outra parte, a relação entre inimigos — que Viço considera no âmbito das relações entre iguais (de resto corretamente, pois a sociedade internacional é abstratamente considerada como uma sociedade de entes formalmente iguais ao ponto de ter sido assimilada, de Hobbes a Hegel, ao estado de natureza) é inserida habitualmente na esfera do direito público, mas do direito público externo, que regula as relações entre estados, e não do direito público interno, regulador das relações entre governantes e governados de um mesmo estado. Com o nascimento da economia política, da qual deriva a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entendidas as relações econômicas como relações substancialmente de desiguais por efeito da divisão do trabalho, mas formalmente iguais no mercado, a dicotomia público/privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre sociedade política (ou de desiguais) e sociedade econômica (ou de iguais), ou do ponto de vista do sujeito característico de ambas, entre a sociedade do *citoyen* que atende ao interesse público e a sociedade do *bourgeois* que cuida dos próprios interesses privados em concorrência ou em colaboração com outros indivíduos. Por detrás da distinção entre esfera econômica e esfera política reaparece a antiga distinção entre a *singulorum utilitas* e o *status rei publicae*, com a qual aparecera pela primeira vez a distinção entre a esfera do privado e a do público. Assim também a distinção jusnaturalista entre estado de natureza e

---

<sup>253</sup> Ibidem, p. 16-17.

estado civil se recompõe, através do nascimento da economia política, na distinção entre sociedade econômica (e enquanto tal não política) e sociedade política; posteriormente, entre sociedade civil (entendida hegelianamente, ou melhor, marxianamente, como sistema das necessidades) e estado político: donde então se deve notar que a linha de separação entre estado de natureza, esfera econômica, sociedade civil, de um lado, e estado civil, esfera política, estado político, de outro, passa sempre entre sociedade de iguais (ao menos formalmente) e sociedade de desiguais.

A lei e o contrato representam a outra distinção relevante à grande dicotomia do direito público e do direito privado. Bobbio anota uma passagem de Cícero onde está dito "que o direito público consiste na *lex*, no *senatus consultus* e no *foedus* (o tratado internacional); o direito privado, nas *tabulae*, na *pactum conventum* e na *stipulatio* [*Partitiones oratoriae*, 37, 131]"<sup>254</sup>.

Entre a lei e o contrato, o direito público é tal enquanto posto pela autoridade política, e assume a forma específica da "lei", norma que é vinculatória "porque posta pelo detentor do supremo poder (o soberano) e habitualmente reforçada pela coação (cujo exercício exclusivo pertence exatamente ao soberano)"<sup>255</sup>; quanto ao direito privado, seria o conjunto das normas que os singulares estabelecem para regular suas recíprocas relações, sendo que as mais importantes são as patrimoniais, "mediante acordos bilaterais, cuja força vinculatória repousa primeiramente, e *naturaliter*, isto é, independentemente da regulamentação pública, sobre o princípio da reciprocidade (*do ut des*)"<sup>256</sup>.

A superposição das duas dicotomias, privado/público e contrato/lei, revela na doutrina moderna do direito natural, em que contrato é a forma típica com que os indivíduos regulam suas relações no estado de natureza, em que não existe um poder público, enquanto a lei, "definida habitualmente como a expressão mais alta do poder soberano (*voluntas superioris*), é a forma com a qual são reguladas as relações dos súditos entre si, e entre o Estado e os súditos"<sup>257</sup>, isto é, naquela sociedade que é mantida junta por uma autoridade superior aos indivíduos singulares.

---

<sup>254</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>256</sup> Idem.

<sup>257</sup> Ibidem.



Kant, citado por Bobbio, conclui que o processo de identificação das duas grandes dicotomias da doutrina jurídica, direito privado/direito público de um lado, direito natural/direito positivo de outro: o direito privado ou dos privados "é o direito do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; o direito público é o direito que emana do Estado, constituído sobre a supressão do estado de natureza<sup>258</sup>", trata-se, portanto, do direito cuja força vinculatória "deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano<sup>259</sup>".

Todavia, para Hegel<sup>260</sup>, um instituto de direito privado como o contrato não pode ser elevado a fundamento legítimo do Estado por duas razões:

[...] em primeiro lugar, porque o vínculo que une o Estado aos cidadãos é permanente e irrevogável, enquanto o vínculo contratual é revogável pelas partes; em segundo lugar, porque o Estado pode pretender de seus cidadãos, embora em circunstâncias excepcionais, o sacrifício do bem maior, a vida, que é um bem contratualmente indisponível.

A terceira distinção que conflui na dicotomia público/privado, diz respeito às duas formas clássicas da justiça: distributiva e comutativa.

Na comutativa "sua pretensão fundamental é que as duas coisas que se trocam sejam, para que a troca possa ser considerada "justa", de igual valor"<sup>261</sup>. Como exemplifica Bobbio, no contrato comercial é justo o preço que corresponde ao valor da coisa comprada, no de trabalho é justa a remuneração que corresponde ao trabalho realizado, no direito civil é justa a indenização que corresponde à dimensão do dano, no direito penal é justa a pena que corresponda ao crime.

A diferença é que, nos dois primeiros exemplos, há compensação de um bem com um outro bem, nos dois últimos, de um mal com outro mal.

---

<sup>258</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>259</sup> KANT apud BOBBIO, op. cit., loc. cit.

<sup>260</sup> HEGEL apud BOBBIO, op. cit., p. 19.

<sup>261</sup> BOBBIO, op. cit., p. 19.

Já na justiça distributiva, a pretensão é que "a cada um seja dado o que lhe cabe, com base em critérios que podem mudar segundo a diversidade das situações objetivas, ou segundo os pontos de vista: os critérios mais comuns são: 'a cada um segundo o mérito', 'a cada um segundo a necessidade', 'a cada um segundo o trabalho'"<sup>262</sup>.

Em outras palavras, a justiça comutativa foi definida como a que tem lugar entre as partes, a distributiva como a que tem lugar entre o todo e as partes. "Esta nova superposição entre esfera privada e afirmação da justiça comutativa de um lado, e esfera pública e afirmação da justiça distributiva de outro ocorreu através da mediação da distinção, já mencionada, entre sociedade de iguais e sociedade de desiguais"<sup>263</sup>.

Adverte Bobbio que todas essas correspondências devem ser acolhidas com cautela, pois a coincidência entre uma e outra jamais é perfeita. "Também aqui os casos-limite são a família e a sociedade internacional: a família, enquanto vive no âmbito do Estado, é um instituto de direito privado, mas é ao mesmo tempo uma sociedade de desiguais e está regida pela justiça distributiva"<sup>264</sup>; e de outro lado, a sociedade internacional, que ao contrário é uma sociedade de iguais (formalmente) e está regida pela justiça comutativa, "é habitualmente referida à esfera do público, pelo menos *ratione subjecti*, na medida em que os sujeitos da sociedade internacional são os Estados, os entes públicos por excelência"<sup>265</sup>.

A demarcação entre o domínio público e o privado alternou fases de quase desaparecimento daquele e outras em que sua expansão praticamente suprimiu valores tradicionais da vida privada.

Para Otavio Luiz Rodrigues Jr.<sup>266</sup>, nenhum autor moderno contribuiu tanto para o fim da distinção entre direito público e direito privado quanto Hans Kelsen, que, em sua tese de livre-docência, apresentada à Universidade de Viena

---

<sup>262</sup> BOBBIO, op. cit., p. 19-20.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>264</sup> Idem.

<sup>265</sup> Idem.

<sup>266</sup> RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 37.

em 1911, intitulada “Principais Problemas da Teoria do direito público”, deixa evidente seu programa de desconstruir essa diferenciação específica, nos seguintes termos:

- a) rejeita o entendimento prevalecente – à época – sobre haver uma divisão essencial entre o Direito Público e o Direito Privado, seja pelo critério dos sujeitos envolvidos na relação, seja pelo critério da subordinação e da coordenação;
- b) entende ser todo Direito de natureza pública;
- c) haveria uma única Teoria Geral do Direito e os conceitos, princípios e categorias jurídicas são comuns a todas as áreas do Direito, o que implica reconhecer também a unidade metodológica do Direito, sem que se possa aceitar uma metodologia específica para o Direito Público e outra para o Direito Privado.

A tese de Kelsen é um desdobramento de sua concepção de que todo direito é um direito estatal, por ele produzido ou por ele autorizado. O problema está em justificar o abandono dessa diferenciação específica por aqueles que elegeram “Kelsen e o Positivismo Jurídico como alvo da falácia do espantalho<sup>267</sup>”. Na visão de Rodrigues Jr.:

Há aqui um problema de quitação de custos argumentativos: afirmar que não existem mais limites divisórios entre o Direito Público e o Direito Privado é defender sobretudo uma tese positivista. Não apenas isso, é apoiar um dos postulados centrais da teoria que é uma das mais criticadas na doutrina civilista contemporânea. Manifesta-se, contudo, algo mais do que uma preocupação com a coerência, o que já seria o suficiente para inspirar preocupações. Interessa ao objeto desta tese o fato de que a rendição da fortaleza na qual se aloja a célebre dicotomia, como Kelsen expressamente declarou, implicará aceitar o postulado de que haveria uma “única Teoria Geral do Direito” e “conceitos jurídicos básicos uniformes, que são comuns a todas as áreas do Direito e para todas elas construídas, debaixo dos mesmos princípios metodológicos<sup>268</sup>”.

Segundo Rodrigues Jr., há espaços distintos reservados ao direito privado e ao direito público, com princípios, metodologia e conceitos jurídicos próprios, os quais, embora possam eventualmente se comunicar, interpenetrar e confundir, guardam segundo o autor, sua autonomia e sua filiação a um sistema

---

<sup>267</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>268</sup> *Jedenfalls halte ich an dem Postulate einer einzigen allgemeinen Rechtslehre und einheitlicher juristischer Grundbegriffe fest, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind und für alle Gebiete nach denselben methodologischen Prinzipien zu konstruieren sind*. (KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. X.), apud RODRIGUES JR., op. cit., p. 37.

autônomo, o que implica no reconhecimento de um estatuto epistemológico para o direito privado.

Nessa linha de raciocínio, importante analisar se as novas relações contratuais civis e empresariais, de caráter privado, decorrentes dos últimos avanços científicos, da contratação massiva pela internet – ligadas à privacidade de dados e à intimidade das pessoas - terão suas regras sobrepostas pelo direito público.

## **7.5 CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS NA ERA DA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**

Atualmente, a quantidade de contratos que as pessoas celebram diariamente é incomparável com qualquer outro período histórico, segundo Rodrigues Jr.:

São tantos os contratos que se substituíram os tradicionais instrumentos particulares por *tickets*, correspondências eletrônicas, imagens na Internet ou por atos puramente mecânicos, reservando-se os instrumentos públicos para atos mais solenes e aparentemente representativos de objetos mais valiosos. Aparentemente porque milhões são negociados em bolsas de valores por meros atos mímicos (os gestos dos operadores bursáteis) ou toques em um computador. Quanto às formas mais simplificadas, nem por isso deixaram de imprimir nas pessoas o respeito aos contratos.

Para Rodrigues Jr., até mesmo direitos da personalidade e seus reflexos patrimoniais também se sujeitaram ao ambiente negocial, como exemplifica:

Imagem, voz, criações literárias ou puramente artísticas constituem-se na base de uma indústria de proporções mundiais, capaz de movimentar bilhões de divisas. O velho contrato de prestação de serviços, praticamente restrito a vínculos entre pessoas jurídicas ou a um círculo privilegiado de pessoas naturais, recobrou importância nas últimas décadas, seja pelo dramático processo de flexibilização das relações de trabalho, seja pelo surgimento de novos arranjos colaborativos (muitos deles meros *biombos* para uma exploração capitalista “tecnológica”) inerentes à 4ª Revolução Industrial.

A multipropriedade é um exemplo, para Rodrigues Jr.<sup>269</sup>, da força criativa da autonomia privada, que afeta à própria tipicidade dos direitos reais; o contrato de locação de espaços em propriedades urbanas, por meio eletrônico, que ficou conhecido pelo nome da empresa pioneira no setor, a *Airbnb*, coloca em xeque “posturas municipais, regras tributárias e até mesmo concorrenciais, dada a identidade parcial de objeto com os hotéis e a assimetria regulatória em favor do *Airbnb*”.

Essa nova forma de contratar, em muitas das quais as pessoas não têm sequer um contrato presencial e tudo é feito digitalmente, dão forma aos negócios da denominada 4ª Revolução Industrial, que incorpora as inovações tecnológicas da atualidade aos recentes modelos negociais.

Tal perspectiva leva a uma reflexão, ao menos sob o aspecto histórico, da dicotomia entre o direito público e o privado, que Rodrigues Jr.<sup>270</sup> afirma estar preservada na era da 4ª Revolução Industrial:

Na era da Quarta Revolução Industrial, nota-se a tendência cada vez maior de avanço do Direito Privado sobre as relações jurídicas que têm surgido sob o influxo da pós-digitalização. A proteção de dados pessoais, por exemplo, não pode ser nem mais referida como uma “nova fronteira” do Direito Privado. Em muito breve, com a popularização da internet das coisas (IoT<sup>271</sup>), será necessária a regulação da proteção de “dados das coisas”: uma máquina de lavar ou uma televisão, submetidas aos processos tecnológicos do ambiente da IoT, funcionarão autonomamente no horário mais propício ao menor consumo de energia elétrica, calcularão a quantidade adequada de água e sabão para o tipo de roupa (sem comando humano), selecionarão programas de interesse do usuário de modo muito mais preciso que os algoritmos atuais. Tudo isso gerará um número fabuloso de informações sobre as coisas, que, porém, indiretamente, revelarão os hábitos, os desejos e a localização das pessoas. Na era dos dados, esses elementos informacionais valerão fortunas. Dito de outro modo, a Economia da Quarta Revolução Industrial centrar-se-á no valor atribuível aos dados, o qual será exponencialmente maior a cada ano. Dados monetizáveis, eis um elemento novo em uma discussão antiga sobre o conceito e as funções de *privacy*, que não corresponde tão somente à “esfera mais nuclear da vida privada” (acepção franco-alemã) nem ao espaço das “relações íntimas entre as pessoas” ou do *right to be left alone* (o direito de ser deixado em paz), as duas apresentadas como acepções norte-

---

<sup>269</sup> RODRIGUES JR., op. cit., p. 109.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>271</sup> *Internet of Things*.

americanas. A nova *privacy* insere-se no acesso e no fluxo de dados pessoais, que se desdobra em: a) controle de acesso e uso dos dados que “constituem sua identidade pessoal e permitem o livre desenvolvimento de sua personalidade”; b) o conteúdo desses dados abrangem elementos como “opinião política, convicções religiosas, vida sexual, dados de saúde e dados genéticos”. O consentimento do acesso a dados pessoais, que é tratado de modo displicente pelos usuários da Internet, será colocado em outro patamar quando a *IoT* se difundir como padrão na indústria automobilística, de eletrônicos e eletrodomésticos.

A regulação da proteção de dados tem sido também uma atribuição do direito civil, embora haja sérias dúvidas sobre sua base legislativa imediata, o que implica, por exemplo, discutir se é suficiente o recurso a normas já vigentes, como o CDC. Não se pode negar que o Código Civil de 2002, no que se refere aos direitos da personalidade, tem a primazia no tratamento dessa questão.

Recentemente foi aprovada a Lei nº 13.709 de 14/08/2018<sup>272</sup>, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet.

A tendência é que os “dados” sejam monetizados e representem importante elemento na Economia da 4ª Revolução, sujeito à intervenção reguladora do Estado.

## 7.6 O DIÁLOGO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

As diferenciações entre o público e o privado sempre ocorrerão. Nas palavras de Rodrigues Jr.<sup>273</sup>, eliminar a *summa divisio* por causa dessas “sobreposições e aproximações” é substituir um critério multissecular pelo arbítrio da escolha *ad hoc* e retirar validade aos fundamentos nos quais descansam tanto o direito público quanto o direito privado”.

Para o autor, deve-se manter a divisão, que afirma sempre ter existido, e como exemplo, cita a hipótese de ato ilícito que pode ser atingido “por normas de Direito Civil, Direito Penal e Direito Administrativo (no caso de prática por servidores estatutários e que possam vir a responder processo administrativo-

---

<sup>272</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=27457334>. Acesso em: 7 de nov. de 2018.

<sup>273</sup> RODRIGUES JR., op. cit., p. 119.

disciplinar pelo mesmo ato)<sup>274</sup>”, o que poderá demandar “o exercício de pretensões punitivas pelo Estado (no juízo criminal e pela Administração) ou de pretensões privadas (de caráter ressarcitório)”.

Rodrigues Jr.<sup>275</sup>, afirma que se a “grande dicotomia” não foi abalada, como explicar a situação dos contratos de seguro, seguro-saúde e de planos de assistência médica, de previdência complementar, de transporte aeronáutico, marítimo ou terrestre, de serviços de telecomunicações ou os contratos bancários, que se submetem a um incomparável nível de intervenção regulatória?

No Brasil, inúmeras agências reguladoras foram criadas pelo Poder Público, como a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ou a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, que exercem funções normativas, decisórias e executivas para esses setores.

Diante dessa constatação, poderia se afirmar que todos os contratos sob sua regulamentação deixaram de ser civis ou comerciais, para serem públicos.

No entanto, para Rodrigues Jr., todos esses contratos não deixaram de ser civis ou comerciais.

Em todos eles permanecem os elementos, os requisitos e os fatores eficaciais previstos na legislação ordinária geral ou especial, em cujo âmbito foram criados (a se valer da imagem da criação dos negócios jurídicos pela sociedade antes de sua "entrada" para o mundo dos tipos<sup>276</sup>) e, posteriormente, normatizados, tipificados e generalizados. Um contrato de transporte ou um contrato de seguro encontrarão tais elementos, requisitos e fatores no Código Civil<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> Idem.

<sup>275</sup> Idem.

<sup>276</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16 (para a análise do negócio jurídico como categoria – “fato jurídico abstrato” – e como fato – “fato jurídico concreto”, ou seja, “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”) apud RODRIGUES Jr., op. cit., p. 141.

<sup>277</sup> RODRIGUES JR., op. cit., p. 120.

A substituição do Estado por agentes privados na oferta ou na prestação direta ou indireta desses bens e serviços deu lugar ao modelo de regulação, o que não é algo novo, basta conferir o exemplo proposto por Rodrigues Jr., sobre o prazo na constatação do vício redibitório de um bem, para a devolução da coisa ou o abatimento do preço.

Seria de 10 dias, se a relação fosse qualificada como comercial. Poderia ser de 15 dias, no entanto, se qualificada como de Direito Civil, ou de 30 dias, se de Direito do Consumidor. Com a revogação da Parte Primeira do CCom/1850 pelo art. 2.045 do CC/2002, essa questão ficou limitada aos prazos do Código Civil e do CDC.

Somente em 10 de novembro de 2004, após mais de uma década de dissídio jurisprudencial, o STJ definiu um critério para essas qualificações, adotando a tese minimalista ou subjetiva moderada para as relações de consumo, no julgamento do REsp 541.867/BA. Embora, até hoje, “com certa frequência, os rigores da aplicação da teoria finalista têm sido atenuados em julgados nos quais se admite a incidência do Código de Defesa do Consumidor em relações jurídicas envolvendo consumidores profissionais, quando comprovada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica”.<sup>278</sup>

Outro exemplo, o da cobrança de assinatura básica dos usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado, em que “o usuário teria de pagar um valor fixo mensal à companhia de telecomunicações, utilizando ou não aquele serviço”<sup>279</sup>.

Desse fato, resta indagar qual o regime jurídico aplicável? O regulatório-administrativo ou o privado, o do CDC?

No STJ, prevaleceu a tese da subordinação dessa cláusula do contrato às regras do Direito Administrativo Regulador. O caso-líder foi o REsp 911.802-RS, que posteriormente resultou na edição da Súmula STJ 356, julgado na Primeira Seção do STJ<sup>280</sup>.

Decide o Ministro, resumidamente, que se essa matéria fosse analisada com rigorismo científico, não se chegaria ao absurdo de se confrontar as normas de Direito do Consumidor com as regras fundadas no Direito das

---

<sup>278</sup> Ibidem, p. 121-122.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>280</sup> Idem.



Telecomunicações. A cobrança de assinatura básica é tema alheio às relações de consumo, quando se observa que seu fundamento é o regime tarifário advindo da delegação normativa à ANATEL. Por força da Constituição, a empresa operadora não exige o valor com base em direito seu, mas, como decorrência da equação econômico-financeira que lastreia seu vínculo com a Administração Pública.

O Ministro Humberto Martins afirma que a cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.

Ou seja, o contrato entre a companhia concessionária e o consumidor é regulado pelo direito privado, mas também se submete ao Direito Administrativo Regulador e ao Direito das Telecomunicações (Público).

Sobre os inúmeros contratos celebrados quotidianamente, que envolve os serviços *over-the-top-contents* (OTT's), Rodrigues Jr. questiona<sup>281</sup>: “quem baixa um aplicativo em seu telefone celular ou em seu computador pessoal, como *Viber, Skype, Whatsapp, Netflix* ou *Waze* subordinar-se-á a normas de Direito Administrativo?”.

Em sua análise, esses dois serviços não se sujeitam – até agora – a normas regulatórias da ANATEL, porque a contratação desses serviços -, por sua gratuidade ou modicidade nos preços - , permite que o utilizador remunere indiretamente as empresas “com o uso de seus dados pessoais, a cessão de informações a terceiros sobre seus hábitos de consumo ou a visualização compulsória de publicidade<sup>282</sup>”.

Naturalmente, essas atividades econômicas, devem em breve se submeter ao legislador ou administrador, para tipificar as criações da autonomia privada, “desde que atendam aos pressupostos de generalização e de aceitação social, ou, em casos mais extremos, para restringir a autonomia privada por meio

---

<sup>281</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>282</sup> RODRIGUES JR., op. cit., p. 125.

de um emaranhado de regras públicas nos diversos setores de interesse do Estado<sup>283</sup>.

O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015 propõem em seu bojo normas de direito público e normas de direito privado, apesar da preponderância de normas privatísticas no primeiro e publicísticas no segundo, sem qualquer afetação a seus conteúdos.

Também a multidisciplinaridade em si não afeta a “grande dicotomia”. Se é certo que o CDC tem essa natureza, porque comporta “questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo”, não se pode, exclusivamente por essa razão, argumentar que o Direito do Consumidor, como espécie de um microssistema jurídico, é uma objeção permanente à distinção sistemática<sup>284</sup>.

Franz Bydlinski, na última parte de seu artigo sobre a “distinção sistemática”<sup>285</sup>, define o direito privado como o “direito da sociedade relativamente independente do Estado”; vínculos jurídicos e atividades humanas para os quais não concorrem o Estado, seus entes ou seus órgãos. É nesse núcleo que para Bydlinski se radica a divisão de fronteiras entre o direito privado e o direito público.

Ainda com Franz Bydlinski, é preciso recordar, em suas palavras:

[...] que os direitos fundamentais nasceram como uma proteção aos indivíduos contra os excessos do Estado. Mas a simples garantia constitucional é precária, até pelo caráter vago das normas de direitos fundamentais, cuja interpretação pode resvalar para “apreciações totalmente livres” ou cercadas por um “positivismo dos valores”, ambos igualmente contraditórios e potencialmente perigosos para a liberdade intrínseca ao Direito Privado.

A autonomia epistemológica do direito civil depende da “distinção sistemática”, terminologia tão bem desenvolvida por Bydlinski, conforme acima citado. O fundamento do direito civil é a autonomia privada, e sua independência

---

<sup>283</sup> Idem.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>285</sup> BYDLINSKI, Franz, apud RODRIGUES JR., op. cit., p. 137-138.

relativa da Constituição permite o desenvolvimento de uma metodologia própria, com princípios autônomos e com finalidades diferenciadas. Os problemas que o direito civil enfrenta e resolve são estruturalmente diversos daqueles do direito público, mesmo com aproximações eventuais.

Atualizar o direito civil contemporâneo para enfrentar os desafios dos contratos da 4ª Revolução Industrial é matéria urgente ao legislador e ao intérprete.

Adotar plenamente a dicotomia equivale a desconsiderar todas as transformações trazidas pela constitucionalização do direito a partir das abordagens dos direitos fundamentais. Direito público e direito privado são dimensões do ordenamento jurídico, que é uno e deve ser íntegro e coerente.

Porém, isso não significa que a dicotomia social público-privado seja inválida. O que se quer afirmar é a importância de perceber que, notadamente nas relações contratuais, a mais comum da vida em sociedade, que os conteúdos de direito público e privado são complementares e não se antagonizam.

Rodrigues Jr., afirma duas posições (prévias) sobre o tema:

(a) Impossibilidade de retorno às funções clássicas dos poderes do Estado. A ideia subjacente está em que o aparato judiciário é cada vez mais convidado a atuar como um órgão senatorial de equilíbrio de interesses na luta quotidiana de grupos, corporações e agentes, os quais antes se apresentavam apenas nos Parlamentos nacionais. Esse novo papel da função jurisdicional do Estado dificilmente será reconduzido aos limites clássicos da democracia liberal.

(b) O Direito Privado será irradiado pelos direitos fundamentais. A intervenção dos direitos fundamentais no Direito Privado é outro dado irrecusável trazido pelos tempos contemporâneos. A principal diferença da contemporaneidade está no reconhecimento, desde o caso Lüth, de que particulares podem pretender contra particulares e, como fundamentação de seus pedidos, indicarão direitos fundamentais. Essa é uma realidade que se deverá integrar às ferramentas teóricas e às práticas dos privatistas.

Em outro trabalho, Rodrigues Jr., desenvolve o conceito de “fator de correção do Direito”, e estabelece premissas para a o modelo por ele proposto:

(a) O sistema de Direito Privado controla a validade dos negócios jurídicos e de todos os institutos e figuras jurídicas submetidos a seus limites normativos, por meio de técnicas comuns a todos os ramos da ordem jurídica.

(b) Os mecanismos de controle podem ser denominados de “fatores de correção”.

(c) Todas as hipóteses de desconformidade ao Direito são qualificáveis como espécies de “fatores de correção” do Direito. Nelas se enquadram categorias que variam, de acordo com o direito positivo, entre ineficácia (categoria geral para o Direito alemão), invalidade (categoria central para o Direito brasileiro) e suas variações.

(d) Embora autônomo, o sistema de Direito Privado, por força do princípio da constitucionalidade, submete-se aos mecanismos comuns de controle de validade, que recaem não somente sobre normas jurídicas produzidas pelo Estado, mas também sobre atos ou atividades que se vinculem ao sistema de Direito Privado.

(e) Um contrato pode apresentar desconformidade em relação a portarias, decretos, leis e à própria Constituição. Essas normas funcionam como fatores de correção internos. Os critérios de controle jurídico do contrato respondem a uma estrutura lógico-formal deduzida internamente no sistema jurídico.

(f) O fator de correção no Direito Privado exterioriza-se primariamente pelas normas e pelos princípios desse sistema. A utilização de fatores de correção extrassistemáticos (*rectius*, recolhidos fora do sistema de Direito Privado) é possível e, em muitos casos, indispensável.

(g) A utilização dos fatores de correção internos (ditos extrassistemáticos), mas não privatísticos, pode-se dar pelas formas tradicionais de recurso à Constituição e a seus princípios para fins de controle de validade de normas e atos. Nessa hipótese, é necessária, em geral, a filtragem dos conteúdos constitucionais quando estes se irradiam para o Direito Privado. A eficácia indireta dos direitos fundamentais é uma das formas de se organizar essa irradiação e permitir que a correção não implique a perda de autonomia do Direito Privado.

(h) Quando necessário, diante da colisão de direitos fundamentais, que se refletem em um conflito entre particulares, é possível o emprego de técnicas próprias do Direito Constitucional para a interpretação do direito ou mesmo para a solução de conflitos. Esse recurso à Constituição, como último fator de correção interno, dar-se-á como ultima *ratio*.

(i) Excepcionar-se-á a utilização mediata dos direitos fundamentais apenas em duas hipóteses, que se afastam do modelo tradicional de eficácia indireta: (aa) a existência excepcional de direitos fundamentais cujo perfil normativo foi delineado como concretizador de posições jurídicas, o que tornou desnecessária ou expletiva a intermediação do direito ordinário privado. Essa tipologia de direitos fundamentais é excepcional e sua existência não permite generalizações. (bb) a omissão legislativa, mesmo com o uso de cláusulas gerais, não é suficiente para a realização dos direitos fundamentais. Aplica-se então a proibição de insuficiência,

desenvolvida por Canaris para sua teoria dos deveres de proteção, e que já foi utilizada pelo TCF<sup>286</sup>. Esse modelo tem a vantagem de reconhecer a autonomia do Direito Privado e de evitar o principal problema advindo do recurso direto aos direitos fundamentais, ao menos na forma como se tem levado a efeito no Brasil, que é sua utilização como cavalos de Tróia para permitir o emprego de fatores de correção externos. Tais fatores ganham a forma envolvente de um direito fundamental, mas seu conteúdo é preenchido antidemocraticamente por meio de pautas solipsistas de intérpretes que, em muitos casos, não prestam contas de suas decisões. O modelo aqui descrito conjuga a maior parte dos postulados da doutrina da eficácia indireta, salvo o contido no item (i), subitens (aa) e (bb), quanto à existência excepcional de direitos fundamentais imediatamente vinculantes e à necessidade de, em casos extremos, suprir-se a omissão legislativa.

A ordem jurídica divide-se em pública e privada, somente por critérios de conveniência. Em realidade, tal divisão não se opera, pois não é sempre que se poderá determinar se o fato é exclusivamente público, ou privado. O melhor seria tratar o público e o privado, no âmbito jurídico, como dimensões de cada direito ou dever, respeitando a unicidade, a coerência e a integridade que a ordem jurídica teoricamente construiu especialmente durante o século XX.

Numa livre interpretação de Von Ihering, o homem em sociedade não deve ser inimigo do Estado; as normas, exceto situações de inconstitucionalidade, garantem a prevalência de seu bem-estar. Se exclusivamente pública ou privada, resposta que muitas vezes ainda será dada pelo intérprete da lei, é fato que sua existência, a das cláusulas gerais e princípios basilares, constitui uma forma positiva de controle e pacificação social, que permite a prevalência da dignidade da pessoa e realiza a função social do contrato, nas relações entre o povo e o poder público, ponderando o interesse individual com o bem-estar social, este o diálogo a ser preservado.

---

<sup>286</sup> Tribunal Constitucional Federal (Alemanha).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Especialmente desde os dois últimos conflitos mundiais, o Direito não enxerga a pessoa isoladamente, mas, sim, parte de um todo que é a sociedade. Nessa visão, o Estado social-democrático deve garantir-lhe padrões mínimos à não afetação de sua dignidade, muito além do aspecto da aplicação de uma pena corporal que este pensamento possa traduzir, refletindo-se no seu comportamento perante os iguais, na manifestação de sua vontade, realização de negócios, ou aquisição de bens.

A Constitucionalização é uma das etapas mais importantes entre a transição do Estado liberal para o social, que fez refletir no aspecto prático essas mudanças no direito civil.

O contrato, sob a égide do estado democrático, tem garantida sua intangibilidade enquanto realizado ao amparo da lei e com vistas à realização da pessoa humana, desde que não haja sobreposição do interesse individual sobre o coletivo.

A função social do contrato visa atingir ao bem-estar de todos e a plena realização do ser, com o deslocamento do indivíduo para o centro do direito, valorizando-se a dignidade da pessoa humana, respeitada a advertência de Robert Alexy sobre princípios absolutos.

A constitucionalização do direito civil moderno avança para a neoconstitucionalização, mas tem sido ainda amplamente aceita na jurisprudência e na doutrina, como anotado nesta dissertação.

Alguns autores, baseados numa visão ainda tradicionalista, até agora, resistem à constitucionalização do direito civil, mas, a tendência é de que essas correntes se dissipem, pois não há mais como negar a incidência da Constituição sobre o direito privado, especialmente nas situações em que a plena autonomia da vontade seja contrária a regras e princípios constitucionais.

Ao intérprete do direito compete dar significado aos dispositivos constitucionais de acordo com esses fins e valores demonstrados na linguagem

constitucional, garantindo-se que os princípios constitucionais não sejam simples mecanismos de defesa do indivíduo em face do Estado, mas, também, o norte no cumprimento das relações privadas, posto que afetos a todos os cidadãos e aos operadores da lei, que assim deverão enxergar os pactos sob a luz da Constituição Federal.

A sociedade muda e com ela deve mudar o Direito, pois não se pode querer impor a uma determinada sociedade um sistema jurídico baseado em valores ora inexistentes.

Substanciais alterações foram criadas no novo Código Civil, dentre as quais, a valorização dos direitos da personalidade, a inclusão da função social do contrato como mecanismo limitador da autonomia da vontade, a proibição e a boa-fé, com a possibilidade de revisão da cláusula que se tornar onerosamente excessiva a uma das partes, privilegiando o equilíbrio contratual.

Com isso, o direito civil aproximou-se dos fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988. A interpretação que se deve perseguir no direito privado seguirá como mecanismo finalístico os mesmos que a Constituição Federal almeja alcançar, atendendo o espírito social que lhe foi emprestado, em detrimento de um individualismo despreocupado com a igualdade real e com a solidariedade.

No âmbito dos direitos fundamentais, o ordenamento brasileiro passa a analisar seus efeitos sobre um prisma horizontal, aplicando-o nas relações entre particulares, rompendo sua tradição vertical limitada às prestações positivas e negativas do Estado para o cidadão.

Não se pode olvidar, todavia, que o direito tem cunho conservador; as leis alteram-se lentamente, na contramão do mundo moderno, ansioso por agilidade e mudanças, e que não respeita fronteiras.

As leis de um país retratam os anseios, os usos, os costumes e as tradições de um povo. A globalização, especialmente afetada pela Internet, ao lado dos blocos econômicos mundiais, traz para dentro de cada país os usos, os

costumes e as tradições completamente diferentes das locais. As relações intersubjetivas e as comerciais são amplamente afetadas pelo mercado digital. Não raro, numa ponta da linha se encontra um fornecedor estrangeiro afetado por leis de seu país, mas a operação se concretiza noutra, com leis completamente diferentes.

Nesse sentido, quando se fala em constitucionalização do direito civil e em socialização do contrato no direito brasileiro, é preciso ter em conta que o mundo mudou. Nem os países mais adiantados estão completamente preparados para enfrentar as relações oriundas da Internet. Se os contratos sofrem profunda interferência dessa multiplicidade de leis, usos e costumes entre os protagonistas do mundo virtual, até mesmo as eleições internas de um país, por sua vez, são afetadas por interferências estrangeiras. Não importa a garantia constitucional de direitos individuais fundamentais pela Carta Magna brasileira, relativamente à intimidade das pessoas, do sigilo de seus bancos de dados e/ou da prevalência da função social do contrato, pois a Internet já se mostrou campo fértil de quebra dessas garantias, sem, na maioria dos casos, sequer ser possível identificar quem praticou o ilícito e sem meios para alcançá-lo.

É esta a dimensão do problema das relações contratuais do mundo moderno, e se já não era simples a análise no campo do Direito Constitucional e Civil, com todos os questionamentos suscitados relativamente a direitos fundamentais individuais e coletivos, que dirá quando essa análise tiver de comportar contratos entre pessoas nacionais e estrangeiras nessas novas modalidades jurídicas.

Este é o atual desafio da doutrina e jurisprudência nacionais com especial foco na função social do contrato.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris** [online]. v. 16, n. 2. p. 131-140. Medellín, Colômbia: Universidad Autónoma Latinoamericana, jun. 2003, Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/58027792/Robert-Alexy-Direitos-Fundamentais-Balance-Amen-To-e-Racionalidade>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. 7. tiragem. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1958. v. II e IV.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=27457334>. Acesso em: 7 de nov. de 2018.

BRASIL. NBR 6023:2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, Ed. 2018.

BRASIL. NBR 10522:1988 – Abreviação na descrição bibliográfica – Procedimento. Rio de Janeiro: ABNT, Ed. 2018

BRASIL. Poder Legislativo. Comissão de Constituição de Justiça e de Redação. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 15.12.1998.. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada>. Acesso em: 5 nov. 2017.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 1984. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 3 v. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madri: Trota, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional, **Consultor Jurídico** [online], 19 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>. Acesso em: 14 nov. 2017.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. v. I, Trad. José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

INGLATERRA. **Magna Carta** (Ano de 1215). Disponível em: [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf). Acesso em: 24 out. 2018.

IZZO, Fausto (Coord.). **Codice civile**: com II Trattato CE e leggi complementari, Milano: Edizioni Giuridiche Simone, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MARMELSTEIN, George. **50 anos do caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril\\_v51\\_n204\\_p269.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf). Acesso em: 30 de out. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOVAIS. Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

PAE KIM, Richard Paulo. A terceira margem da liberdade. *In*: TOFFOLI, José Antônio Dias (Org.). **30 anos da Constituição, democracia, direitos fundamentais e instituição**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2018. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017. v. III. (Contratos).

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais**. Tese (Livre-Docência em direito civil). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

\_\_\_\_\_ **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: GEN/Forense Universitária, 2019. *E-book*.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed., 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_ **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed., 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Silva, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÕES, Carlos. **Teoria & crítica dos direitos sociais**: o Estado social e o Estado democrático de direito. São Paulo: Cortez, 2013.

SCHWAB, Jürgen (Col. Org.). MARTINS, Leonardo (Org. Int). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro Vivianne Geraldês Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: GEN/ Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O código civil na perspectiva civil-constitucional** (Parte geral). Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

TORRES, Heleno Taveira. A Magna Charta completa 800 anos e influencia nossa Constituição Tributária. **Consultor Jurídico** [online], 10 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/consultor-tributario-magna-charta-influencia-nossa-constituicao-tributaria>. Acesso em: 24 out. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral - introdução ao direito romano. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.