

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Ana Carolina Lobo Gluck Paul

Limites à Autonomia Privada

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP
São Paulo
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Ana Carolina Lobo Gluck Paul

Limites à Autonomia Privada

*Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**, área de concentração em Direito Civil Comparado, sob a orientação da **Profa. Dra. Maria Helena Diniz**.*

PUC/SP
São Paulo
2008

Banca Examinadora:

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

_____ São Paulo, de de 2008

*Às pequenas afilhadas, Ana Luiza e
Daniela, as minhas meninas do meu
coração*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ambire e Sônia, meus modelos de ser humano.

Aos meus irmãos Ricardo e Sérgio, pelo cuidado e companheirismo da vida toda, Neto e Tico, pela amizade e carinho. Às minhas irmãs por afinidade e grandes amigas, Luciana e Thais, por terem entrado na família para fazerem os meus meninos gêmeos felizes.

Às minhas avós, Lúcia e Renée, e à minha querida avó Lélia, pelo acolhimento e palavras de sabedoria nos momentos em que eu, mesmo sem saber, precisava.

Aos meus padrinhos José Ângelo e Ana Miranda, por todo o amor que recebi.

Aos meus primos Américo Bedê Jr. e Fábio Barros, exemplos que tento seguir.

À minha orientadora, professora Dra. Maria Helena Diniz, pela generosidade e desprendimento no compartilhamento de parte de seu conhecimento.

À amiga Regina Beatriz Tavares da Silva, pelo apoio.

Aos especiais Agnaldo Borges Ramos Junior e Antônio Carlos Teixeira de Oliveira, meus anjos da guarda.

Aos amigos e primos Alex Góes, Alexandre Monteiro, Aline Ferraz, Amanda Lobato, André Papão, Camilla Lobo, Daniel Moutinho (para sempre no coração), Daniel Peracchi, Daniela Gabbay, Danila Dantas, Déa Lobato, Débora Dantas, Eduardo Guerra, Euridice (Nega), Fernanda Lobo, Larissa Moreira, Manoel Bastos (Manequinha), Márcia Antunes, Márcia Lobo, Márcio Bastos, Marcos Moutinho, Marcy Figueiredo, Melina Albério Guerra, Milene Moutinho, Neilson Marques, Otávio Rodrigues Jr., Patrícia Brasil, Pedro Sampaio, Raphael Maués e Taiane Lobato.

RESUMO

A autonomia privada é um dos princípios estruturantes do Direito Civil e consiste no poder que as pessoas têm de regulamentar suas relações jurídicas, nos limites fixados pelo ordenamento jurídico. O próprio conceito de autonomia privada revela que esse poder não é absoluto, o que significa que a vontade dos sujeitos deve estar conformada a normas de ordem pública e aos bons costumes. Alguns desses limites são de fácil aplicação por estarem detalhados na própria lei. Há, porém, limites que estão contidos no ordenamento sob a forma de cláusulas gerais e outros que sequer contam com determinação expressa, mas são depreendidos pela dinâmica do sistema. Nessas hipóteses, a determinação dos limites à autonomia privada é mais complexa, pois não há uma formulação abstrata aplicável a todas as situações, devendo os limites ser extraídos caso a caso, levando em consideração fatores que, às vezes, transcendem o próprio ordenamento jurídico. O propósito dessa dissertação é estudar os limites à autonomia privada, decorrentes das cláusulas gerais da função social da propriedade, função social do contrato, boa-fé objetiva e da colisão entre a autonomia privada e os direitos individuais.

Palavras-Chave: Autonomia privada, limites, direitos individuais, função social da propriedade, função social do contrato, boa-fé.

ABSTRACT

Private autonomy is one of the main principles of Civil Law and it indicates the power given by juridical order to people to rule their own juridical relationships. The private autonomy concept itself reveals that this power isn't absolute. It means that people's will must be conformed to public order rules and good behavior. Some of these limits are easy to be applied because they are detailed by law. However, there are limits in juridical order that are general clauses, and other limits that even have express determination, but are given by the dynamic of the system. In these hypothesis, it's complex to define private autonomy limits, due to the inexistence of a generic formula that can be applied to every situation. In these cases, the limits are extract case by case, taking into consideration elements that, sometimes, are beyond juridical order. This work aims to study private autonomy limits that are consequences of the general clauses, the property social function, the contract social function, the good-faith and from the conflict between private autonomy and individual rights.

Keywords: private autonomy, limits, individual rights, property social function, contract social function, good-faith.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	10
1 O CONTEÚDO JURÍDICO DA AUTONOMIA PRIVADA	14
1.1 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE À AUTONOMIA PRIVADA: DEFININDO OS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA	14
1.2 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA	21
1.3 AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA	27
1.4 DIMENSÕES DA AUTONOMIA PRIVADA	28
1.5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA: A HETERONOMIA DA VONTADE	34
2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS INDIVIDUAIS	39
2.1 CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA	39
2.2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DE PERSONALIDADE	45
2.2.1 Teoria geral dos direitos de personalidade	45
2.2.2 A disponibilidade relativa dos direitos de personalidade	52
2.3 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	62
2.3.1 Fundamentos para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais	62
2.3.2 Teorias de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas	70
2.3.3 A solução brasileira para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: críticas e sugestões à luz da tutela constitucional da autonomia privada	73
3 AUTONOMIA PRIVADA E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	81
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	81
3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	86
3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	96
4 AUTONOMIA PRIVADA E A TUTELA DA CONFIANÇA	105
4.1 CONFIANÇA E BOA-FÉ OBJETIVA	105
4.2 AUTONOMIA PRIVADA E AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA	115
4.2.1 Função interpretativa	115
4.2.2 Função de controle do abuso de direito	117

4.2.3 Função de criação de deveres anexos	124
4.2.4 Função de reequilíbrio do contrato	127
4.3 O PERIGO DA BANALIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA	135
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

PREFÁCIO

O repensar da dogmática do Direito Privado traz à tona questões de bastante relevo, sobretudo no que tangencia a elevação da pessoa humana ao epicentro de todo o sistema jurídico, paradigma já consolidado em alguns ramos do Direito, mas ainda resistente quando o assunto gira em torno das relações jurídicas de natureza privada.

Assim é que o Direito Privado vem sendo paulatinamente repaginado à luz dos preceitos constitucionais, cedendo espaço para o discurso do chamado direito civil-constitucional¹, que propõe uma análise sistemática e uma do ordenamento jurídico ao superar a clássica dicotomia entre público e privado.

Tal repaginação provocou profunda mudança na forma de conceber o Direito Civil. O individualismo e o patrimonialismo do séc. XIX, evidenciados pelo Código Napoleão, que tanto inspirou o Código Civil de Beviláqua, cederam espaço para a solidariedade e para o personalismo, traços marcantes da era novecentista do Direito Civil.

¹ Sobre a constitucionalização do direito civil, leciona Eugênio Facchini Neto que *em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade etc.) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas. (...) E a segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão constitucionalização do direito civil, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea (...) implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição. (Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 38-39).*

Essa ruptura com o modelo clássico do Direito Civil culmina no que Pietro Perlingieri denomina de “despatrimonialização” do *Direito Civil*², que, segundo o aludido autor, não significa a sublevação da relevância do patrimônio³ para o indivíduo, mas sim a *importância dos interesses da personalidade no direito privado*⁴, remodelando o Direito Civil a partir de uma tutela destinada a propiciar o pleno e digno desenvolvimento da personalidade.

Nesse contexto, a autonomia privada, princípio estruturante do Direito Civil, passa a ser alvo de reflexões. Com efeito, a autonomia privada é expressão da liberdade e, por isso, restringi-la significa colocar óbices à liberdade individual, o que ao Estado Liberal não era permitido fazer, salvo exceções expressas contidas na lei. Assim é que os códigos oitocentistas transpareciam a ideologia dos “3 c’s”: clareza, completude e coerência⁵, procurando minudenciar os esparsos limites à autonomia privada em normas precisas.

Essa concepção quedou insustentável no Estado do Bem-Estar Social, que elege a solidariedade e a dignidade humana como seus vetores primordiais. A igualdade como um pressuposto que direcionava à liberdade plena dos sujeitos foi questionada e, ao lado de um conceito puramente formal, surgiram

² Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

³ É óbvio que a propriedade jamais deixará de apresentar acentuado grau de importância aos sujeitos, sendo, inclusive, um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXII. Luiz Edson Fachin ensina que a base fundante do Direito Privado está assentada na tríade contrato, família e patrimônio. O fenômeno da despatrimonialização não significa, portanto, de negar a necessidade da propriedade privada, mas sim fixar que a propriedade privada existe justamente para garantir o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo e é sob este enfoque que deve ser encarada (*Teoria crítica do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: renovar, 2003. pp. 89 e seguintes).

⁴ Pietro Perlingieri. *Perfis. cit.* p. 34.

⁵ Segundo Eugênio Facchini Neto, a ideologia da completude significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a idéia de legislação caracterizada pela sua clareza significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da coerência afasta a possibilidade de antinomias (*Reflexões, cit.*, p. 22).

as noções substanciais de igualdade e liberdade, que não mais se adequavam à autonomia privada como um dogma voluntarista e absoluto.

A relativização da autonomia privada é percebida pelos limites a ela impostos. Como já aduzido, sempre houve limites à autonomia privada, porém limites expressos e precisos, consubstanciados em normas de ordem pública, como os decorrentes dos direitos de vizinhança, a invalidade na aposição, em um negócio jurídico, de condições puramente potestativas, a proibição da *pacta corvina*, dentre outras constantes na codificação privada. Por serem *fattispecies*, esses limites podem ser aferidos por mera subsunção, bastando restar configurada a ocorrência do suporte fático.

Atualmente, porém, ao lado dessas restrições, emergem da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 novos limites, não mais decorrentes de *fattispecies*, mas sim da colisão entre a autonomia privada e os direitos individuais e das cláusulas gerais da função social da propriedade, função social do contrato e boa-fé objetiva. A aplicação desses limites é mais dificultosa, por exigir uma minuciosa ponderação dos interesses envolvidos ou a determinação *in casu* do conteúdo de uma cláusula geral.

O presente trabalho pretende atender à necessidade de sistematização e análise desses novos limites à autonomia privada, especialmente na seara dos negócios jurídicos, na qual os impactos das limitações emergentes são verificados com maior intensidade.

Para tanto, o desenvolvimento do tema proposto foi dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo do conteúdo jurídico da autonomia privada e os demais para os limites encontrados pela autonomia no confronto com os direitos individuais, e nas cláusulas gerais da função social da

propriedade, função social do contrato e boa-fé objetiva, sempre procurando estabelecer um estudo comparativo com ordenamentos jurídicos de outros países.

Obviamente, a complexidade e a polêmica do assunto impedem que ele se esgote nessas linhas. No entanto, a pretensão é contribuir para o debate desse tema, de fundamental importância para a estruturação do Direito Civil.

1 O CONTEÚDO JURÍDICO DA AUTONOMIA PRIVADA

1.1 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE À AUTONOMIA PRIVADA: DEFININDO OS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA

A liberdade é talvez um dos direitos mais antigos reconhecidos à pessoa, ainda que em dados momentos históricos os destinatários da liberdade tenham ficado restritos a determinados grupos. Por isso mesmo é, também, inexoravelmente, um dos direitos que historicamente mais sofreu evolução e redimensionamento em seu conteúdo, tanto que a liberdade está pulverizada em praticamente todas as relações jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada. Mais que isso, a própria aceitação da existência de um contrato social⁶ indica verdadeira relação de reciprocidade entre liberdade dos indivíduos e o próprio Estado de Direito, porquanto é com uma parcela da liberdade renunciada por cada indivíduo que o Estado é formado como soberano, e este mesmo Estado deve garantir a liberdade individual de cada um daqueles que em seu território habita.

Adriano de Cupis faz importante observação a respeito da essencialidade da liberdade. Ensina o mestre italiano que

Dentre os vários direitos subjetivos, alguns constituem posições de liberdade com o atributo da imprescindibilidade. Embora sendo vinculados, como todos os direitos subjetivos, ao ordenamento jurídico representam, no entanto, uma esfera de liberdade, a qual deve ser salvaguardada ao indivíduo sob pena de se despojar completamente de valor a sua

⁶ Como pontua Sergio Raul Castaño, esta idéia contratualista também pode ser observada em Kant: *Em efecto, el contrato aparece aquí como un punto focal, o modelo (como ideal extrínseco) de lo que debería ser el acto pelo el cual todos ("omnes et singuli") se desprenden de su libertad natural para recobrarla más plena como miembros del Estado; sin que esto signifique haber sacrificado parte de su libertad, sino haber abandonado su libertad salvaje y sin freno para encontrarla toda en la dependencia de la ley. Lo cual debe entenderse, por tratarse de una Idea regulativa, en el sentido del "como si" (als ob): es como si los hombres hubieran dejado el estado de naturaleza para dar existencia al orden político.* (Individualismo y Estado Mundial: esbozo de las premisas del modelo kantiano. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3:293).

personalidade. Entre estes, existe um que, além de constituir uma posição imprescindível de liberdade, tem por ponto objetivo de referência a própria liberdade – é o direito à liberdade. A liberdade não se limita, então, a caracterizar a força jurídica que reveste um determinado bem, mas assume ela mesma a dignidade de bem sobre o qual incide a força jurídica do sujeito⁷.

Atualmente, a liberdade é um conceito plurissignificativo. Do latim *libertate*, a liberdade é “a faculdade de uma pessoa poder dispor de si, fazendo ou deixando de fazer por seu livre arbítrio qualquer coisa”⁸. Por um prisma filosófico, Philip Pettit expõe que a liberdade pode ser entendida, em um primeiro momento, como o “agenciamento, nos permitindo falar de ações livres, selves livres e pessoas livres”, e, em um segundo momento, como o “ambiente de oportunidade dentro do qual o livre agenciamento é exercido”⁹. No âmbito jurídico, a liberdade ganha contornos diferenciados, variáveis conforme suas projeções na esfera de atuação do indivíduo.

Dessa maneira, as chamadas liberdades públicas são aquelas em que o indivíduo é tomado a partir da possibilidade que tem de manifestar as dimensões de sua personalidade dentro de uma sociedade politicamente organizada, podendo existir não apenas as liberdades públicas individuais, mas também as chamadas liberdades públicas coletivas. André Ramos Tavares indica que, em conformidade com a disciplina dos direitos fundamentais amparada pela Constituição Federal de 1988, as liberdades públicas compreendem a liberdade de

⁷ Adriano de Cupis. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004. p. 104.

⁸ Dicionário Priberam. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo>. Consulta em 25/07/2007.

⁹ Philip Pettit. *Teoria da liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 42. Sobre essas noções de liberdade, Pettit explica que o conceito de liberdade trabalha com as noções de responsabilidade, posse e subdeterminação. A responsabilidade está relacionada com as ações livres. É dizer, os indivíduos têm liberdade para agir da forma como querem, mas podem acabar sendo responsabilizados se suas condutas não se adequarem ao comportamento social esperado. A *responsabilidade*, assim, limita a liberdade de ação dos indivíduos. A *posse* significa a identidade que o indivíduo tem em sua conduta, de modo que suas ações são carregadas de características próprias e específicas de cada ser. A *subdeterminação* significa que o indivíduo tem liberdade para escolher as suas ações, desvinculado de influências sociais, que podem até balizar a conduta do homem, mas jamais a define por completo. O enfoque exclusivo em uma dessas dimensões da liberdade pode acabar desvirtuando-a em fator excludente de caráter, egoísmo ou mesmo impossibilidade de escolha de outra conduta.

circulação e locomoção, liberdade de pensamento e de expressão intelectual, liberdade de informação, comunicação e expressão, liberdade de associação, liberdade de reunião, livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de consciência religiosa¹⁰.

Contudo, seria forçoso admitir que a liberdade do indivíduo resume-se às liberdades públicas consubstanciadas no texto constitucional. A liberdade, enquanto fator determinante do elemento volitivo que impulsiona as ações humanas, é essencial para a compreensão da gênese das relações jurídicas, com relevo para as relações paritárias decorrentes de atos praticados por particulares, alvo central do estudo do direito negocial¹¹. Essa liberdade necessária para a prática dos negócios jurídicos assume a forma de autonomia privada.

Destarte, é correto afirmar que a autonomia privada é expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, pois traduz o poder que toda pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico.

Do ponto de vista etimológico, “autonomia” deriva do grego *autós*, que significa próprio, e *nómos*, que significa lei. Assim é que o vocábulo “autonomia” denota lei própria, ou seja, regulamentação pessoal da atuação intersubjetiva dos entes dotados de racionalidade¹².

¹⁰ André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 549.

¹¹ É preciso, nesse momento, esclarecer que não está sendo defendida a dicotomia público-privado, fruto da tradição romana. Como será observado no decorrer da leitura, o posicionamento prevalecente entre os estudiosos é o de que tal dicotomia foi superada, cedendo espaço para uma relação de complementaridade entre as duas esferas, dada a própria noção lógica de sistema e ordenamento uno.

¹² O denominador comum das definições contemporâneas de autonomia privada é exatamente a liberdade que os sujeitos de direito têm não apenas para escolher se querem e com quem querem celebrar determinado negócio jurídico, mas também para definir o conteúdo e os efeitos do negócio em questão. Roxana Cardoso Brasileiro Borges conceitua a autonomia privada como sendo “o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, as suas próprias relações” (*Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47). Pietro Perlingieri leciona que *per autonomia privata se è soliti indicare il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al "privato" di auto-regolare (cioè di regolare*

A autonomia privada é uma construção feita pelo direito negocial e implica em reconhecer às pessoas o poder de definir a existência, os sujeitos e os efeitos de seus negócios jurídicos. Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia privada pode ser entendida como:

(...) o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) Na base desta concepção reside, freqüentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.¹³

A teoria dos atos jurídicos está diretamente relacionada com a autonomia privada, figurando esta, pois, em posição de destaque no Direito Civil. Com efeito, é mediante o poder conferido pela autonomia privada que a pessoa exerce atividade criativa, transformando as normas gerais do ordenamento jurídico em normas particulares, aplicáveis às suas relações. É possível, pois, reconhecer que a autonomia privada tem relevância normativa¹⁴, pois por meio dela é possível criar normas jurídicas particulares.

Por essa razão, a autonomia privada traz em seu conteúdo não apenas a liberdade, valor ético do qual evidentemente emana. Apesar de a autonomia privada ser inicialmente concebida, a teor do que fora anteriormente citado, como uma expressão da liberdade no âmbito do direito privado, ganha contornos cada vez mais dogmáticos, sendo, ao mesmo tempo, poder conferido pelo

“da sé”, com proprie manifestazioni di volontà) i “propri” interessi. Autoregolamento che, se conforme alle prescrizioni del diritto, è giuridicamente vincolante per la parte o per le parti che lo hanno creato, si da assumere per esse “forza di lege” (Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2007. p. 337).

¹³ Pietro Perlingieri. *Perfis*, cit, p. 17.

¹⁴ Rosa Nery sustenta que a autonomia privada como fonte normativa, “é fenômeno que permite que o sujeito realize negócios jurídicos (principalmente negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de realização do Direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação das normas jurídicas”. (*Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117).

próprio sistema para a criação e integração das relações particulares, nos limites fixados por normas cogentes.

No direito brasileiro, a autonomia privada, apesar de não estar expressamente estipulada, encontra fundamentos positivos.

Em primeiro lugar, afirmar que a autonomia privada é decorrência da liberdade significa atribuir à autonomia privada parte da carga axiomática presente no valor da liberdade. Dessa forma, se a liberdade encontra seu fundamento no valor da dignidade da pessoa humana, é inegável que a autonomia privada também está assentada na dignidade humana, consubstanciada, no Brasil, no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Nessa linha de raciocínio, Larenz expõe que o reconhecimento ao homem da possibilidade de livremente estipular suas relações faz parte do pleno desenvolvimento de sua personalidade¹⁵.

Entretanto, a relação entre dignidade humana e autonomia privada, ainda que existente, é, pelo menos a princípio, insuficiente para dimensioná-la em sua extensão e profundidade no campo dos negócios jurídicos. Isto porque, embora a autonomia privada emane sim da liberdade, com esta não se confunde. A liberdade é conceito mais amplo, e a autonomia privada apenas vertente da liberdade, campo dos negócios jurídicos e das situações jurídicas existenciais em que exista autorização normativa para interferência individual. Ademais, diferente do

¹⁵ Em sua obra *Derecho de las obligaciones*, diz Larenz que *el individuo sólo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida por los demás no sólo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda en principio reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concepto libremente establecido* (Karl Larenz. *Derecho de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 65). Nesse mesmo sentido é o magistério de Daniel Sarmento, para quem “a autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de que se forme um debate franco de idéias (marketplace on ideas, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia. Longe disso, ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade humana. De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial.” (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154-5).

valor da liberdade, que, a princípio é irrestrito, o poder que advém da autonomia privada é instrumental, autorizado pelo ordenamento jurídico e está circunscrito em limites que cada vez mais se multiplicam. No entendimento de Ana Prata, a autonomia privada constitui “mero instrumento jurídico de actuação/concretização e tutela/defesa de interesses privados”¹⁶.

Assim, a autonomia privada está também alicerçada na livre iniciativa, consoante a compreensão do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, o texto constitucional estabelece a livre iniciativa como fundamento da atividade econômica, com vistas a assegurar a vida digna de acordo com parâmetros impostos pela justiça social.

É preciso observar, contudo, que no atual estágio de desenvolvimento da instrumentalidade da autonomia privada, não é correto afirmar que ela está adstrita às atividades econômicas das pessoas, às relações de cunho exclusivamente patrimonial. Pelo contrário, a autonomia privada abrange atualmente também relações jurídicas de caráter não negocial e situações jurídicas extrapatrimoniais, sobretudo quando se fala de casamento e de atos jurídicos em sentido estrito, como o reconhecimento voluntário de paternidade.

Parece óbvio que nessas hipóteses, a autonomia privada é bastante restrita e o poder conferido ao indivíduo limita-se tão-somente à escolha pela prática do ato, já que os efeitos já estão definidos de forma cogente pela lei. Mas nem por isso deve-se afirmar que esse poder não corresponde à autonomia privada, uma vez

¹⁶ *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 14. A autora conclui pelo caráter instrumental da autonomia privada partindo das seguintes premissas: “por um lado, autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial. Por outro lado, o conceito só por extensão é adequado a substituir todas as situações de <<poder contratual>> dos sujeitos, pois nuclearmente, ele abrange aquelas em que se exprima um conteúdo directamente patrimonial. Finalmente, a autonomia privada não respeita, nem exclusiva, nem sequer perfeitamente à actividade do homem: enquanto conceito jurídico, ela diz do mesmo modo respeito à actividade de todas as pessoas jurídicas, quer singulares, quer colectivas.” (p. 13-4).

que é patente a atuação do livre arbítrio do homem na escolha da conduta juridicamente tutelada.

É possível, pois, fixar duas conclusões.

A primeira delas é a de que a autonomia privada é um poder uno, porém graduado, que pode ser mais, ou menos, limitado conforme as restrições impostas por normas cogentes.

A segunda é a de que a fonte da autonomia privada é heterogênea, pois a livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica, não se presta para a sustentação da prática de atos que culminem em criação, modificação e extinção de situações jurídicas extrapatrimoniais.

Qual seria, então, a fonte da autonomia privada enquanto poder regulamentador de situações jurídicas extrapatrimoniais? A resposta a esta indagação direciona à inevitável conclusão de que, nesse aspecto, ao contrário da autonomia privada no âmbito do direito negocial, o fundamento único e exclusivo é a cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88). Nesse sentido, Pietro Perlingieri aduz que:

Não é possível afirmar (...) que a autonomia negocial não tem nenhuma relevância constitucional, nem, de outro lado, que se pode esgotar na autonomia contratual e, portanto, tornar-se relevante somente para dar atuação às vicissitudes de relações jurídicas patrimoniais. A tentativa de individuar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada é parcial. A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana¹⁷.

Feitas as considerações preliminares pertinentes ao conceito e às fontes filosóficas e constitucionais da autonomia privada, prossiga-se em minucioso estudo de seu conteúdo jurídico.

¹⁷ *Perfis, cit.*, p. 19.

1.2 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

É comum, na literatura jurídica, as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” aparecerem como sinônimas¹⁸, indicando o poder de autodeterminação que tem o sujeito de direito para estabelecer livremente as regras de suas relações jurídicas. Entretanto, entende-se que as expressões traduzem noções distintas, importando, pois, fixar seus respectivos significados.

A vontade sempre desempenhou papel central para a constituição dos negócios jurídicos – desde o Direito Romano, atos jurídicos correspondiam à manifestação da vontade dos sujeitos de direito. A evolução se manifestou apenas no menor e no maior grau de controle feito a esta vontade.

Com efeito, no Direito Romano, a vontade para criar, modificar e extinguir relações jurídicas precisava ser acompanhada de formalidades e sofria rigoroso controle pelo poder público. O *jus civile* era um direito eminentemente solene, de modo que a exigência de forma acabava se sobrepondo à manifestação da vontade. Ademais, a própria liberdade individual era bastante limitada nessa época, fator que contribui para que não seja atribuída ao Direito Romano a gênese da autonomia da vontade.

O Direito Medieval, influenciado pelo jusnaturalismo predominante neste momento histórico, mormente em virtude dos dogmas do Direito Canônico,

¹⁸ Por todos, Carlos Roberto Gonçalves utiliza as expressões indistintamente, do que se infere de suas palavras: “o princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual. No poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante um acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.” (*Direito civil brasileiro*, V.III, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20).

rompeu com o formalismo para iniciar a fase do consensualismo no que tange à forma dos negócios jurídicos. Não obstante, ainda assim é incorreto afirmar que a vontade adquiriu o predicado de autônoma, eis que, em razão do princípio da fé jurada, os dogmas do cristianismo se sobrepunham aos interesses individuais, e por isso a vontade dos sujeitos precisava sempre guardar obediência com a vontade divina.

Com o fim do Estado Medieval e o surgimento do Estado Moderno, a autonomia da vontade finalmente encontra sua gênese. Destarte, o mercantilismo só poderia desenvolver-se por intermédio dos negócios jurídicos que, a partir de então, foram direta e definitivamente associados à circulação de riquezas. A prática mercantilista, porém, impunha a ruptura com o modelo medieval de controle dos atos jurídicos, mesmo porque a Igreja Católica, que ainda exercia influência sobre o Estado, proibía, sob a veste de pecado, a imposição de juros, a usura e outros hábitos que marcavam o comércio à época, sendo necessário, em nome do desenvolvimento da insurgente burguesia, que a prática negocial ganhasse mais liberdade.

O liberalismo econômico correspondeu, assim, aos anseios da burguesia, imprimindo a lógica da liberdade negativa, ou seja, tudo o que não é proibido, é permitido, combinado com a atuação minimalista do Estado nas relações travadas entre os particulares.

A Revolução Francesa veio consolidar de vez o Estado Liberal, cuja formação iniciou com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra. Dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que viraram a identidade ideológica da Revolução Francesa, a liberdade, foi, sem dúvida, o que mais ganhou expressão social, exercendo fortes influências nos campos político, econômico, social e jurídico, e a

vontade, enquanto expressão da liberdade humana¹⁹, foi salientada de maneira exacerbada.

A dinâmica jurídica do Estado Liberal apregoava a mínima interferência do Estado nas relações intersubjetivas, em clara aplicação do bordão do *laissez-faire*. Dessa maneira, a dicotomia entre público e privado, que iniciara no Direito Antigo e fora esquecida no Direito Medieval, ganhava novamente relevo, dessa vez de forma mais acentuada. A luta da burguesia pelas liberdades públicas resultou na garantia de uma liberdade negocial praticamente absoluta, plena e ilimitada. A liberdade negativa assegurada pelo Estado Liberal implicava na supervalorização do dogma da vontade, que passava a ser autônoma e soberana diante das relações privadas.

Em meio a esse panorama, Savigny elaborou a teoria da vontade para determinar a natureza jurídica do direito subjetivo. O direito subjetivo é o poder da vontade. Fazendo alusão a essa fase do direito subjetivo, Roberto de Ruggiero leciona que:

Uma doutrina muito espalhada concebe o direito subjetivo como um “poder da vontade”, uma “senhoria do querer”: é um poder de agir segundo as normas do direito objetivo, que pertence à pessoa em virtude dos ordenamentos jurídicos. Uma esfera, como diz Savigny, na qual a vontade da pessoa reina e reina como nosso consenso²⁰.

No contexto das codificações, o Código Napoleão, de inspiração notadamente liberal, representou a aplicação integral da teoria da vontade e seguiu a rígida separação entre público e privado, na medida em que, com sua pretensão de completude, simbolizava uma verdadeira Constituição do Direito Privado²¹. O

¹⁹ Luiz Guilherme Loureiro. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*, São Paulo: Método, 2002, p. 38.

²⁰ *Instituições de direito civil*, V. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 263.

²¹ Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

Código Civil Francês, em nome da autonomia vontade, prescreveu de forma absoluta o princípio da *pacta sunt servanda* ao estipular, em seu art. 1.134, que o contrato faz lei entre as partes.

Cumpra salientar que o Código Napoleão inaugurou o modelo oitocentista de codificação, cujo sustentáculo ideológico era o liberalismo, e, por isso, o direito privado revelava-se eminentemente individualista, voluntarista e patrimonialista. Esse modelo inspirou várias codificações ocidentais, dentre as quais o Código Civil Brasileiro de 1916, que seguiu praticamente as mesmas diretrizes.

A vontade, pela ótica do liberalismo, redundava em forte apelo ao subjetivismo, pois considerava aspectos psicológicos de seu agente emissor. Parece claro que a autonomia baseada nessa noção não prosperou por muito tempo, sobretudo após a insurgência do *Welfare State*, que trouxe consigo valores como a justiça social, a igualdade material e a solidariedade.

A natureza jurídica do direito subjetivo recebeu contornos mais objetivos com a teoria da declaração, de origem germânica, que propugnava que a vontade real, interna, do sujeito pouco importava, sendo relevante, para fins de criação, modificação e extinção de direitos, somente aquilo que foi declarado pelo agente. O declínio do liberalismo exigiu uma posição mais ativa do Estado, que passou a intervir cada vez com mais vigor na atividade econômica, e a vontade, enquanto elemento subjetivo e absoluto perdeu a força.

Sobre essa problemática, pondera Luiz Guilherme Loureiro:

O absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi objeto de críticas durante o século XX. Combatidos pela doutrina e pela jurisprudência, os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade ideais do modelo humano abstrato que os fundamentavam ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. Os desequilíbrios contratuais decorriam do excesso de individualismo e do voluntarismo. Perdendo seu estatuto de valor em si, a vontade deveria de agora em diante servir à justiça e à

utilidade social sob o olhar vigilante do direito objetivo. A noção de ordem pública, limite tradicional da liberdade contratual, foi aprofundada. À ordem pública de direção – código moral e social de interesse geral – se acrescentou a ordem pública de proteção – leis de equilíbrio dos interesses dos particulares em luta contra as injustiças sistêmicas²².

Urge pontuar que não foi eliminada do ordenamento jurídico a importância da vontade. Pelo contrário, ela continuou, e continua até os tempos atuais, a ser fator essencial para a existência dos negócios jurídicos. Apenas o voluntarismo, que resultava no caráter absoluto da vontade e que conduzia à afirmativa de que a *vontade seria o próprio negócio jurídico*²³ ou de que a *autonomia da vontade se constituía no valor supremo de contratar*²⁴, é que foi mitigado pelos novos valores que estavam sendo cristalizados pela sociedade, e justamente aqui se abre espaço para crítica à expressão “autonomia da vontade”.

Tal expressão denota a vontade tida em sua faceta subjetiva, valorizando o interno e o psicológico do sujeito, o que não mais pode ser aceito. A vontade deve ser considerada também para fins de averiguar a validade do ato jurídico praticado e neste ponto ela não é elemento suficiente.

A autonomia privada rompe com a mística da vontade²⁵. Verifica-se uma coexistência de regramentos em que a competência do sujeito para determinar a existência e os efeitos de suas relações jurídicas deve estar embasada nas

²² Luiz Guilherme Loureiro. *Teoria, cit.*, p. 39.

²³ Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 166.

²⁴ Expressão de Clóvis Couto e Silva citada por Maria Aracy Menezes da Costa em seu texto Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. A autora faz coro com as críticas direcionadas à expressão autonomia da vontade, pois os pressupostos dos quais parte a autonomia privada é a liberdade formal e a igualdade formal e, por isso, é *da vontade humana, e não da lei, que se origina a força obrigatória dos contratos. Cabe à lei uma posição supletiva de colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas, que esteja livre de defeitos e de vícios* (In: Cláudia Lima Marques (org). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231).

²⁵ Neste sentido, é lapidar a lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges no sentido de que “a autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar.” (*Disponibilidade, cit.*, p. 52).

circunscrições feitas pelo próprio ordenamento jurídico. Se a pessoa pode fazer sua autodeterminação jurídica, pode porque o ordenamento permite, e não porque quer; essa permissão é concedida com limites que devem ser respeitados, sob pena de invalidade do ato praticado. A autonomia privada representa a *concretização da forma de vida de um povo, conscientemente assumida*²⁶.

Há uma inversão clara de paradigmas: não é a vontade que escolhe livremente as normas aplicáveis ao ato que se pretende praticar, e sim o ordenamento que seleciona a vontade que com ele é condizente, o que direciona a conclusões pragmáticas completamente diferentes. No entender de Ana Prata, “a juridicidade do acto ou da relação afere-se pela dignidade do interesse em causa, e o juízo sob essa dignidade é um juízo normativo informado por critérios supraindividuais”.²⁷

Portanto, a opção pela utilização da expressão autonomia privada em lugar de autonomia da vontade não é uma questão puramente terminológica e se dá em virtude dos argumentos acima apresentados.

Importa, por fim, asseverar que há outra gama de autores que não entendem que a autonomia privada superou a autonomia da vontade, defendendo a coexistência de ambas. Para esta parcela da doutrina, a autonomia da vontade decorre diretamente da dignidade humana, e é identificada pelo livre arbítrio que tem o indivíduo de escolher agir ou não. Uma vez optando pela prática do ato jurídico, entra em cena a autonomia privada, fazendo com que esse indivíduo que livremente escolheu criar uma relação jurídica para si, defina a eficácia de seu ato.

²⁶ Denis Franco da Silva. *O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução*. In: Maria Celina Bodin de Moraes. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

²⁷ *A tutela, cit.* p. 23.

A despeito dessa doutrina, que conta com abalizados patronos²⁸, a defesa é de que tanto a existência quanto a regulamentação do ato jurídico são determinadas pelo instrumental da autonomia privada.

1.3 AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA

É chegado o momento de procurar estabelecer a distinção entre autonomia pública e autonomia privada.

A tutela jurídica da liberdade implica considerar que ela se manifesta em três dimensões distintas, a saber: as liberdades públicas ou “condições de liberdade”²⁹, a possibilidade de o indivíduo, enquanto cidadão, participar como ator no processo de formação da vontade do Estado, e na possibilidade de a pessoa, na condição de sujeito de direito, autodeterminar suas relações patrimoniais e existenciais, conforme os parâmetros da ordem jurídica vigente.

As liberdades públicas são “proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca de auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”³⁰. São, assim, ao lado dos demais direitos fundamentais e garantias constitucionais, elementos estruturais da própria noção de Estado Democrático de Direito, devendo o Poder Público assegurar que intervenções ilegítimas a tais liberdades sejam perpetradas.

²⁸ Vide, por todos, Rosa Nery, quando afirma que “a idéia de autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos (...) Autonomia privada é outra coisa. É princípio específico de direito privado. Situa-se em outro plano, ligado à idéia de poder o sujeito de Direito criar normas jurídicas particulares que regerão os seus atos”. (*Função do direito privado no atual momento histórico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 115-6).

²⁹ Expressão cunhada por Daniel Sarmento (*Direitos, cit.* p. 174).

³⁰ Gilmar Ferreira Mendes *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359.

O exercício das liberdades públicas pelos indivíduos não tem, pois, o caráter criador de normas jurídicas, muito menos de interferência no futuro político do Estado.

A autonomia pública, por sua vez, está relacionada à concepção democrática de liberdade e corresponde ao poder de o cidadão contribuir ativamente, pelos meios de participação constitucionalmente previstos, com os direcionamentos políticos que o Estado do qual é jurisdicionado irá rumar, pelo que se confunde com a noção de soberania popular.

Por fim, a autonomia privada diz respeito à tutela dos interesses das pessoas³¹ em interferência intersubjetiva, mediante autorização conferida pelo ordenamento, para que as pessoas possam agir conforme os limites traçados pela moral, bons costumes e normas cogentes.

1.4 DIMENSÕES DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada pode ser analisada em dois planos distintos: um plano horizontal, que diz respeito à abrangência desta com relação aos atos praticados pelas pessoas, e um plano vertical, que determina a profundidade com que poderá ser exercida, ou seja, os limites da autonomia privada.

No que tange ao plano horizontal, foi afirmado alhures que a autonomia privada instrumentaliza não apenas as relações de caráter econômico, mas também as situações jurídicas extrapatrimoniais.

Com efeito, é comum na doutrina a confusão entre a autonomia privada e a autonomia negocial, esta sim adstrita ao campo dos negócios jurídicos

³¹ É importante esclarecer que nas pessoas aqui tratadas estão incluídas as pessoas jurídicas, tanto as de direito privado quanto as de direito público, pois é certo que os entes estatais também desfrutam de autonomia privada quando exercem atividade econômica.

de feição econômica. Não obstante, a autonomia privada comporta duas dimensões: uma econômica e uma existencial.

Em sua dimensão econômica, a autonomia privada corresponde à autonomia negocial, ou seja, à possibilidade jurídica de o sujeito se autodisciplinar, de estipular, com observância aos limites fixados pela ordem jurídica, as regras pertinentes aos seus negócios que envolvam bens patrimoniais.

Assim é que estão inseridos no âmbito da autonomia negocial não apenas os contratos, mas também os demais negócios jurídicos unilaterais, como o testamento.

No direito contratual a aplicação da autonomia privada se desdobra em dois princípios: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Aqui também há falta de clareza na doutrina pátria, que, em uma metonímia³², emprega indistintamente as expressões autonomia da vontade, autonomia privada e liberdade contratual para indicar os mesmos significados, redundando na falsa impressão de que a autonomia privada só tem atuação no direito contratual, o que é uma imprecisão jurídica³³.

Ratificando o conteúdo até aqui exposto sobre este assunto, autonomia privada é um conceito amplo que representa a possibilidade jurídica objetiva de o indivíduo disciplinar suas relações, enquanto que a liberdade contratual é uma especialidade da autonomia privada que confere ao sujeito o poder de compor seus contratos conforme interesses juridicamente protegidos.

³² Usa-se o termo “metonímia” porque tal concepção acaba por tomar a parte (contrato) pelo todo (negócio jurídico), resultando por considerar contrato como sinônimo de negócio jurídico, o que não é correto. Negócio jurídico é o gênero do qual o contrato é espécie. Assim, a autonomia privada é geral enquanto que a autonomia contratual (ou as chamadas liberdades contratuais) são especialidades da autonomia privada.

³³ Cite-se, como exemplo, a posição do douto civilista Roberto Senise Lisboa: “segundo o princípio da autonomia da vontade, as partes contraentes possuem liberdade de contratar ou não, conforme lhes aprouver, decidindo, em caso afirmativo, com quem contratar, o que contratar e o conteúdo da avença”. (*Manual de direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 87).

A liberdade de contratar diz respeito a duas faculdades diferentes. Uma é a de escolha pela celebração ou não do contrato. Com efeito, é exigência da liberdade não forçar as pessoas a participar como sujeito de um contrato. Só é parte de uma relação contratual válida aquele que optou livremente pela participação, e o inverso pode resultar em vício do consentimento, sobretudo no que diz respeito à coação moral, conforme orientação do art. 151, do Código Civil brasileiro. Aliás, nas hipóteses de coação física, é certo que o ato não pode sequer ser considerado inválido, uma vez que inexistente³⁴.

Outro aspecto da liberdade de contratar é a escolha do contratante. Assim como ninguém pode ser compelido a celebrar um contrato, é igualmente ilícita a imposição da pessoa que figurará no outro pólo da relação.

Por óbvio, ambas as facetas da liberdade de contratar são excetuadas por situações específicas e expressamente previstas em lei. Por exemplo, o DPVAT, seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, é imposto pela Lei Federal nº 6.194/74 e obrigatório para todos os proprietários de veículos automotores terrestres, sendo a vontade irrelevante para a contratação do seguro. Ademais, alguns serviços públicos concedidos em regime de monopólio conforme as regras do direito econômico, retiram das pessoas a liberdade de escolher seu contratante, como é o caso do fornecimento de energia. Inobstante, as exceções servem somente para confirmar a regra geral, que é a da liberdade de contratar.

³⁴ Em apontamentos ao Código Civil Brasileiro, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes *et al*, asseveram que “a doutrina diferencia a coação moral, que vicia o consentimento, da coação física perpetrada contra o agente, que lhe retira inteiramente a capacidade de escolha, tornando a declaração de vontade inexistente, *tout court*. Segundo este entendimento, a visão absoluta ou coação física configura-se no constrangimento corporal que retira toda a capacidade do querer, implicando em ausência total de consentimento. Ante a ausência de consentimento, portanto, da coação física resulta a inexistência do negócio jurídico, não se caracterizando simplesmente um vício de vontade”. (Gustavo Tepedino *et al*. *Código civil interpretado*: à luz da constituição federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 287).

A liberdade contratual refere-se à *liberdade para estabelecimento do conteúdo do contrato*³⁵. É dizer, os sujeitos da relação contratual podem, na circunscrição jurídica de sua autonomia, livremente estipular os efeitos do negócio, inclusive no que toca à liberdade sancionatória de estipular multa pelo descumprimento dos deveres prestacionais.

Pietro Perlingieri destaca que a autonomia contratual contemporânea recebe adjetivos conforme a função que ela desempenha no negócio jurídico. Dessa forma, fala-se em *autonomia contrattuale assistita*, que consiste na dupla finalidade de, ao mesmo tempo, atender as exigências mercadológicas e proteger o hipossuficiente; e *autonomia contrattuale incentivata*, em que a legislação estimula determinadas condutas mediante benefícios econômicos para uma ou ambas as partes envolvidas³⁶.

Destaque seja feito para uma manifestação patente da liberdade contratual, que são os contratos atípicos, autorizados pelo disposto no art. 425³⁷, do Código Civil brasileiro. Nos contratos atípicos, a atividade criadora da autonomia privada é elevadíssima, tendo as partes liberdade para elaborar verdadeiras espécies contratuais, desde que observadas as disposições da codificação civil pátria. Os contratos atípicos dominam, atualmente, grande parte da atividade econômica da sociedade, especialmente as atividades empresariais, tendo como exemplos os contratos de publicidade, os de mediação e o *join venture*.

³⁵ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37.

³⁶ *Manuale*, cit. p. 351.

³⁷ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas.” Sobre os contratos atípicos, leciona Maria Helena Diniz que são “os não disciplinados expressamente pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém muito admitidos juridicamente, ante o princípio da autonomia da vontade e a doutrina dos números apertus, em que se desenvolvem as relações contratuais, desde que observem as normas gerais estabelecidas pelo Código Civil e não contrariem a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito, como o da função social do contrato” (*Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366).

Outro aspecto da dimensão econômica da autonomia privada é pertinente à prática dos atos unilaterais. Atos como a promessa de recompensa (arts. 854 a 860, CC/2002) e a gestão de negócios (arts. 861 a 875, CC/2002) são igualmente propulsionados pela autonomia privada.

A dimensão existencial da autonomia privada alude às situações jurídicas extrapatrimoniais. Situações jurídicas são, no dizer de Francisco Amaral:

conjuntos de direitos e deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem. Surgem como o efeito de fatos ou atos jurídicos, e realizam-se como possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos pelas regras de direito. Constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo e o dever jurídico (...) o conceito de situação jurídica é, por isso, inseparável do de relação jurídica, que se pode também definir como síntese de situações jurídicas correlatas³⁸.

Estão compreendidos na classe das situações jurídicas extrapatrimoniais os direitos de personalidade³⁹ e os direitos decorrentes do estado das pessoas, seja o estado civil, familiar ou político. Portanto, qualquer ato que interfira nesses direitos, tais como o reconhecimento voluntário de paternidade, a alteração de nome, a opção por não receber tratamento médico mesmo em risco de vida, a disposição do corpo para depois da morte, o casamento, a separação, o divórcio, dentre os tantos existentes na legislação brasileira, estão diretamente ligados à autonomia privada em sua dimensão existencial.

Neste ponto, discorda-se de Luigi Ferri, para quem os atos referentes às situações jurídicas existências não se relacionam com a autonomia privada. Para Ferri, o poder emanado da autonomia privada *es distinto lo que hay que decir para la representación legal y para los poderes familiares em general:*

³⁸ *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 186.

³⁹ Sobre os direitos de personalidade, considerações mais aprofundadas serão feitas no próximo capítulo desta dissertação.

*tanto la primera como los segundos están fuera del ámbito de la autonomía privada*⁴⁰.

O reconhecimento dessas dimensões não tem interesse meramente acadêmico, como à primeira vista pode indicar. Conforme será visto adiante, os limites à autonomia privada variam conforme a natureza econômica ou extrapatrimonial de sua dimensão. Este é o magistério de Denis Franco Silva, quando leciona que:

Quanto às situações de caráter existencial, percebe-se a tendência identificada com um incremento desta autonomia. Já no que se refere a situações de caráter patrimonial, parecem estabelecer-se medidas limitadoras de maior alcance⁴¹.

Cumpre esclarecer que essas dimensões não são dicotômicas como parecem, e muitas vezes se tocam, o que torna o controle do poder que emana da autonomia privada mais engenhoso.

1.5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA: A HETERONOMIA DA VONTADE

O estudo das limitações à autonomia privada reporta à compreensão da evolução que tem sofrido o próprio direito civil nos últimos tempos.

Como corolário da autonomia da vontade (e aqui se fala em “autonomia da vontade” para fazer referência ao momento histórico do liberalismo clássico do século XIX), o princípio da *pacta sunt servanda* ou força obrigatória dos contratos conferia caráter absoluto para a vontade dos contratantes, princípio este

⁴⁰ *La autonomía privada*. Granada: Editorial Comares, S.L, 2001. p. 298.

⁴¹ O princípio da autonomia. In: Maria Celina Bodin de Moraes. *Princípios*, cit., p. 156.

que saiu do Código Civil francês para a maioria das codificações ocidentais⁴², quedando intangível sob quaisquer circunstâncias. Assim como a vontade era um dogma intocável, a força vinculante dos contratos comportava raras exceções, dada a própria lógica de neutralidade do Estado Liberal com relação às atividades econômicas.

Na realidade, a força obrigatória dos contratos estava assentada no binômio igualdade-liberdade, que, como mencionado, ao lado da fraternidade foi a bandeira da Revolução Francesa. A igualdade formal, ou seja, a igualdade como um ponto de partida, garantia a liberdade. Ora, se a premissa era de que todos são iguais perante a lei, a vontade que fora livremente declarada devia ser fielmente cumprida, ainda que compulsoriamente. Não comportava ao Estado alterar as situações que a “mão invisível” da atividade econômica havia criado, já que os sujeitos eram iguais e livres.

Quase cem anos após o início do império da vontade absoluta, o direito privado, sob a égide do Código Civil Alemão⁴³ — BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) — começou a tomar rumos diferenciados. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, técnicas legislativas que expressavam a exigência de uma Alemanha recém-unificada, se contrapuseram ao rigor das *fattispecies* do Código Napoleão. A teoria da base objetiva do negócio jurídico elaborada por Karl Larenz relativizou o dogma da vontade ao afirmar que a obrigatoriedade desta dependerá da previsível manutenção das circunstâncias econômicas (objetivas), desde a formação até a execução do contrato.

⁴² Tome-se como exemplo o Código Civil Espanhol, art. 1.091: *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.*

⁴³ O Código Civil Alemão foi promulgado em 1896 e entrou em vigor em 1900. O BGB também teve forte influência liberal, mas foi a sua estrutura em cláusulas gerais que propiciou a adaptação do direito privado às transformações sociais ocorridas após a I Guerra, com destaque à criação do Estado Social pela Constituição de Weimar (1916).

O pós-45 promoveu uma ruptura com o modelo jurídico então vigente e proporcionou o resgate da dignidade humana como epicentro do ordenamento jurídico. A força desse valor se intensificou de tal forma que o direito privado sofreu uma verdadeira revolução copernicana do direito privado⁴⁴, que passou a encontrar na Constituição Federal, e não mais no Código Civil, seu astro-rei. Com isso, valores até então desconhecidos pelo ordenamento civil penetraram nas relações jurídico-privadas, causando certo espanto.

Percebeu-se, que a ausência de paridade entre os sujeitos da atividade econômica implicava em uma manifestação de vontade juridicamente livre, mas economicamente oprimida. Foi, assim, remodelada a noção do binômio igualdade-liberdade: a concepção material de igualdade, que vê esta como um ponto de chegada, dimanou na tutela da liberdade dos hipossuficientes.

A própria superação do dogma da vontade e a elaboração da teoria da autonomia privada fizeram sobressair a necessidade de uma atuação positiva do Estado para a proteção de seus jurisdicionados.

Limitar a autonomia privada é antes uma exigência da garantia do pleno desenvolvimento da personalidade, reprimida pela voracidade da economia global. Impor restrições à autonomia privada, por mais estranho que pareça, é o que assegura seu pleno exercício, pois sem as devidas demarcações, a vontade passa a ser absoluta, e, por isso, tirana com a parte mais débil da relação jurídica, em um autêntico paradoxo da liberdade (a liberdade em demasia, aprisiona). “A pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas”⁴⁵.

⁴⁴ Luiz Edson Fachin. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (coord). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 35.

⁴⁵ Daniel Sarmiento. *Direitos*, cit., p. 150.

Ao lado dos limites negativos, que conferem ampla atividade criativa dos sujeitos, foram criados limites positivos, que implicam no surgimento de deveres jurídicos às pessoas, independente de sua vontade.

A doutrina da justiça social e o princípio da solidariedade (que, no Brasil, encontra-se positivado no art. 3º, I, Constituição Federal, como objetivo da República Federativa do Brasil) funcionalizaram a noção de direito e, por via de consequência, da autonomia privada, que não pode converter-se em individualismo, devendo, sempre que possível, atender aos fins sociais do direito. O negócio jurídico deve ser encarado como um “instrumento de realização dos interesses privados e não como afirmação da liberdade”⁴⁶.

Nota-se que hodiernamente a fonte da autonomia privada é heterogênea, e paralela à autonomia privada encontra-se a chamada “heteronomia da vontade”, locução empregada para designar a *“creazione di regole da parte non del titolare dell’interesse cui quelle regole vanno applicate, ma di um soggetto estraneo provvisto di um potere pubblico”*⁴⁷. Em outras palavras, coexistem duas fontes diversas, uma emanada da liberdade jurídica dos sujeitos envolvidos (autonomia privada) e outra resultante das normas cogentes, moral e bons costumes impostas pelo Estado em concorrência com a sociedade (heteronomia da vontade). Aliás, o Código Civil italiano, em seu art. 1.322⁴⁸, estabelece expressamente que a autonomia privada cinge-se a disposições legais e normas corporativas.

O atual sistema brasileiro de direito civil leva em consideração as transformações ora comentadas. A bem da verdade, a concepção de sistema uno de

⁴⁶ Ana Prata. *A tutela*. cit. p. 23.

⁴⁷ Pietro Perlingieri, *Manuale*, cit, p. 337.

⁴⁸ Art. 1.322 (autonomia contrattuale) *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

direito implica na inafastável conclusão de que a Constituição Federal é o eixo principal sob o qual se erige o direito privado. Não menos importante foi o impacto que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) provocou nas relações privadas, sobretudo com a criação da teoria das cláusulas contratuais gerais, o controle até então inexistente das cláusulas dos contratos de massa, a disciplina das cláusulas abusivas, a resolução do contrato por onerosidade excessiva e a valorização da boa-fé objetiva.

Ademais, o Código Civil de 2002 segue o modelo novecentista de codificação, outorgando uma nova ordem axiológica, com ênfase no pleno desenvolvimento da personalidade em cotejo com valores sociais relevantes.

Os limites à autonomia privada são graduados levando-se em consideração as dimensões econômica e existencial que ela assume. Na autonomia econômica, os limites negativos são mais evidentes que os limites positivos, embora existam para a criação de deveres jurídicos e assumam grande importância para conter os abusos de direito (atualmente entendidos como atos ilícitos, a teor do consubstanciado no art. 187⁴⁹ da atual codificação civil pátria) e conseqüente subordinação de uma parte à outra. Em sua dimensão existencial, o controle da autonomia privada é mais rigoroso, em virtude da proteção ao pleno desenvolvimento da personalidade. Há uma espécie de escala de intensidade da autonomia privada, sendo o exercício desta tão mais forte quanto mais próxima estiver de interesses meramente patrimoniais.

Em algumas situações esses limites são aplicados através de mera subsunção do fato material à hipótese prevista na lei, como é o caso das regras da capacidade civil previstas nos arts. 3º e 4º, do Código Civil Brasileiro. Noutras,

⁴⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

contudo, esses limites são tênues e precisam ser ponderados com outros valores, por vezes até exógenos ao ordenamento jurídico.

São esses limites que se pretende estudar a partir de agora, dedicando atenção à abordagem da disponibilidade relativa dos direitos individuais, das cláusulas gerais de funcionalização do direito e do dirigismo contratual no âmbito nos negócios jurídicos.

Cumpre, de plano, esclarecer que não se propugna pelo fim do princípio da força obrigatória dos contratos, porquanto sem a *pacta sunt servanda* não existe a segurança jurídica necessária ao negócio. Todavia, é inegável que esses novos limites mitigaram a força do princípio em benefício de “valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança”⁵⁰.

⁵⁰ Ana Prata. *A tutela*, cit, p. 155.

2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS INDIVIDUAIS

2.1 CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

É cediço que a dignidade da pessoa humana desempenha papel essencial no Estado Democrático de Direito. Nelson Rosenvald ressalta a importância da dignidade humana para o sistema jurídico, afirmando ser esta *simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação dos intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito*⁵¹. Entrementes, precisar o conteúdo valor da dignidade humana não é tarefa das mais fáceis, pois há o risco de ser demais vago ou restrito, e em ambos os casos resultaria em banalização do princípio que é o epicentro de um ordenamento jurídico comprometido com o ser humano e a garantia do desenvolvimento dos atributos de sua personalidade.

A proteção à dignidade humana é uma conquista histórica, iniciada com o Cristianismo. A idéia de que Deus fez o homem à sua imagem e semelhança conferiu ao homem uma carga valorativa sagrada que emanava do próprio Criador. As concepções cristãs da dignidade humana, sobretudo as de São Tomas de Aquino, influenciaram o jusnaturalismo que via na dignidade algo inato e exterior ao homem, devendo ser protegida em todos os seus desmembramentos.

Foi com Kant que a noção de dignidade começou a ganhar os contornos atuais⁵². Em seu imperativo categórico⁵³, Kant afirmou que o homem

⁵¹ *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.

⁵² A respeito da teoria kantiana sobre a dignidade ora exposta, vide *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Edições 70, 1995. p. 36 e seguintes.

constitui um fim em si mesmo e a dignidade é um valor que lhe é inerente, interno, decorrente de sua própria racionalidade, e não de fatores metafísicos como Deus ou uma ordem natural de valores.

Para Kant, na vida tudo tem preço ou dignidade, sendo que o preço pode sempre ser substituído por algo que lhe equivale, diferentemente da dignidade, que é atributo exclusivo dos seres dotados de racionalidade, que se entendem por pessoas e vêem na dignidade a medida de seu valor. Dessa forma, a dignidade identifica o homem, fazendo com que ele se sobressaia dos demais seres, motivo pelo qual deve ser objeto de tutela jurídica, que surge como uma exigência da condição humana.

Inseparável da idéia de proteção à dignidade está a autodeterminação. O homem deve ter condições mínimas de preservação, um mínimo de existência ética⁵⁴, para que possa se autodeterminar, garantindo o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Sem que isso represente apego à doutrina jusnaturalista, pode-se afirmar que, de acordo com a concepção kantiana, a dignidade humana precede a ordem normativa, não por uma questão metafísica, mas porque qualquer estrutura

⁵³ O imperativo categórico se aproxima de uma razão universal, conforme se extrai de suas duas fórmulas básicas. A primeira delas é a de que o ser humano deve agir como se a sua conduta fosse atingir um padrão universal, conferindo ao indivíduo uma autonomia moral, não egoísta, e a segunda determina que o indivíduo deve reconhecer em todos os demais seres humanos um fim neles mesmos e, sendo assim, deve respeito a todos como a ele mesmo.

⁵⁴ A palavra “mínimo” tem certa vagueza semântica e, por isso, a expressão “mínimo de existência ética” é um conceito indeterminado. Interessante notar que o próprio texto constitucional, assim como inúmeras leis infraconstitucionais, utilizam-se do “mínimo” para a definição de padrões, tais como o salário mínimo, ou como a garantia constitucional de um mínimo de educação. Com relação à propriedade, a obra *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo* de Luiz Edson Fachin é precisa ao traçar os contornos desse “mínimo” para a garantia da existência ética do indivíduo. Em trecho lapidar, Fachin assevera que “a existência de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam. O tema, aqui, pode transcender a outros patamares (...) Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico-axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo” (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 278, 280, 281).

jurídica é estabelecida pelo homem e para o homem, e sendo a dignidade um valor intrínseco evocado pelo ser humano, o direito deve apenas reconhecê-la e protegê-la mediante omissões (proibição de interferência ilegítima no âmbito de proteção da dignidade) e ações positivas destinadas a implementar medidas que garantam o mínimo ético de cada indivíduo.

A visão kantiana de dignidade, porém, foi esquecida pelo liberalismo. O Estado Liberal conferiu à dignidade humana uma conotação diferenciada, elevando de forma exagerada os ideais de liberdade e igualdade. Assegurar a dignidade humana significava afirmar exercício irrestrito da liberdade, partindo da premissa da igualdade formal. Desse jeito, todos os demais direitos decorrentes da dignidade humana (que, na concepção liberal clássica eram secundários diante do binômio igualdade-liberdade) seriam automaticamente preservados nas relações intersubjetivas. A tutela à dignidade era realizada negativamente, ou seja, pela não intervenção do Estado nas decisões autodeterminantes dos indivíduos.

O liberalismo extremo resultou na despersonalização do Direito. Os conceitos de pessoa e personalidade difundidos pelos códigos oitocentistas eram por demais reducionistas, simplificando a pessoa como ente dotado de personalidade, e esta como mera aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres na ordem jurídica. Em outras palavras, o conceito meramente técnico-jurídico resumiu “personalidade” a uma capacidade aquisitiva, idéia que ia perfeitamente ao encontro da mentalidade patrimonialista da época.

O ocaso do modelo liberal e o surgimento do Estado Social trouxeram nova ordem de valores, como: a justiça social, a igualdade substancial, a solidariedade e a necessidade de interferência positiva do Poder Público para alcançar o bem comum, modificando a compreensão até então reducionista de

pessoa, personalidade e dignidade. Na realidade, o protótipo de Estado introduzido na Alemanha pós I Guerra pela Constituição de Weimar (1919), revela um forte apelo neokantiano, o que fundamenta, ao lado das perturbações sociais vividas no país pela derrota na Guerra, a importância que tem o documento para a afirmação histórica dos direitos humanos, sobretudo os direitos sociais ou de segunda dimensão.

É no pós-45 que a filosofia neokantiana sobre a dignidade humana atinge proporções mundiais. As barbáries patrocinadas pelo totalitarismo chocaram a humanidade, pela cruel lógica de descartabilidade do ser humano⁵⁵. O homem foi instrumentalizado: deixou de ocupar a posição de sujeito de direitos para ser reduzido a objeto, um simples instrumento para a consecução dos fins do Estado Totalitário. A inversão de referências pregada pela doutrina totalitária é patente. A esse respeito, Cláudio Ari Melo pondera que após as reflexões políticas, jurídicas e filosóficas que seguiram a II Guerra, a “proteção da personalidade humana através de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados foi sintetizada pela concepção de dignidade da pessoa humana”⁵⁶.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada por ocasião da criação da ONU, em 1948, proclama, já em seu art. 1º, que “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”, consagrando, por conseguinte, a cláusula geral de tutela da pessoa humana em nível mundial. A partir de então, os sistemas constitucionais dos vários países do mundo, mormente os ocidentais, moldaram-se para recepcionar o valor da dignidade da pessoa humana, que firmou sua posição como epicentro de um Direito que não tem como deixar de

⁵⁵ Expressão utilizada pela professora Dra. Flávia Piovesan durante suas aulas de Direitos Humanos I no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC/SP, durante o primeiro semestre de 2004.

⁵⁶ Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 75.

ser antropocêntrico. Rizzato Nunes expõe que a dignidade da pessoa humana é consequência de uma *conquista da razão ético-jurídica* decorrente da reação da comunidade internacional aos tristes acontecimentos da II Guerra Mundial⁵⁷.

Fala-se em uma cláusula geral de proteção à dignidade humana, criação positiva que reconhece e protege tal dignidade para a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito. A cláusula geral de proteção à dignidade humana é aberta, de extrema carga axiomática, da qual provêm as situações jurídicas existenciais do homem, traduzidas nos direitos individuais⁵⁸, e são extraídos seus instrumentos de proteção.

É corriqueira na legislação alienígena a presença de cláusula geral de proteção à dignidade humana. Em nível constitucional, cite-se o exemplo da Alemanha, cuja Constituição, em seu art. 1.1, estabelece que a dignidade humana é intangível, tendo o Poder Público obrigação de protegê-la⁵⁹. No mesmo sentido, as Constituições chilena⁶⁰, italiana⁶¹ e portuguesa⁶², dentre outras.

⁵⁷ *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

⁵⁸ Optou-se pela expressão “direitos individuais” para significar tanto os direitos fundamentais quanto os direitos de personalidade. A diferenciação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade será feita no momento oportuno.

⁵⁹ *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

⁶⁰ Art. 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. (grifos nossos).

⁶¹ Art. 2°. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

⁶² Art. 1°. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No Brasil, a cláusula geral de tutela da dignidade humana está consagrada no art. 1º, III, da Constituição Federal, que eleva tal valor a princípio fundamental da República Federativa do Brasil. O raio de influência desta cláusula é ilimitado no ordenamento jurídico, de modo que compreende tanto as relações de Estado e indivíduos, quanto as relações entre indivíduos.

Confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção à dignidade humana é identificar, consoante magistério de Maria Celina Bodin de Moraes, que a personalidade é um “valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma serie (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a incessantemente mutável exigência de sua tutela”⁶³. O bem jurídico tutelado é a dignidade, característica exclusiva do ser humano. Ao mesmo tempo, o ser humano é o sujeito desta tutela, o que faz concluir que o limite da dignidade é o próprio homem. Daí defluem todas as situações jurídicas existenciais factíveis pela experiência humana.

Atitudes conflitantes com a dignidade humana devem ser intoleráveis para o Direito. Tal violação deve ser aferida por critérios muitas vezes difíceis de estipular aprioristicamente, sendo necessário o uso da técnica da ponderação de interesses. Posicionamento interessante sobre a violação da dignidade humana é firmado por Maria Garcia, para quem a dignidade humana é desrespeitada sempre que o homem deixar de corresponder a um fim em si mesmo e for instrumentalizado para fins alheios a ele, ocasionando a “descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos”⁶⁴.

⁶³ *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

⁶⁴ *Os limites da ciência: dignidade da pessoa humana e ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 211.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.2.1 Teoria geral dos direitos de personalidade

Para compreender os direitos de personalidade, é mister inicialmente depurar as acepções da palavra *personalidade* para o Direito Civil.

Personalidade pode significar a aptidão genérica que toda pessoa tem para adquirir direitos e contrair deveres na ordem jurídica. É um conceito oriundo da técnica jurídica para atribuir às pessoas a titularidade de direitos e deveres, sendo, por isso, “o primeiro bem pertencente à pessoa”⁶⁵. Encarando por esse aspecto, todos os direitos subjetivos seriam considerados direitos de personalidade, eis que eles só existem porque têm a personalidade como pressuposto⁶⁶.

Sem embargo, a personalidade pode também conotar o continente da dignidade humana, sendo, por isso, objeto de tutela jurídica especial. É nesse sentido que a expressão “direitos de personalidade” repousa. Os direitos de personalidade correspondem às expressões assumidas pela dignidade humana nas diversas situações jurídicas existenciais que podem ser experimentadas pelo ser humano.

Assim é que Francisco Amaral define os direitos de personalidade como sendo “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da

⁶⁵ Elimar Szaniawski. *Os direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁶⁶ Nesse sentido, Adriano de Cupis: “A personalidade, não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto” (*Os direitos*, cit. p. 21).

pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁶⁷. Gustavo Tepedino aponta que os direitos de personalidade são aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”⁶⁸. Para Cláudio Ari Mello, os direitos de personalidade são “direitos subjetivos que protegem a identidade e a subjetividade do *self* do homem, da pessoa como agente possuidor de bens exteriores ao seu próprio *self*”⁶⁹.

São direitos de personalidade a vida, a liberdade, a privacidade, a honra, a imagem, o direito moral de autor e tantos outros que são consectários da dignidade humana e traduzem o modo de ser da pessoa.

A doutrina, sobretudo a estrangeira, costuma identificar as expressões “direitos sobre a própria pessoa”, “direitos individuais”, “direitos personalíssimos” e “direitos fundamentais ou essenciais da pessoa”, como análogas aos direitos de personalidade⁷⁰.

Porém, não obstante a vasta gama de signos da doutrina internacional para indicar o mesmo significado, não se pode confundir direitos de personalidade com direitos personalíssimos ou direitos pessoais. Os direitos personalíssimos são aqueles que dizem respeito às peculiaridades de uma determinada pessoa, sendo *intuito personae*, mas não necessariamente direitos de personalidade. Tomando o exemplo das obrigações de fazer infungíveis, o direito de crédito é personalíssimo, mas jamais direito de personalidade. Por outro lado, direitos pessoais são sinônimos de direitos obrigacionais, conceito inconfundível com a tutela da personalidade.

⁶⁷ *Direito civil*, cit. p. 247.

⁶⁸ A tutela da personalidade no ordenamento jurídico. In: Gustavo Tepedino. *Temas*, cit., p.24.

⁶⁹ Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 72.

⁷⁰ Sobre esse ponto, ver Elimar Szaniawski, *Direitos*, cit., p. 71.

O surgimento dos direitos de personalidade nas codificações atuais tem origem relativamente recente, provém do movimento de repersonalização do Direito Civil no século XIX, fruto das reflexões, sobretudo, de juristas alemães e italianos. Entretanto, suas raízes históricas remontam à Antigüidade Clássica.

A evolução histórica dos direitos de personalidade é a mesma dos direitos fundamentais até a instauração do Estado Liberal: direitos de personalidade e direitos fundamentais eram indistintamente designados por direitos naturais ou direitos do homem. Foi com o liberalismo que a dissemelhança começou a ser criada. A teoria geral dos direitos fundamentais despontou a partir da necessidade que o homem tinha de ver sua autonomia protegida das interferências ilegítimas do Estado, constituindo, assim, proteção individual contra o Poder Público. Os direitos fundamentais não se colocavam diante de relações entre indivíduos, pois estas eram disciplinadas exclusivamente pelo Direito Privado.

Por conseguinte, os direitos de personalidade têm sua gênese histórica, enquanto instrumentos jurídicos de proteção de aspectos da subjetividade humana, na categoria de direitos fundamentais individuais, que originalmente eram atribuídos a indivíduos contra o Estado, destinados a preservá-los do uso arbitrário e abusivo do poder político⁷¹.

Todavia, a ruína do Estado Liberal e criação do Estado Social exigiram uma posição mais ativa do Estado para o amparo da dignidade humana nas relações privadas, especialmente após a II Guerra Mundial. A tutela da dignidade humana deveria também se fazer presente no domínio do Direito Privado, e o apego até então existente pela separação rígida das esferas pública e privada impediam que os direitos fundamentais exercessem qualquer tipo de influência no âmbito das relações entre pessoas privadas.

⁷¹ Cláudio Ari Mello. *Contribuição*, cit., p. 75.

É nesse momento que uma nova classe de direitos se desprende do embrionário direito natural: os direitos de personalidade, que pretendem resguardar as situações jurídicas existenciais da pessoa nas relações de direito privado.

Uma polêmica irrompida ao germinar da teoria dos direitos de personalidade, e que até hoje não se encontra completamente superada em alguns países europeus⁷², diz respeito à natureza jurídica desses direitos.

As teorias negativistas desenvolvidas na Alemanha e na França em meados do séc. XIX propugnavam pela descaracterização dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Àquela época, os chamados direitos subjetivos privados giravam em torno da idéia de patrimônio, e, por conseguinte, toda a estrutura do direito subjetivo era patrimonialista, o que fundamentou parte das teses negativistas. Obviamente, tal estrutura é inaplicável aos direitos de personalidade, que são extrapatrimoniais por natureza, motivo pelo qual se refuta esse argumento.

Outro argumento utilizado para justificar parte das teorias negativistas era o de que, em última análise, os direitos de personalidade tinham como sujeito e objeto a própria pessoa, e isso acabava por criar um direito absurdo da pessoa sobre ela mesma, o que era, no mínimo, perigoso, pois tendo a pessoa direito sobre ela mesma, atos de disposição dos direitos de personalidade seriam permitidos. Tal raciocínio também não merece prosperar, porque não leva em consideração que a palavra personalidade é plurissignificativa. O entendimento a respeito é de que afirmar que a pessoa tem direito sobre ela mesma é apreciar a personalidade como atributo, e não como continente da dignidade humana, que é como deve ser interpretado o vocábulo.

⁷² A exemplo da Alemanha e da França.

Desta feita, se defende, como consagradamente faz a doutrina pátria⁷³, que a natureza jurídica dos direitos de personalidade é de direito subjetivo, mas não em sua estrutura tradicional, conquanto não é patrimonial. São direitos subjetivos com características próprias, que os distinguem das demais classes de direitos subjetivos. Adriano de Cupis expõe que existe uma hierarquia entre os direitos subjetivos, ocupando os direitos de personalidade o ápice, dada a sua essencialidade para a tutela da dignidade humana⁷⁴.

Exatamente por não apresentarem a estrutura dos direitos patrimoniais, os direitos de personalidade têm meios de tutela diferenciados. Para além de uma vertente repressiva de proteção (mediante indenização às lesões porventura feitas a esses direitos), é imprescindível à dignidade humana que sejam adotadas medidas que promovam os direitos da personalidade em qualquer situação jurídica da qual o homem faça parte⁷⁵. Fica mitigada a idéia de que os direitos de personalidade são somente direitos de defesa, haja vista que a promoção desses direitos se faz necessária para a garantia do pleno desenvolvimento da personalidade.

Analisando essa diferença estrutural entre os direitos patrimoniais e os direitos de personalidade, Cupis pontua que em ambos a personalidade é um pressuposto. Não obstante, nos direitos patrimoniais, chamados derivados ou adquiridos, é necessário que sejam observados requisitos sem os quais a aquisição

⁷³ Nesse sentido, Francisco Amaral (Direito civil: introdução), Elimar Szaniawski (Direitos de personalidade e sua tutela jurídica), Orlando Gomes (Introdução ao direito civil), Gustavo Tepedino (A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro), Maria Helena Diniz (Curso de direito civil brasileiro), dentre outros. Por todos, se colaciona a asserção feita por Maria Helena Diniz afirmando que “o direito da personalidade é o direito de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial” (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119-120).

⁷⁴ Os direitos, cit., p. 24.

⁷⁵ Gustavo Tepedino. *A tutela*, cit., p. 49.

de tais direitos é inválida. Em sentido oposto, nos direitos de personalidade a simples verificação do pressuposto é suficiente para o surgimento desses direitos⁷⁶.

No direito brasileiro, os direitos de personalidade têm fontes híbridas: tanto de natureza constitucional, pela cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) e pelos direitos elevados à categoria de fundamentais constantes do art. 5º, CF/88, quanto pelo atual Código Civil que inovou ao disciplinar os direitos de personalidade nos arts. 11 a 12.

Em razão de sua essencialidade, conforme mencionado, os direitos de personalidade se revestem de um conjunto de características somente a eles peculiar.

Os direitos de personalidade são, em primeiro lugar, gerais, pois todas as pessoas, indiscriminadamente e independente da situação em que se encontrem, são titulares desses direitos. Do ponto de vista eficaz, são absolutos⁷⁷, porquanto todos devem respeitar os direitos de personalidade dos demais indivíduos (oponibilidade *erga omnes*). Além disso, os direitos de personalidade são intransmissíveis, não podendo o seu titular transmitir a titularidade sequer aos seus herdeiros, donde se infere que os direitos de personalidade são, também, vitalícios, se extinguindo com a morte de seu titular.

Característica de salutar importância para o propósito desta dissertação é a indisponibilidade dos direitos de personalidade. Dispor de um bem significa “a faculdade de determinar o destino do direito subjetivo”⁷⁸, ou seja, ter domínio sobre ele, a ponto de utilizá-lo conforme os ditames da autonomia privada, alienando, renunciando, penhorando, enfim, colocando-o como objeto de relação

⁷⁶ Os direitos, cit., p. 27.

⁷⁷ O caráter absoluto dos direitos da personalidade só pode ser entendido como sinônimo de oponibilidade *erga omnes*, jamais como impossibilidade de restrições, porque estas são possíveis quando permitidas pela lei e quando em colisão com outros direitos igualmente relevantes.

⁷⁸ Adriano de Cupis. Os direitos, cit., p. 56.

jurídica. Permitir a disponibilidade dos direitos de personalidade, a princípio, é retornar ao estado de instrumentalidade que o homem esteve quando do Estado Totalitário, o que não pode ser permitido. Destarte, os direitos de personalidade são, a rigor, indisponíveis e, por via de consequência, inalienáveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

Sem embargo, hipóteses há em que essa indisponibilidade é mitigada, acima de tudo pela ponderação com outros direitos de personalidade envolvidos na mesma situação. Tais hipóteses serão analisadas no próximo tópico.

Para finalizar as características, cumpre tecer comentários sobre o caráter inato dos direitos de personalidade. Atribuir a qualidade de inato aos direitos de personalidade representa um perigo de regresso ao jusnaturalismo, pois aparenta que tais direitos têm origem suprapositiva, metafísica, de origem anterior ao Direito, o que é uma inverdade. Os direitos de personalidade têm bases positivas e não são anacrônicos — decorrem de um longo processo de formação histórica. Francisco Amaral explica que

A razão de ser dos direitos da personalidade está na necessidade de uma construção normativa que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que o direito e a política vêm reconhecendo à pessoa, principalmente no curso deste século⁷⁹.

A questão que se coloca é uma análise de fontes. Se os direitos de personalidade repousam na cláusula geral de tutela da dignidade humana e esta é inerente ao próprio homem, infere-se que os direitos dela depreendidos também são intrínsecos ao homem, invioláveis, nascendo com ele e durando enquanto permanecer vivo. Nesse sentido, e somente nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são inatos. Ainda assim, essa característica não é

⁷⁹ *Direito*, cit., p. 248.

aplicável a todos os direitos de personalidade: o direito moral de autor, ou seja, aquele direito que o autor tem de ser reconhecido pela paternidade de sua obra, não é inato, surgindo tão-somente após a criação intelectual que lhe deu origem.

2.2.2 A disponibilidade relativa dos direitos de personalidade

Ao se falar sobre a indisponibilidade, suscita uma polêmica que constitui o cotidiano da disciplina dos direitos de personalidade: afinal, os direitos de personalidade podem legitimamente sofrer limitação voluntária? Os negócios jurídicos cujo objeto seja um bem albergado pelos direitos de personalidade são lícitos?

A resposta a tais questionamentos se torna ainda mais instigante quando se lembra que a disponibilidade de direitos de personalidade nada mais é do que uma colisão entre direitos de natureza semelhante: de um lado, o direito de autodeterminação e, de outro, o direito de personalidade do qual se quer dispor.

Cumprir de plano algumas colocações. O art. 11, do Código Civil Brasileiro, estabelece que os direitos de personalidade são intransmissíveis irrenunciáveis e impassíveis de limitação em seu exercício, salvo nas situações previstas pela lei. A rigor do texto legal, os direitos de personalidade não podem ter seu exercício voluntariamente limitado, e qualquer ato jurídico que implique em limitação é inválido, afastando a incidência, *a priori*, da autonomia privada nas relações dessa natureza.

Sobre a disponibilidade relativa dos direitos de personalidade, pontifica Roxana Borges que há basicamente três correntes doutrinárias que tratam

da disponibilidade dos direitos de personalidade: a) a concepção personalista, que não admite a disposição dos direitos de personalidade por entender que a pessoa humana e o corpo são indivisíveis; b) a concepção liberal, que distingue pessoa e corpo e, por isso, não há óbice para prática de atos de disposição do próprio corpo e c) a concepção de que os direitos de personalidade são indisponíveis pelos seus titulares, mas podem ser objeto de restrição através de lei⁸⁰.

No entanto, essa interpretação não condiz com a realidade vivenciada pela sociedade da informação. A experiência demonstra inúmeros exemplos em que é ressaltada a disponibilidade, ao menos relativa, dos direitos de personalidade: *reality shows*, fotos estampadas em jornais, revistas, *outdoors*, reprodução da voz através dos meios televisivos e radiofônicos, cirurgias plásticas ou de mudança de sexo, dentre outros exemplos, revelam que a autonomia privada tem campo sim, por mais restrito que seja, nas relações envolvendo os direitos de personalidade.

Nesse peculiar, Roxana Borges reconhece a disponibilidade relativa dos direitos de personalidade, observando que tais direitos devem ser entendidos apenas como liberdades negativas, ou seja, como direitos subjetivos de proteção contra interferências de outrem, mas também como liberdades positivas, de modo que os bens de personalidade podem ser objetivo de negócios jurídicos, por intermédio de atos de autonomia privada⁸¹.

Assim, é possível propugnar pela interferência da autonomia privada nos direitos de personalidade. No entanto, há aqui uma via de mão dupla, pois os direitos de personalidade também fornecem limites à autonomia privada, que não

⁸⁰ *Disponibilidade*, cit., p. 113-4.

⁸¹ *Disponibilidade*, cit., p. 122.

pode ser exercida com a mesma intensidade utilizada nos negócios envolvendo direitos patrimoniais.

A doutrina nacional, por intermédio das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal, cristalizou em enunciados⁸² alguns parâmetros gerais para o exercício da autonomia privada quanto aos direitos de personalidade⁸³.

O primeiro deles está relacionado à extensão da limitação, que não pode ser feita em caráter permanente, nem representar a privação total do direito. No que toca a transitoriedade da limitação, é possível afirmar que essa exigência é consequência da irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, pois em se admitindo a limitação permanente, o indivíduo ficaria até o fim da vida privado do exercício de um direito que lhe é inerente, de relevância fulcral para a tutela da dignidade humana.

Sobre a impossibilidade de a limitação ser geral, cumpre fazer alguns esclarecimentos. Não existe direito de personalidade absoluto, ou seja, direito impassível de restrição. As restrições surgem através de imposições legislativas (normas de ordem pública), bons costumes ou mesmo pela colisão com outros direitos igualmente relevantes.

Os direitos de personalidade, assim como os direitos fundamentais⁸⁴, possuem o que a doutrina alemã chama de núcleo fundamental (*Wesensgehalt*), que contém a essência mesma do direito. Qualquer restrição feita a

⁸² Enunciado nº 4, I Jornada de Direito Civil. Art.11. o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

Enunciado nº 139, III Jornada de Direito Civil. Art.11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

⁸³ Insta aqui esclarecer que a proposta metodológica deste trabalho é a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade, ou seja, a disposição, pelo titular, de tais direitos. Nesse sentido, não serão abordadas as limitações legais aos direitos de personalidade.

⁸⁴ A relação entre direitos de personalidade e direitos fundamentais será oportunamente feita em momento ulterior.

um direito fundamental, e nesse aspecto é totalmente pertinente fazer interpretação analógica entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, é ilegítima se atingir seu núcleo essencial, pois esvaziaria o conteúdo do direito.

Aplicando analogicamente as digressões sobre os direitos fundamentais aos direitos de personalidade⁸⁵ núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. Assim é que as restrições aos direitos de personalidade encontram sua validade na preservação ao núcleo essencial.

Nesse diapasão, Otto Prado expõe que o núcleo essencial, ou conteúdo essencial, “limita a possibilidade de limitar, isto é, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora”⁸⁶.

Logo, se conclui que a limitação não geral ao direito de personalidade é aquela que não atinge o núcleo essencial desse direito.

A busca da essencialidade dos direitos de personalidade segue a mesma rota utilizada pelos direitos fundamentais, podendo ser feita de acordo com duas teorias, ambas desenvolvidas na Alemanha: a absoluta, para a qual o núcleo essencial é extraído de forma abstrata, independente de circunstâncias fáticas norteadoras, e a relativa, na qual o núcleo essencial só pode ser obtido a partir da situação concreta, ou seja, é mensurado somente em face do conflito.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco apontam que a adoção radical a uma das duas correntes é perigosa, motivo pelo qual apóiam a sugestão de Hesse por uma teoria intermediária:

⁸⁵ Vale frisar mais uma vez que, nesse aspecto, é possível estabelecer semelhança entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade.

⁸⁶ apud Guilherme Peña de Moraes. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Labor Jurídico, 2000. p. 65

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliatória, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida⁸⁷.

Tal fórmula é mais conducente com a lógica flexível, e com o método concretista é a teoria relativa do núcleo essencial, que cede espaço à aplicação da técnica da ponderação de interesses. Eis a importância de reconhecer a limitação voluntária dos direitos de personalidade como uma colisão entre a autodeterminação e o direito de personalidade que se intenta dispor.

Cabe nesse momento uma ressalva. Wilson Steinmetz, com base em Alexy, observa que há distinção entre colisão em sentido amplo e colisão em sentido estrito. A colisão em sentido estrito é verificada quando o exercício de um direito fundamental impacta negativamente em direito(s) fundamental(is) de outro sujeito. A colisão em sentido amplo é aquela em que um direito fundamental choca-se com bem tutelado constitucionalmente. Dessa forma, o choque entre a autonomia privada e os direitos de personalidade é considerado uma espécie de colisão de princípios em sentido amplo⁸⁸. Esclarece o autor que “a metódica constitucional de solução é a mesma, tanto para a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito como a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo”⁸⁹, motivo pelo qual a solução aqui apontada para a colisão entre a autonomia privada e os direitos de personalidade é idêntica àquela utilizada para a colisão entre direitos fundamentais.

Para que a colisão da autodeterminação e do direito de personalidade seja dirimida no sentido de aceitar a sua disponibilidade, a técnica

⁸⁷ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 318.

⁸⁸ *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 133.

⁸⁹ Wilson Steinmetz. *A vinculação*, cit., p. 134.

específica para a solução da colisão entre princípios, desenvolvida na Alemanha com fulcro no método concretista, é realizada em dois momentos: o *Tatbestand* e a ponderação de interesses.

No primeiro momento, ocorre a determinação do âmbito de proteção dos direitos envolvidos de acordo com as situações fáticas que a situação subjetiva revela, configurando a efetiva colisão, de modo a eliminar a possibilidade de uma colisão apenas aparente.

Feito isso, o segundo momento caracteriza-se pela ponderação dos interesses jurídicos em conflito, levando o aplicador a extrair o núcleo essencial dos mesmos, de modo a causar o menor sacrifício possível, e, ainda assim, não é permitido que se esvazie por completo o conteúdo do direito fundamental em virtude da exigência de que a limitação não poderá ser geral. Nesse aspecto, mesmo quando a autonomia privada está autorizada a incidir sobre os direitos de personalidade, não há uma prevalência absoluta da autodeterminação.

A respeito da aplicação da técnica da ponderação de interesses em sede de colisão entre direitos de personalidade, na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado, por unanimidade, na comissão da parte geral, o enunciado de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes, que, em sua parte final, estabelece que na colisão entre direitos de personalidade “como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”⁹⁰.

Os outros parâmetros gerais, também consolidados pelas Jornadas de Direito Civil, correspondem à possibilidade de limitação voluntária dos direitos de

⁹⁰ Enunciado nº 274. Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. Os enunciados das Jornadas de Direito Civil podem ser consultados no endereço eletrônico do Conselho da Justiça Federal (www.cjf.gov.br).

personalidade, desde que não reste caracterizado o abuso de direito por parte de seu titular, nem que a limitação resulte em violação à boa-fé objetiva e aos bons costumes. São, portanto, parâmetros sociais para que o exercício da autonomia privada sobre os direitos fundamentais possa ser válido.

Além dos parâmetros ora expostos, cumpre asseverar que a disposição de um direito de personalidade só é permitida mediante consentimento expreso de seu titular, devendo tal consentimento ser manifestado e interpretado restritivamente.

O Código Civil português, em seu art. 81.1⁹¹, permite a limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que não atente contra a ordem pública. Assim é que o direito português desenvolve uma teoria de disponibilidade relativa dos direitos de personalidade semelhante ao Brasil, inclusive no que se refere à temporalidade, eis que o art. 81.2⁹² do Diploma ora em comento estabelece que a limitação a direito de personalidade poderá ser cessada a qualquer tempo por iniciativa de seu titular.

Os artigos 6, 7, 8 e 9 do Código Civil de Québec⁹³ estabelecem parâmetros para a atuação da autonomia privada quando estão envolvidos direitos de personalidade. Em conformidade com a lei canadense, a boa-fé limita o exercício dos direitos da personalidade, na medida em que qualquer ato que extrapole as exigências da boa-fé será considerado abusivo. Semelhante ao direito brasileiro, em

⁹¹ 81.1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

⁹² 81.2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

⁹³ 6. *Every person is bound to exercise his civil rights in good faith.*

7. *No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.*

8. *No person may renounce the exercise of his civil rights, except to the extent consistent with public order.*

9. *In the exercise of civil rights, derogations may be made from those rules of this Code which supplement intention, but not from those of public order.*

Quebéc a regra também é a da indisponibilidade dos direitos de personalidade, sendo a influência da autonomia privada restrita a situações em que não seja violada a ordem pública.

Alguns exemplos que concretizam as divagações teóricas tecidas a respeito do exercício da autonomia privada em sede de direitos de personalidade podem elucidar melhor a problemática e sua solução.

Há determinados direitos de personalidade positivados na legislação civil que conferem ampla margem ao exercício da autonomia privada, sendo seus limites de fácil visualização por estarem expressamente estabelecidos na lei. Assim ocorre com a recusa a tratamento médico, ainda que haja risco de vida, consoante o art. 15, CC/2002. Nesta hipótese, há colisão entre o princípio da autonomia do paciente e o princípio da beneficência que o médico prometeu seguir quando fez o juramento de Hipócrates⁹⁴, dando a lei ampla preferência à autonomia, que pode, caso a opção seja a recusa ao tratamento, redundar na própria morte do indivíduo.

Existem direitos que têm natureza híbrida, conjugando elementos patrimoniais e extrapatrimoniais em sua estrutura. São exemplos os direitos de imagem e de autor. A imagem é direito de personalidade, mas pode ser cedida onerosamente, desde que observados os parâmetros gerais já expostos, sobretudo no que é pertinente ao tempo em que a imagem será cedida. O direito de autor é direito patrimonial — porque podem ser cedidos onerosamente os direitos autorais —, e é direito de personalidade, na medida em que o autor tem o direito de ser reconhecido pela paternidade de sua obra (direito moral de autor). Em ambos os

⁹⁴ O princípio da beneficência está consagrado no seguinte excerto do juramento: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.” A íntegra do juramento está disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hipócrates. Consulta em: 13 jun. 2007.

casos, o exercício da autonomia privada quanto à dimensão patrimonial desses direitos é plena; no entanto, é rígida quando entram em cena os aspectos existenciais.

Situações há, no entanto, em que esses limites legais não são de simples percepção, incidindo então a necessidade de realizar a ponderação de interesses, como a ainda polêmica indagação a respeito da possibilidade de o transexual alterar o registro civil de seu gênero.

Sobre essa questão, tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei nº 6655/06, que autoriza a mudança do nome do transexual, sem, contudo, trazer disposição normativa expressa a respeito da mudança do registro de gênero, muito embora obrigue o oficial do cartório a anotar a transexualidade como motivo da mudança do nome. A jurisprudência, no entanto, não está indiferente à polêmica. Muito embora seja quase pacífico o entendimento de que é possível a alteração do nome do transexual operado⁹⁵, a mudança do registro referente ao gênero oferece bastante resistência⁹⁶, principalmente quando estão envolvidos direitos de terceiros.

⁹⁵ Tal entendimento tem respaldo na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), artigos 55, 56 e 57 que combatem a existência de nomes que exponham a pessoa ao ridículo.

⁹⁶ A posição majoritária da nossa jurisprudência é a de que a cirurgia de mutação de sexo não influencia na carga genética da pessoa, que é o fator que determina o gênero. Por esse motivo, entende a jurisprudência pátria que não é possível alterar o registro relativo ao sexo. Por todas, segue decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Apelação Cível. Ação de retificação de registro. Transexual. Pretensão de exclusão de tal termo do assentamento. Procedência parcial do pedido, com a alteração das expressões "filho" e "nascido" por "filha" e "nascida". Fatos e atos jurídicos levados a registro junto aos cartórios de registros públicos. Sujeição ao princípio da veracidade, o que obriga a reflexão da verdade real das informações a que dão publicidade, sob pena de nulidade. Gênero sexual que é definido sob o aspecto biológico cuja prova é feita por laudo de análise citogenética, que pode determinar precisamente o cromossomo sexual presente no DNA do indivíduo. Operação de mudança de sexo não tem o condão de alterar a formação genética do indivíduo, mas apenas adequar o seu sexo biológico-visual ao psicológico. Pretensão incongruente de modificar a verdade de tal fato, fazendo inserir o nascimento de um indivíduo de sexo masculino como se feminino fosse. Impossibilidade. Inexistência de critérios objetivos que permitam delimitar o sexo sob o ponto de vista psicológico, o que poderia levar a várias distorções. Potencial risco a direitos de terceiros quanto ao desconhecimento acerca da realidade fática que envolve o transexual. Direito à intimidade e à honra invocados pela autora-apelante, que não são suficientes para afastar o princípio da veracidade do registro público e preservar a intimidade e a honra de terceiros que com ela travem relações. Parecer do Ministério Público, em ambos os

Todavia, há sistemas estrangeiros de direito positivo em que a solução é diferente, como é o caso de Québec. O Código Civil de Québec, no Título relativo aos direitos de personalidade que recaem sobre o estado das pessoas, em seu art. 71⁹⁷, possibilita expressamente a alteração do registro do sexo do transexual operado⁹⁸. Também na Espanha, com a Ley 3/2007, é possível que o registro civil dos transexuais seja modificado, tanto quanto ao nome, quanto ao gênero.

São encontrados, por óbvio, outros *hard cases* em matéria de disposição de direitos de personalidade. É o caso da eutanásia e da bioética, e aqui se faz referência à manipulação das células-tronco, assunto que atualmente ocupa foco de acalorado debate no Supremo Tribunal Federal.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3.1 Fundamentos para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁹⁹

graus, nesse sentido. Desprovimento do recurso. (TJRJ, Apelação Cível 2007.001.14071. Data de julgamento: 05/09/2007)

⁹⁷ 71. *Every person who has successfully undergone medical treatments and surgical operations involving a structural modification of the sexual organs intended to change his secondary sexual characteristics may have the designation of sex which appears on his act of birth and, if necessary, his given names changed.*

⁹⁸ Essa solução é também fornecida por uma minoria da jurisprudência brasileira, conforme exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO. PRENOME E GÊNERO. TRANSEXUALISMO. PROIBIÇÃO DE REFERÊNCIA QUANTO A MUDANÇA. POSSIBILIDADE. Determinada a alteração do registro civil de nascimento em casos de transexualidade, desde que demonstrada a existência da alopatia, é imperiosa a proibição de referência no registro civil quanto à mudança, a fim de preservar a intimidade do apelado. NEGARAM PROVIMENTO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021120522, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/10/2007).

Todavia, há julgado recente do Superior Tribunal de Justiça reformando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto à alteração do sexo no registro civil (STJ, 3ª Turma, RE 678.933-RS, julgado em 22/03/2007).

⁹⁹ A polêmica do debate começa com a própria escolha da terminologia adequada para o fenômeno. As expressões mais utilizadas são “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, “eficácia privada dos direitos fundamentais” e “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”. A esse respeito, Ingo Sarlet pontua que as terminologias até então adotadas são passíveis de crítica, pois todas são imprecisas na medida em que não se sabe

As primeiras palavras acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civis foram proferidas na Alemanha¹⁰⁰, ainda na década de 50, com o paradigmático caso Lüth¹⁰¹. Com efeito, a Constituição de Bonn (1949) instituiu ambiente propício para que se desenvolvesse uma verdadeira teoria a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

As premissas do debate partem de uma indagação básica, consistente em saber quem são, afinal, os destinatários das normas de direitos fundamentais. Se ficar demonstrado que as pessoas de direito privado são destinatárias dos direitos fundamentais, surgem três indagações: de que forma essa vinculação é feita? Como harmonizar os interesses em jogo, se ambos os sujeitos envolvidos são titulares de direitos fundamentais? Como compatibilizar a vinculação dos particulares com a autonomia privada?

exatamente se elas se referem à incidência dos direitos fundamentais sobre as ações do legislador de direito privado e do juiz civil, ou sobre as ações dos sujeitos de direito privado, ou se sobre ambos. O autor opta por utilizar a expressão vinculação dos particulares aos direitos fundamentais por entender que, de todas é a menos imprecisa, pois nem sempre os direitos fundamentais incidirão horizontalmente nas relações privadas, considerando que os poderes privados desnivelam as relações sociais (*Direitos fundamentais e direito privado*: algumas notas sobre a chamada vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 113-4).

¹⁰⁰ O pioneirismo alemão é contestado por alguns autores, que afirmam que a gênese da discussão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está nos Estados Unidos, poucos anos antes da famosa decisão do caso Lüth, na Alemanha. Há quem afirme que o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais iniciou nos Estados Unidos poucos anos antes do caso Lüth. No entanto, os EUA, por adotarem um modelo bastante liberal de Constituição, não admitem diretamente a vinculação dos particulares e, por isso, desenvolveram a teoria do *state action*, em que os direitos fundamentais só são oponíveis ao Estado, que pode, em alguns casos, proteger esses direitos da interferência de terceiros.

¹⁰¹ O diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, capitaneou um boicote público contra o filme *Amada Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*) em razão de seu diretor, Veit Harlan, ter produzido, durante o governo totalitário alemão, filme anti-semita. Com fulcro na cláusula geral de responsabilidade civil do BGB (parágrafo 826), Harlan pleiteou que o boicote de Lüth fosse sustado, vindo a conseguir decisão favorável pelo Tribunal de Justiça de Hamburgo. No entanto, entendendo que tinha direito constitucional de liberdade de expressão, Lüth ingressou com reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional, tendo esta Corte decidido que os Tribunais de Justiça devem tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito das relações de direito privado, motivo pelo qual reconheceu que, neste caso, Lüth estaria sim amparado pelo seu direito fundamental de liberdade de expressão. Essa decisão é a primeira das muitas posteriores em que se assinala que os direitos fundamentais estabelecem uma ordem objetiva de valores que irradia para todo o sistema de direito positivo e vincula os poderes públicos a agir em conformidade com tal ordem.

O constitucionalismo alemão foi o primeiro a tentar demonstrar a premissa. O art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn, preconiza que os direitos fundamentais vinculam a legislação e os Poderes Executivo e Judiciário como direito imediatamente vigente. Isso significa que tanto o legislador quanto o aplicador da lei deve estar atentos aos direitos fundamentais durante a produção e a aplicação da lei.

Ademais, o art. 93, nº 1º, da Constituição alemã, prevê ainda que qualquer pessoa que se sentir lesada em seus direitos fundamentais pelo poder público, poderá propor queixa constitucional. Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Canaris, que insere na expressão “poder público” o legislador do direito privado, aventando a possibilidade de qualquer um deduzir a queixa constitucional diante de uma interferência ilegítima em seus direitos fundamentais, inclusive pelo legislador¹⁰². Logo, os poderes públicos são destinatários das normas de direito fundamental em aspecto negativo, pois devem abster-se da prática de atos que atentem contra os direitos fundamentais, e em aspecto positivo, pois devem promover os direitos fundamentais em nível legislativo e por meio de controle feito pelo Judiciário.

Os dispositivos supramencionados, embora de grande relevo para a problemática da vinculação, não são suficientes para elevar os sujeitos de direito privado a destinatários das normas de proteção aos direitos fundamentais, e, por isso, não podem, *per sí*, fundamentar as decisões proferidas pelos Tribunais alemães reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-civis.

Com efeito, para que a proteção aos direitos fundamentais pudesse abranger as relações entre os particulares, Alexy percebeu um importante

¹⁰² Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22-3.

desdobramento dos direitos fundamentais, correspondente à existência, ao lado da perspectiva subjetiva, de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais¹⁰³.

O corte objetivo dos direitos fundamentais vem complementar a visão puramente subjetiva e individual proposta por Jellinek, segundo a qual o indivíduo possui quatro diferentes status perante o Estado: *status subiectiones*, em que o indivíduo é vislumbrado como súdito do poder estatal; *status negativus*, em que é reconhecido no ordenamento jurídico um espaço de liberdade do homem; *status activus*, correspondente aos direitos políticos; e *status positivus*, que confere ao cidadão a garantia de reclamar determinada prestação positiva do Estado.

A própria evolução histórica dos direitos fundamentais, com destaque ao reconhecimento dos direitos de segunda e terceira dimensões, retirou do conteúdo desses direitos o caráter exclusivamente individualista existente na doutrina liberal.

Analisar os direitos fundamentais à luz de sua perspectiva objetiva, significa entender que estes correspondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que formam todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais, além de impor prestações ao poder público, consagram uma ordem objetiva de valores, valores esses de suma importância para a sociedade política, constituindo as bases do próprio Estado Democrático de Direito. Por isso, “os direitos fundamentais como sistema de valores regem, como decisão constitucional básica, todos os âmbitos do direito”¹⁰⁴.

Com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, doutrina e jurisprudência alemãs desenvolveram um conceito de extrema relevância: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

¹⁰³ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁰⁴ Wilson Steinmetz. *A vinculação*, cit., p. 107.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais enseja a humanização da ordem jurídica, ressaltando os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e justiça social. Significa que o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais é difundido em todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas jurídicas, por intermédio da denominada filtragem constitucional, e legitimando e limitando o poder do Estado, inclusive com relação à atividade legislativa, que deve atentar para a ordem objetiva de valores quando da produção normativa.

Sobressai na eficácia irradiante a função desempenhada pelos direitos fundamentais perante o Estado. Com efeito, parte-se da premissa de que a razão de ser do poder estatal é a promoção do bem comum, garantindo o desenvolvimento do homem e a coexistência pacífica entre os indivíduos. Logo, os atos emanados dos agentes públicos encontram nos direitos fundamentais sua fonte de legitimação, de sorte que o desrespeito aos mesmos enseja invalidez do ato, representando uma autolimitação do poder soberano.

Los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condicion de legitimidad de los poderes públicos (...) Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes de más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.¹⁰⁵

Entender que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores que devem irradiar por todo o ordenamento jurídico, conduz à lógica conclusão de que todos os direitos devem a eles obediência, reconhecendo, desse modo, a vinculação do direito civil aos direitos fundamentais. Nesse sentido, pontifica Ingo Sarlet::

¹⁰⁵ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 49.

Na qualidade de princípios constitucionais e por força da unidade do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, se aplicam a toda a ordem jurídica, inclusive privada, sendo necessária a proteção contra atos atentatórios oriundos de outros indivíduos ou entidades particulares.¹⁰⁶

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é ainda uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana enquanto epicentro do ordenamento jurídico.

De fato, a doutrina dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa do indivíduo perante os atos do Poder Público é típica do Estado Liberal. Diante da frustração do liberalismo e da conseqüente implantação do Estado Social, não apenas o Estado

ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade participa cada vez mais ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder econômico, já que é nesta esfera que as liberdades encontram-se particularmente ameaçadas¹⁰⁷.

Assim, o Estado deixa de ser a principal fonte das violações aos direitos fundamentais para ceder lugar à economia. As relações jurídico-civis atingem uma potencialidade de agressão à dignidade humana jamais vista anteriormente. Gustavo Tepedino revela que atualmente grandes agressões à dignidade humana são feitas no âmbito da própria sociedade civil, e que por isso os instrumentos constitucionais de proteção à dignidade humana devem ser aplicados nas relações de direito privado¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 356.

¹⁰⁷ Ingo Sarlet. *A eficácia*, cit., p.356.

¹⁰⁸ *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. In: Gustavo Tepedino. *Temas*. cit., p. 73.

Ora, se a dignidade humana é o epicentro do ordenamento jurídico, não reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais na seara das relações privadas, é deixar a liberdade individual desprotegida, à mercê de violações por parte dos outros indivíduos e de entidades privadas.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais objetiva, dessa forma, o (r)estabelecimento do equilíbrio social pelo equilíbrio das relações jurídicas interprivadas, preservando a dignidade humana e a autonomia privada.

Outro ponto que merece destaque, muito bem trabalhado por Bilbao Ubillos, é o fato de existirem direitos fundamentais que, por sua natureza, só podem ser oponíveis contra o Estado¹⁰⁹, como os direitos civis, por exemplo, de modo que cada direito fundamental deve ser analisado para a averiguação da incidência dos mesmos sobre as relações entre particulares.

É valoroso, para que seja dada continuidade à discussão, verificar se há coincidência entre as noções de direitos fundamentais e direitos da personalidade. Com efeito, qual seria a utilidade de reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, se nessas relações a tutela da dignidade humana é feita pelos direitos de personalidade?

Esse ponto apresenta grande nebulosidade. Em sua maioria, os autores que se preocupam em justificar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sequer mencionam os direitos de personalidade, assim como a teoria geral dos direitos de personalidade ignora a questão da vinculação aos direitos fundamentais. Entendendo ser ponto nevrálgico do debate, se arrisca alguns comentários sobre o assunto.

¹⁰⁹ Juan María Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 35.

Canotilho estatui que há uma relação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, de modo que

muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade (...) tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa¹¹⁰.

Capelo de Sousa entende que os direitos de personalidade e os direitos fundamentais têm idêntico conteúdo, muito embora estejam positivados em Diplomas diferentes¹¹¹.

Para Elimar Szaniawski, os direitos de personalidade foram elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição de 1988, esclarecendo, semelhante ao que faz Canotilho, que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade¹¹².

Com efeito, os direitos de personalidade e os direitos fundamentais têm o mesmo fundamento, qual seja, a cláusula geral de tutela da dignidade humana constante, no Brasil, no art. 1º, III, CF/88. O desenvolvimento dessas duas classes de direitos, porém, ocorreu de forma bastante diferenciada.

Os direitos fundamentais são produto da concepção liberal-burguesa de proteger os indivíduos do poder do Estado, sendo, portanto, inicialmente utilizados como mecanismo de defesa contra o Estado, e não contra outros indivíduos. Os direitos de personalidade surgiram como instrumentos de garantia do pleno desenvolvimento da pessoa no âmbito das relações jurídico-privadas, sendo,

¹¹⁰ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 372.

¹¹¹ Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 620.

¹¹² Elimar Szaniawski. *Os direitos*, cit., p. 144.

por isso, oponíveis não contra o Estado, mas contra os demais indivíduos. Dessa forma, para que aplicar os direitos fundamentais às relações privadas se a legislação civil oferece recursos de proteção à dignidade humana?

Entendendo que deve haver uma relação de complementariedade entre o público e o privado, Roxana Borges adverte que somente a tutela publicista seria insuficiente para resguardar a dignidade humana, pois negaria o aspecto da liberdade positiva atinente a esses direitos, quando confrontados com a autonomia privada¹¹³. Por outro lado atribuir aos direitos da pessoa caráter eminentemente privado seria desmerecer o valor desses direitos ao Estado Democrático de Direito.

Logo, direitos de personalidade e direitos fundamentais são faces da mesma moeda: a tutela da dignidade humana. Constituem o principal ponto de intersecção entre o direito público e o direito privado, revelando a completa superação da clássica dicotomia. Os direitos fundamentais incidem sim nas relações entre particulares, pelo que assumem as características de direitos de personalidade e se amoldam à autonomia privada.

A constitucionalização do direito civil e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode representar a perda da autonomia deste ramo do direito, até porque se assim fosse, sequer seria suscitado o sopesamento necessário dos direitos fundamentais com a autonomia privada. Cláudio Ari Mello esclarece que a “classe dos direitos de personalidade reivindica ser um espaço de conclave permanente entre a teoria constitucional dos direitos fundamentais e institutos tradicionais do direito civil”¹¹⁴. A tutela constitucional dos direitos individuais só reforça a importância que eles têm para a garantia de um mínimo ético

¹¹³ *Disponibilidade*, cit., p. 88-9.

¹¹⁴ *Contribuição*, cit., p. 84.

de existência do indivíduo, seja no âmbito das relações com o Estado, seja na esfera das relações entre os particulares.

Dessa forma, é útil discutir sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e é até mais fácil justificar a incidência deles nas relações privadas no Brasil, eis que o próprio legislador já se preocupou em abrir o sistema para recepcioná-los através dos direitos de personalidade.

Fixadas essas primeiras considerações, prossiga-se à análise sintética das teorias que tentam explicar a forma pela qual se opera a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civis.

2.3.2 Teorias de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

a) Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata

A teoria da eficácia mediata é a pioneira a respeito da discussão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois foi desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã no julgamento do caso Lüth e é até hoje a que prevalece no país. De acordo com essa teoria, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais institui uma ordem objetiva de valores que não pode ser afastada pelo aplicador. Porém, os direitos fundamentais não podem ser invocados diretamente nas relações entre os particulares, sendo necessária a mediação das normas de direito privado. Sendo assim, há uma espécie de *recepção dos direitos fundamentais*¹¹⁵, que penetram no direito civil por meio da aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, denotando

¹¹⁵ Ingo Sarlet. *A eficácia*, cit., p. 357.

a importância das atividades legislativa e judiciária para a concreção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ainda que, esclarece Jane Reis Gonçalves Pereira, a teoria da eficácia mediata reconheça a ordem objetiva de valores imposta pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a penetração destes nas relações civis jamais será direta, havendo somente a necessidade de que sejam considerados pelo Estado no momento da criação das leis e da interpretação do direito¹¹⁶

Isto porque as relações de direito civil são erigidas sob a égide da autonomia privada, traduzida no poder conferido ao indivíduo para que ele mesmo possa regulamentar suas relações intersubjetivas. Para que os direitos fundamentais ingressem no direito privado é preciso que atravessem uma ponte construída pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados.

b) Teoria da Eficácia Direta ou Imediata

A teoria da eficácia direta ou imediata é a mais aceita em países como Portugal e Espanha¹¹⁷. Essa teoria leva em consideração, além da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a unidade da Constituição, entendendo que a ordem objetiva de valores imposta pelos direitos fundamentais deve vincular diretamente o direito civil, podendo os sujeitos das relações privadas os invocar de maneira imediata.

Reconhece, dessa forma, que não apenas o poder público, mas também os próprios indivíduos são os destinatários das normas de direitos fundamentais, e o Estado, na constante busca pelo bem comum, deve tutelar a

¹¹⁶ *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: Luis Roberto Barroso. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 161.

¹¹⁷ Vide Canotilho (*Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*) e Bilbao Ubillos (*¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*), ambos em Ingo Sarlet, *Constituição*, cit.

dignidade humana, seja contra atos próprios, seja contra atos perpetrados por terceiros. É também um mecanismo essencial de correção das desigualdades sociais, já que busca restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos da relação.

Esta teoria não está isenta a críticas. Os mediatistas se insurgem contra a aplicação direta dos direitos fundamentais por diversos fatores. Serão comentadas as principais objeções sem, nesse momento, preocupação em refutá-las.

Em primeiro lugar, afirmam que vinculação direta compromete fatalmente a autonomia privada, retirando do indivíduo a sua liberdade de regulamentar seus próprios interesses. Há também o receio de atribuir poderes excessivos ao Judiciário em detrimento do Legislativo, ferindo gravemente o pacto democrático. Por fim, nega a autonomia do direito privado, reduzindo-o a mero concretizador do direito constitucional.

c) Teoria dos Deveres de Proteção

Canaris, ao analisar minuciosamente os arts. 1.3 e 93.1, opta pela teoria dos deveres de proteção¹¹⁸. De acordo com essa teoria, o “Estado é obrigado não apenas a respeitar ele mesmo os direitos fundamentais, mas também de fornecer a devida proteção diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares”¹¹⁹. Logo, as pessoas de direito privado não são destinatários das normas de direitos fundamentais e o Estado é sempre responsável, ainda que de forma indireta, pelas afrontas aos direitos fundamentais. Os indivíduos podem reclamar a proteção dos direitos fundamentais em suas relações privadas, porém sempre em triangulação com o Estado, pois quem tem o dever de proteger tais direitos é somente o Estado.

¹¹⁸ Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos*, cit., p. 17.

¹¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos*, cit., p. 18.

A teoria dos deveres de proteção vem ganhando força na Alemanha. Aproxima-se da teoria da eficácia indireta e também reclama por uma postura mais ativa do legislativo para que normas de direito privado sejam editadas com o intuito de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civis.

2.3.3 A solução brasileira para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: críticas e sugestões à luz da tutela constitucional da autonomia privada

O debate acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é bastante recente no Brasil. Defendem a doutrina e a jurisprudência a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pelo fato de o Brasil, apesar de não ter norma constitucional específica sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civis como tem alguns países (a exemplo de Portugal), o panorama traçado pela Constituição de 88 é propício para a recepção da teoria da vinculação, conforme já exposto neste trabalho.

Quanto à maneira pela qual se dá a incidência, a doutrina majoritária entende que a aplicação dos direitos fundamentais deve ser feita de forma imediata¹²⁰, teoria que foi também recepcionada pela jurisprudência brasileira.

¹²⁰ Há poucas exceções quanto à adoção, pela doutrina, da teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nelson Rosendal, por exemplo, não se posiciona explicitamente a favor de uma teoria, mas ao defender a boa-fé objetiva como a cláusula geral por onde penetram os direitos fundamentais, se infere que ele é partidário da teoria mediata (*Dignidade*, cit., p. 144 e seguintes). O maior crítico da teoria da aplicabilidade imediata é Virgílio Afonso da Silva. O autor inicia sua teoria aduzindo que não se pode, no Brasil, falar da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, porquanto essa foi uma ficção criada pelo constitucionalismo alemão para justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que não precisa ser feito no Brasil, já que aqui, os direitos fundamentais são princípios de aplicabilidade imediata, por força da própria Constituição. Logo, os direitos fundamentais, enquanto princípios, informam todo o ordenamento jurídico e precisam ser concretizados da melhor maneira possível, residindo aí a justificativa para sua incidência nas relações privadas. O autor propõe um modelo híbrido, que envolve tanto a aplicabilidade indireta quanto a direta, e nega a necessidade de ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, por impossibilidade lógica de utilização dessa técnica nos casos

Jane Reis leciona que “a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição”¹²¹.

A sustentabilidade da teoria imediata é determinada por várias justificativas. Com efeito, a Constituição optou pelo Estado Social, voltado para a promoção da igualdade material e da tutela plena da dignidade da pessoa humana, princípio elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O extenso e não exaustivo rol de direitos fundamentais releva uma tônica intervencionista e protetora da Constituição, ressaltada pela regra constante no art. 5º, §1º, que determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, e pelo §2º, do mesmo dispositivo, que amplia o rol dos direitos fundamentais para abranger também aqueles decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, além dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Nesse sentido, Daniel Sarmento ensina que:

Afora, é certo que, alguns direitos têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo das liberdades públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal¹²².

Essa avançada sistemática de direitos fundamentais trazida pela Constituição não se coaduna com a visão conservadora da teoria da eficácia indireta. Com efeito, limitar a incidência dos direitos fundamentais na seara do direito

de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005).

¹²¹ Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. IN: Luis Roberto Barroso. *A nova*, cit., p. 185.

¹²² *Direitos*, cit., p. 238.

privado à interpretação, aplicação e integração dos direitos fundamentais corresponde a um retrocesso na efetiva tutela da dignidade da pessoa humana.

Reconhecer a dignidade humana como centro gravitacional da ordem jurídica que legitima, condiciona e modela o direito positivado, importa em expandir a área de atuação dos direitos fundamentais para abranger também as relações privadas, adotando como regra a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

As críticas dirigidas à teoria da eficácia imediata não merecem prosperar, pelo menos não diante do panorama instituído pela Constituição de 88.

Não obstante se propugnar pela teoria da eficácia imediata, é necessário fazer algumas reflexões, sobretudo com relação à recepção, pela jurisprudência, da referida teoria.

O debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ainda é, no Brasil, pouco difuso, motivo pelo qual ainda não foi firmado um posicionamento conciso e dominante, que sirva de referência para as decisões judiciais. O resultado disso é a falta de critério com que as decisões vêm sendo tomadas, revelando um perigoso descaso ao valor da autonomia privada.

As principais decisões de que se têm conhecimento a respeito da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, versam sobre a observância do devido processo legal em procedimentos privados. Assim ocorreu no caso da União Brasileira dos Compositores¹²³, que teve que cancelar ato de exclusão de associado por não ter respeitado o devido processo legal. Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proferiu decisão anulando multa aplicada por condomínio sem que tivesse sido assegurado ao

¹²³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 1991.001.05230.

condômino o direito de ampla defesa e contraditório¹²⁴. Neste acórdão é expresso o entendimento de que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações privadas.

Contudo, esse mesmo Tribunal decidiu, também com fundamento na necessidade de observância do devido processo legal nos procedimentos privados, pela nulidade absoluta de aplicação de penalidade por uma Loja Maçônica¹²⁵, conforme ementa ora colacionada:

DANOS MORAIS – APLICAÇÃO DE PENALIDADE NO ÂMBITO DE ATIVIDADE MAÇÔNICA, SEM A DEVIDA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, OS QUAIS, SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SÃO APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS – VALIDADE DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – MITIGAÇÃO À MÁXIMA “NULLUM POENA SINE PREVIA LEGE” (NULLUM POENA SINE SCRIPTA, CERTA, STRICTA ET PRAEVIA LEGE) - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. Comprovado ter sido o apelante sancionado em razão de ato praticado em data na qual a pena aplicada não se encontrava sistematizada no âmbito da Loja Maçônica Significa, patente é a mitigação à máxima “nullum poena sine previa lege” (Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege), restando nula a deliberação que cominou na penalidade. Fere a deliberação, ainda, o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, por não ter sido oportunizada ao apelado a possibilidade de obstar a sanção que lhe fora infligida.

2 – Em que pese a controvérsia em tela versar sobre direitos fundamentais, os quais comumente eram oponíveis somente contra as arbitrariedades do Estado, hodiernamente reconhece-se a necessidade destes pautarem também as relações privadas. Esta é uma temática que tem se desenvolvido sobremaneira na doutrina, sendo axioma da denominada “Teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

3 – A validade de tal teoria é sufragada pelo Pretório Excelso, que já pronunciou que 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. (RE nº 201.819-8 - Informativo nº 405; Relator originário Ministra ELLEN GRACIE, Relator designado Min. GILMAR MENDES; DJ 27-10-2006)

4 – Segundo o escólio de Fredie Didier Jr, “O devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas. Na verdade, qualquer direito fundamental, e o devido processo legal é um deles, aplica-se ao âmbito das relações jurídicas privadas. A palavra “processo”, aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial). (...)”

¹²⁴ TJDF, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. ACJ 2006 07 1 019377-9.

¹²⁵ TJDF, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. ACJ 2006 1 1 109689-5

Desse modo, a atual Constituição brasileira, pela “moldura axiológica” em que se encontra estampada (de índole eminentemente intervencionista e social), admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda a sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos. Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, naturalmente, vem carregada de especificidades inerentes ao direito privado. Assim, por exemplo, a sua aplicação no caso concreto há de ser, sempre, ponderada com o princípio da autonomia da vontade. Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal – direito fundamental previsto na Constituição Brasileira – aplica-se, sim, ao âmbito privado, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva.” (in CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – TEORIA GERAL DO PROCESSO E PROCESSO DE CONHECIMENTO – Vol. 1 – 8ª ed; Jus PODIVM, Salvador, 2007, p.p. 27/29).

5 - Conclui-se pela ilicitude do ato, por afronta às máximas do Contraditório, Ampla defesa, e “nullum poena sine lege” (Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege, restando evidente a necessidade da responsabilização civil do apelante, por danos morais, em razão do ato praticado.

6 - Recurso conhecido e provido.

Nesse caso é possível notar que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está sendo feita de forma assistemática e, por isso, ilegítima, para não dizer abusiva. O mesmo vem acontecendo, como bem observa Daniel Sarmento, com as demandas contra as Instituições de Ensino Superior – IES particulares. Ainda que as IES particulares funcionem mediante autorização do poder público, justamente por exercerem atividade de grande relevo para os fins do Estado, a função por elas desempenhada não é pública. Dessa forma, as decisões favoráveis aos mandados de segurança impetrados contra os diretores que se recusam a proceder matrícula dos alunos inadimplentes, revelam-se contrárias ao princípio da livre iniciativa¹²⁶.

Outra problemática que envolve a aplicação da teoria da eficácia direta é o descaso que tem ocorrido com os direitos de personalidade. Destarte, a tendência atual da jurisprudência é decidir sobre os bens da personalidade com fundamento exclusivo na Constituição, esquecendo toda a disciplina dos direitos de personalidade do Código Civil. Referencia-se, a título de exemplo, decisão do

¹²⁶ *Direitos*, cit., p. 279-280.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferida em sede de violação de direitos de intimidade, honra e imagem perpetrada por particulares contra particulares:

RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. FURTO EM LOCAL DE OBRA.

Operários que são conduzidos de carro pelo dono da obra a suas próprias casas, em meio ao trabalho, sob o pretexto de “carona”, para que buscar documentos de identidade para depor em inquérito policial, lá sendo constrangidos pela entrada não-consentida de seu contratante nas residências, em atitude inquisitiva e sugestiva da participação dos trabalhadores no furto. Ações fundadas no mesmo conjunto de fatos, com idênticas causas de pedir e pedidos. Conexão factual. Sentenças de improcedência. Apelações dos autores. Circunstância incontroversa de que os autores trabalhavam em obra do réu no período do furto, sendo por ele conduzidos de carro às suas casas, nelas entrando aquele, apesar de instado em contrário. Ausência de refutação pelo réu. Constatação do intuito de pressionar e constranger os autores, em conduta afrontosa, praticada em público, em vizinhança modesta de cidade interiorana, com abuso da subordinação jurídica dos autores pelo réu. Atitude policalesca e acusatória, que implicou na violação dos direitos fundamentais à intimidade, à honra e à imagem (art. 5º, x, crfb). Prova testemunhal que corrobora as narrativas dos autores. Direitos cuja eficácia não se restringe ao aspecto vertical, como defesa dos cidadãos perante o estado, mas também horizontal, aplicando-se às relações privadas, pois é incompreensível uma ordem jurídica na qual apenas os entes públicos – e não os particulares – estejam jungidos ao respeito aos direitos fundamentais. precedentes do STF.

Por todo o exposto, urge que o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais amadureça e culmine em uma melhor sistematização dos critérios a serem utilizados, para que a aplicação ocorra da melhor forma possível. A teoria da aplicação imediata é a que melhor se adequa ao cenário civil-constitucional brasileiro, ainda mais considerando a existência da cláusula geral de proteção à dignidade humana, que inspira tanto os direitos fundamentais quanto os direitos de personalidade. Contudo, a incidência desarrazoada da teoria resulta na ocorrência exata das críticas feitas pelos defensores das teorias mediatas.

Os direitos fundamentais devem ser recebidos no direito privado como direitos de personalidade, por derivarem da mesma cláusula geral de proteção à dignidade humana e objetivarem as mesmas finalidades.

É preciso levar em consideração que os envolvidos na relação são titulares de direitos fundamentais que podem estar em colisão, sendo necessário ponderá-los.

Além disso, há que se atentar para o princípio norteador de todo o direito civil, que é o princípio da autonomia privada. Será que os indivíduos, no exercício do poder de auto-regulamentar suas relações jurídicas, podem aniquilar quaisquer de seus direitos fundamentais? Se a tutela da dignidade humana é para onde converge, em última análise, todos os atos do Estado, pode o indivíduo abrir mão de uma parcela dessa dignidade? Mais importante: será que o indivíduo, ao abrir mão dessa parcela de dignidade o fez de forma absolutamente livre e em posição de igualdade com o sujeito que ocupa o outro pólo da relação?¹²⁷

As respostas para essas reflexões ensejam um vigoroso e importante debate para a reconstrução da dogmática do direito privado.

Quanto à autonomia privada, é certo que em toda e qualquer situação, ela deve ser sopesada, lembrando sempre que sem liberdade não há autonomia. Logo, a autonomia privada não é aniquilada, mas sim relativizada, ponderando-a com os direitos fundamentais, de modo a garantir a proteção do pleno desenvolvimento da personalidade.

¹²⁷ José Carlos Vieira de Andrade entende que a Constituição deve ser “interpretada no sentido de consagrar o princípio da *liberdade* como *regra* das relações entre indivíduos *iguais*. Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, devem poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir seu projecto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses” (*Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição*, cit., p.294-5)

A princípio, a dignidade da pessoa humana limita a autonomia privada, já que a ninguém é conferida a faculdade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade. Todavia, é cediço que os direitos fundamentais, enquanto princípios, não são absolutos¹²⁸, possuem um núcleo essencial que uma vez violado, esvazia seu conteúdo, tornando a interferência ilegítima. Logo, *a contrario sensu*, não são todas as afrontas aos direitos fundamentais que são ilegítimas, mas apenas aquelas em que o núcleo fundamental de proteção é atingido.

Dessa forma, a autonomia privada e os direitos fundamentais podem colidir, e de fato colidem. Como são princípios, deve ser realizada uma ponderação entre os bens jurídicos por eles tutelados, de forma a preservar tanto a autonomia privada quanto o núcleo essencial do direito fundamental com ela em colisão. É apenas com a ponderação que vai poder ser constatada se a interferência ao direito fundamental em prol da autonomia privada foi legítima, e se ambos os sujeitos envolvidos agiram com total liberdade e igualdade.

¹²⁸ Américo Bedê Freire Junior, com brilhantismo próprio, leciona que há duas teorias que justificam as limitações aos direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa. De acordo com o autor, que deixa claro seu posicionamento pela teoria externa, “os defensores da chamada teoria externa (...) afirmam a possibilidade de existirem dois momentos lógicos distintos, a saber, o momento da fixação do direito e a criação de restrições, constitucionais ou legais, a esses direitos. A outra teoria, conhecida como teoria interna dos direitos fundamentais, sustenta, em síntese, que as restrições a direitos fundamentais não são na verdade restrições, mas sim limites que configuram o próprio direito”. (*Restrição a direitos fundamentais: questão da interceptação de e-mail e a questão da reserva de jurisdição*. . Panóptica, Ano 1, n. 8, maio-junho 2007. Disponível em: http://www.panoptica.org/maio_junho2007/N.8_010_FreireJunior.p.213-226.pdf. Acesso em 13/10/2007).

3 AUTONOMIA PRIVADA E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O fenômeno da funcionalização do Direito perpassa pelo giro epistemológico sofrido pelo Direito Civil nas últimas décadas, caracterizado pela sua despatrimonialização e conseqüente repersonalização. A despatrimonialização, frise-se, não significa afirmar que o patrimônio perdeu relevância, mas lhe foi retirado o papel central que ocupava no Direito Civil, lugar atualmente compreendido como pertencente à pessoa.

Luiz Edson Fachin se ocupa em demonstrar o fenômeno da repersonalização e sua influência para a funcionalização do Direito. O autor explica que a evolução da sociedade é marcada por rupturas e reconstruções. Uma importante ruptura para o remodelamento das bases do Direito Civil ocorreu com a noção de patrimônio¹²⁹.

Apoiado na doutrina liberalista, já bastante comentada neste trabalho, o patrimônio ganhou contornos exacerbadamente individualistas, e as relações jurídicas privadas eram constituídas sob a égide da autonomia da vontade, dogma quase intangível e imponderável com outros valores.

A idéia de que o patrimônio é uma projeção da personalidade, apesar de parecer comprometido com o valor da dignidade humana, esconde uma realidade muito distinta. Com efeito, encarar o patrimônio como uma projeção da personalidade é assaz perigoso. Essa idéia é resultado de uma elevada abstração

¹²⁹ *Estatuto*, cit., p. 39.

do Direito, que procurou compartimentalizar os comportamentos e tratá-los isoladamente¹³⁰, incorrendo em uma inevitável objetivação da pessoa. A subjetividade e a racionalidade, características marcantes do ser humano, se viram profundamente abaladas e a sociedade correu um sério risco de não encontrar mais no homem um fim nele mesmo.

O patrimônio não pode ser considerado projeção da personalidade porque ele não é dela decorrente, apesar de ser por ela adquirida. O patrimônio não é intrínseco ao homem, muito embora seja essencial ao desenvolvimento de sua personalidade, motivo pelo qual a propriedade ganhou *status* de fundamentalidade constitucional em diversos países¹³¹. Em nível infraconstitucional, o Código Civil de Québec elenca o direito ao patrimônio como um direito de personalidade¹³².

Também não se pode falar no patrimônio como um atributo externo à pessoa, pois conotaria a falsa impressão de que não há uma relação de essencialidade entre a pessoa e o patrimônio, o que não é verdade¹³³. Contudo,

¹³⁰ Na verdade, essa fragmentação é fruto do paradigma científico dominante da época. Como bem observa Boaventura de Sousa Santos, havia uma tendência de especialização científica bastante rigorosa, e o conhecimento epistemológico passou a ser setorizado e específico, deixando de lado a visão global que toda ciência deve ter. O autor esclarece que “o conhecimento científico moderno é um conhecimento desencantado e triste que transforma a natureza num autômato, ou, como diz Prigogine, num interlocutor terrivelmente estúpido (...) O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica (...) Nestes termos, o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano assim concebido. Essa pergunta está, no entanto, inscrita na própria relação sujeito/objecto que preside à ciência moderna, uma relação que interioriza o sujeito à custa da exteriorização do objeto, tornando-os estanques e incomunicáveis”. (*Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 53-4).

¹³¹ Cite-se, como exemplos, as Constituições Alemã (art. 14.1 *Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt*), Argentina (Art. 17. *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*), Peruana (art. 2.16 *Toda persona tiene derecho: a la propiedad y a la herencia*) e Portuguesa (art. 62.1 A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição), dentre outras.

¹³² 2. *Every person has a patrimony. The patrimony may be divided or appropriated to a purpose, but only to the extent provided by law.*

¹³³ Fachin aponta que o patrimonialismo exacerbado do Direito Civil conduzia à inelutável conclusão de que o patrimônio da pessoa acabava por se resumir a bens destinados à solução de suas obrigações. Surge, então, um paradoxo: se o patrimônio é inerente à personalidade, como pode ser considerado reserva de bens para pagamento de dívidas? Os autores à época explicaram que havia duas classes distintas de patrimônio: uma intangível, inerente à pessoa, e outra composta pela

essa relação não é de inerência, e sim de instrumentalidade. O patrimônio é o veículo pelo qual a pessoa tem condições de garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para além disso, a circulação do patrimônio é indispensável para o desenvolvimento da sociedade, adquirindo, assim, o patrimônio, saliência social.

Qual seria, então, a relação entre a pessoa e o patrimônio? Esse questionamento encontra resposta na própria revolução copernicana do Direito Privado. Se a dignidade da pessoa humana é o epicentro de um Direito inegavelmente antropocêntrico, é evidente a conclusão de que todos os institutos jurídicos devem ser lidos em conformidade com esse valor central. É também fácil compreender que o Direito existe para promover a dignidade humana; ou, em outras palavras, que o ordenamento jurídico deve ser dinamizado em função da promoção da dignidade humana.

Os institutos tradicionais não deixam de existir, nem perdem sua importância para o sistema, apenas são funcionalizados para assegurar a dignidade humana em todas as suas dimensões. A pessoa é a protagonista do Direito e, por isso, este deve criar seu cenário em função daquela. Pietro Perlingieri assevera que

Le situazioni soggettive possono essere considerate ancorá sotto due profili: quello normativo e quello funzionale. Secondo Il primo la situazione costituisce l'individualizzazione della norma: è pertanto regolamento delle qualificazioni dei comportamenti futuri. Più complesso è quello funzionale. La funzione del fatto si realizza nell'effetto. L'ordinamento vigente conforma la funzione de ogni situazione soggettiva in senso sociale: la funzione concreta è um tipo de funzione sociale¹³⁴.

A concepção da funcionalização é adjetivada pela socialidade. A função por si só poderia também incorrer em um indesejável egoísmo. Dessa forma,

reserva de bens. Nesse aspecto, fica clara a insustentabilidade da tese de que o patrimônio é atributo da personalidade, pois, se assim fosse, a pessoa jamais poderia ter mais de um patrimônio. (*Estatuto*, cit., p. 40-1).

¹³⁴ *Manuale*, cit., p. 65.

o adjetivo social acompanha a locução para consagrar a leitura conglobante do Direito, atrelando a pessoa ao ambiente social em que coexiste com as demais pessoas, iguais em dignidade e, por isso, o estabelecimento de qualquer relação deve levar em consideração os interesses particulares dos sujeitos envolvidos, conformando-os aos interesses socialmente relevantes.

A função social, como a própria etimologia da expressão revela, considera que o Direito tem um compromisso inafastável com a sociedade da qual emana e para qual serve, devendo suas normas guardar coesão com a socialidade. Assim, o fenômeno da funcionalização do Direito está arrimado nos princípios da solidariedade, da justiça social e, evidentemente, na dignidade da pessoa humana, porquanto o Direito, enquanto experiência da cultura humana, *não pode permanecer indiferente ao social*¹³⁵. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Caroline Dias Andriotti, ao tratarem da funcionalização do direito, revelam que ela advém da necessidade do Estado em intervir nas relações econômicas e participar ativamente da vida social, garantindo o equilíbrio das relações, sobretudo na tentativa de harmonizar *interesses meramente individuais e as necessidades coletivas e sociais*¹³⁶.

Fica clara agora a idéia de que o patrimônio existe em função da pessoa e que, além disso, o exercício dos direitos patrimoniais tem que ser feito em função da sociedade. Essa é a proposta de Pietro Perlingieri, relatada por Fachin:

De um lado [a funcionalização das situações subjetivas patrimoniais às existenciais] é a confirmação de que se trata de realidades distintas: o patrimônio, definitivamente, não integra a personalidade. De outro, é a proposta que visa à inversão do foco de interesse do direito: o patrimônio

¹³⁵ Luiz Edson Fachin, *Estatuto*, cit., p. 45.

¹³⁶ *Breves notas históricas da função social no Direito Civil*. In: Guilherme Calmon Nogueira da Gama (org). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade humana¹³⁷.

Assim é que, no Brasil, em nível constitucional, a função social da propriedade está positivada em dois dispositivos: o art. 5º, XXII, como elemento estrutural do direito fundamental de propriedade, e no art. 170, *caput*, como um dos princípios da atividade econômica.

O Código Civil de 2002 não foi indiferente ao fenômeno da funcionalização e a previu tanto com relação à propriedade (art. 1.228), como com relação aos contratos (art. 421), sendo que a função social dos contratos pode ser tida como afluyente da própria função social da propriedade, eis que é o contrato que viabiliza a dinâmica da propriedade, que é estática¹³⁸.

Aliás, nota seja feita à socialidade como uma das diretrizes elementares do Código de 2002. Sobre a socialidade, traga-se à colação as palavras de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”.¹³⁹

¹³⁷ *Estatuto*, cit., p. 43.

¹³⁸ Nesse sentido, Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco expõem que “é que, como tem reiteradamente acentuado Miguel Reale, o princípio da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica”. (*Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 157).

¹³⁹ Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes*, cit., p. 144.

É patente que a funcionalização do Direito impactou na autonomia privada e atua como fator limitador da mesma, no sentido de retirar dela seu sentido exclusivamente individualista e matizá-la com o compromisso para com a socialidade. Cláudio Godoy, expondo o pensamento de Francisco Amaral, aduz que:

A funcionalização dos institutos jurídicos corresponde a uma nova atribuição que se lhes reserva, não mais adstrita à questão da solução de conflitos, mas, antes, voltada à organização da sociedade, de que é pressuposto uma atividade afirmativa, promocional e distributiva, sobretudo na relação que se estabelece entre o direito e a economia, entre o direito e todos os demais subsistemas sociais que, forçosamente, devem orientá-lo. (...) essa funcionalização se revela quando o exercício dos poderes legados aos indivíduos, dentre eles a autonomia privada, se efetiva como forma de afirmação da pessoa, de sua dignidade, acrescenta-se, e desde que essa consecução manifeste, também, alguma utilidade à consecução de interesses gerais da comunidade (solidariedade social)¹⁴⁰.

No âmbito do Direito Civil, a função social se manifesta nos elementos de seu *tríplice vértice fundante*¹⁴¹, quais sejam, família, propriedade e contrato. Assim é que se fala na função social da família, função social da propriedade, função social da propriedade Intelectual, função social da empresa e função social do contrato. Importa neste trabalho analisar a função social da propriedade e do contrato e seus reflexos na autonomia privada.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade no direito brasileiro não é novidade do Código Civil de 2002, muito menos da Constituição Federal de 1988. Desde a Carta de 1934, a função social da propriedade vinha, timidamente, ganhando seus primeiros contornos no cenário constitucional nacional, suprimindo uma deficiência

¹⁴⁰ *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116-7.

¹⁴¹ Luiz Edson Fachin. *Teoria*, cit., p. 141.

sociológica do tratamento conferido à propriedade pela codificação civil de 1916, de cunho notadamente individualista, típico das codificações oitocentistas.

É importante lembrar que à época da elaboração do Código de 1916, a sociedade brasileira era eminentemente agrária¹⁴² e, por isso, no que se refere especificamente à propriedade, o Código Beviláqua dispunha, em seu art. 524, *caput*, que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os detenha”. Em momento algum, o Código fazia referência, direta ou indireta, à função social da propriedade, na contramão do que já vinha sendo suscitado pela doutrina estrangeira, mormente pelo francês León Duguit, a respeito da necessidade de socializar a compreensão estrutural do direito de propriedade.

Na realidade, os romanos já conheciam a idéia de ponderação entre o direito individual de propriedade e seu exercício, em conformidade com as exigências das demandas sociais. O próprio Beviláqua, ao comentar o dispositivo ora em tela¹⁴³, do código revogado, aduz que a propriedade, historicamente, não tem caráter absoluto, devendo ser sempre sopesada com o interesse público, tal qual já se fazia no direito antigo e em legislações mais recentes, como o Código Civil

¹⁴² Para compreender melhor a estrutura deste país à época da elaboração do Código Civil de 1916, destaque-se as palavras de Orlando Gomes: “ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto de Código Civil Brasileiro, éramos, na precisa observação de Silvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia (...) A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias primas e gêneros alimentares e importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais”. (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24-5).

¹⁴³ *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. V.III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955. p. 44. Mais adiante, na mesma obra (p. 49), ao comentar o art. 527, CC/2002, Clóvis Beviláqua aduz que “o domínio é ilimitado, porque abrange os poderes elementares, que o constituem. Não se o pode considerar absoluto e sem restrições. Como já vimos, essas restrições aparecem, nos direitos de vizinhança, nos impostos, nas prescrições municipais, na desapropriação”.

francês¹⁴⁴. Aliás, no Projeto do Código de 1916, o mencionado art. 524 tinha redação diferenciada, fazendo referência à harmonização do exercício do direito de propriedade aos limites impostos pela lei¹⁴⁵.

Como já exposto alhures, com o advento da Constituição de 1934, a noção estrutural do direito de propriedade começou a ser modificada. Ainda que a aludida Carta Política não tenha expressamente mencionado a função social da propriedade¹⁴⁶, é possível notar certa preocupação constitucional por um exercício do direito de propriedade, com vistas à socialidade.

O constituinte de 1937 apresentou a mesma preocupação com a questão da função social da propriedade, tratando da possibilidade de desapropriação por necessidade e utilidade pública, bem como de eventuais limitações legais que a propriedade poderia sofrer¹⁴⁷.

É, porém, na Carta de 1946, com toda a influência de Ruy Barbosa, que a função social da propriedade começa a galgar espaço rumo à atual compreensão acerca da funcionalização deste direito. O art. 141, *caput*, da Constituição de 1946 assegurava o direito à propriedade privada como garantia individual e, além da estipulação acerca da desapropriação consubstanciada no § 16

¹⁴⁴ O art. 544, do Código Civil Francês assim dispõe: *La propriété es um droit de jouir et disposer des choses, de La manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

¹⁴⁵ “O projeto primitivo dissera: a lei assegura ao proprietário, dentro dos limites por ela traçados, o direito de utilizar-se de seus bens, como entender, e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem injustamente os detenha” (Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., p. 45).

¹⁴⁶ O art. 113, 17 da Constituição tinha a seguinte redação: “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”. Rodrigo Mazzei aponta que neste momento é criado um *inédito limite negativo no ordenamento constitucional*, na medida em que o proprietário, ao contrário do que aparentemente pregava o Código de 1916, não poderia exercer o direito de propriedade como bem entendesse, eis que estava vedado qualquer uso atentatório ao interesse social ou coletivo, na forma da lei (*Função social da propriedade e o código civil de 2002*. In: Rosa Maria de Andrade Nery. *A função*, cit., p. 384).

¹⁴⁷ Constituição Federal de 1937, art. 122, 14: “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

do mesmo dispositivo¹⁴⁸, o art. 147 ainda trazia um até então inédito mandamento de observância do bem estar social no exercício da propriedade ao consagrar que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

As repercussões de tal dispositivo constitucional na esfera do direito privado foram enormes. Sempre com seu posicionamento de vanguarda, Pontes de Miranda¹⁴⁹ comenta sobre o chamado abuso do direito de propriedade. Aduz o mestre, com lucidez peculiar, que “cada proprietário pode exercer o seu direito de propriedade até onde esse exercício não ofenda a outrem, isto é, aos direitos de outrem. Não se indaga da malícia, nem da má-fé, nem da imoralidade ou da inoportunidade do ato: basta a irregularidade objetiva”.

Na Constituição de 1967, a expressão *função social da propriedade* foi enfim textualmente consolidada, mas somente na Constituição de 1988 a função social da propriedade foi elevada à categoria dos direitos fundamentais¹⁵⁰, traçando, assim, contornos até então inéditos ao direito de propriedade rumo à concretização de um princípio até então insurgente, qual seja, o da solidariedade social.

A nova concepção constitucional repercutiu no Código Civil, que, em razões de naturezas diversas, inclusive metodológica¹⁵¹, estava obsoleto, ansiando

¹⁴⁸ “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”.

¹⁴⁹ *Tratado de direito privado*. Tomo XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. p. 27.

¹⁵⁰ Assim dispõe o art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988:

“XXII – é garantido o direito de propriedade.

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”.

¹⁵¹ Nesse sentido, há a evidente tendência mundial de superação da exclusividade da técnica da *fattispecie* para a criação de um modelo que, inspirado no BGB, prestigia a técnica das cláusulas gerais.

pela sua ab-rogação, já fatalmente destinada a acontecer diante da tramitação do projeto do Novo Código Civil, desde 1975.

A propriedade não mais poderia apresentar resquícios de individualismo. Não significa, com isso, propugnar pela extinção da propriedade privada e instauração de um regime exclusivamente de propriedade coletiva. A propriedade privada existe e é constitucionalmente elencada como direito fundamental; todavia, tão importante quanto o próprio reconhecimento de um direito à propriedade privada, é a garantia de que este direito de propriedade será exercido conforme as exigências da função social que ele deve desempenhar, exigências essas que impõem limites negativos e positivos, como bem observam Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Carolina Dias Andriotti:

Há dupla finalidade decorrente da noção da função social, como no exemplo da propriedade: (a) função positiva, consistente nos instrumentos coativos ao aproveitamento do objeto; (b) função negativa, representada pelas sanções aplicáveis diante do não-aproveitamento, como nas hipóteses de desapropriação-sanção de imóveis, de perda da marca industrial devido à não utilização, de incorporação do domínio na obra intelectual, dentre outros¹⁵².

É com esta ideologia que surge o Código Civil de 2002, que, apoiado em suas diretrizes de eticidade, socialidade e operabilidade¹⁵³, mesmo sem fazer referência à textualidade da expressão, consolida a função social da propriedade em seu art. 1.228, § 1º, ao dizer que o direito de propriedade deve ser exercido “em

¹⁵² *Breves*, cit., p. 11.

¹⁵³ Quanto à socialidade, é correto afirmar que o Novo Código Civil, ao romper com o patrimonialismo do Código de 1916, ganha uma roupagem mais social, com uma notória prevalência dos interesses coletivos sobre o interesse pessoal; somente ao contemplar a socialidade é que se torna possível pensar na função social da propriedade, e mesmo do contrato. No que diz respeito à eticidade, é correto afirmar que a compreensão deste, enquanto fator que obriga não apenas os sujeitos da relação jurídica a se comportarem com retidão, lealdade e em conformidade com os valores éticos cristalizados no seio social (pelo que adquire aqui características de boa fé e proporcionalidade, funcionando como um verdadeiro requisito dos negócios jurídicos), é fundamental para a interpretação de toda e qualquer cláusula geral presente no CC/2002, como é o caso da função social da propriedade.

consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Fica, pois, evidente no atual Código Civil a existência da cláusula geral da função social da propriedade.

Já disse Menezes Cordeiro que toda lei é um ponto de chegada. Ainda que o Direito seja uma ciência de projeção comportamental, é inegável que a legislação é reflexo da sociedade para a qual foi editada. Neste diapasão, assim como o Código de 1916 representava uma sociedade agrícola e colonial, o Código Civil de 2002 traduz uma sociedade diferente, globalizada e solidária. O Código de 2002 é expressão de um Direito que não admite mais a clássica separação dicotômica entre público e privado, permitindo que todo o direito privado seja permeado por valores outros, mormente os constitucionais.

É nesse contexto que vem à tona a função social dos direitos. Bem observa Paulo Velten quando afirma que, sob o prisma da funcionalidade, o direito deve ser analisado como

um todo orgânico, cujas regras, tenham caráter público ou privado, interpenetram-se na busca da mais razoável e justa solução de conflitos de interesses. A par disso, não é possível desprezar a margem de autonomia privada concedida aos particulares para a regulamentação dos seus próprios interesses, autonomia que deve estar sempre submetida ao atendimento da função social¹⁵⁴.

Analisar os direitos sob o prisma de sua funcionalidade não significa retirar-lhes parte do conteúdo — ao revés, seu conteúdo permanece intacto. A funcionalidade dos direitos significa inseri-lo em um contexto maior, qual seja o da própria sociedade, que absorverá os impactos de seu exercício. A função social de

¹⁵⁴ *Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade.* In: Rosa Maria de Andrade Nery. *A função*, cit., p. 426.

um direito é assim reconhecida quando seu exercício não agredir objetivamente a sociedade, destinatária mediata de todo e qualquer ato jurídico.

O atual cenário civil-constitucional pátrio é bastante propício para o reconhecimento da funcionalidade dos direitos. A Carta Magna de 1988 aponta, em seu art. 3º, I, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária, consagrando, pois, o princípio da solidariedade como vetor elementar na hermenêutica dos direitos individuais e das políticas públicas. Ademais, é sempre válido ressaltar que o valor da dignidade humana tem reconhecimento constitucional privilegiado, eis que figura como próprio fundamento da República Federativa do Brasil.

Da dignidade da pessoa humana emanam os direitos fundamentais, direitos estes que procuram, em última análise, garantir um mínimo de existência ética da pessoa. No tocante à propriedade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, consubstancia a propriedade como um direito fundamental de todo e qualquer indivíduo. No inciso subsequente, a Carta determina que “a propriedade será exercida conforme sua função social”.

A interpretação desses dispositivos não pode ser feita isoladamente, de forma autônoma, como se fosse possível admitir que, em algum momento, eles não se tocassem. Para que se possa compreender o próprio direito fundamental de propriedade, é necessário levar em consideração a sua função social, de modo que se pode afirmar, como bem leciona Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber¹⁵⁵, que

¹⁵⁵ *A garantia da propriedade no direito brasileiro.* Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Consulta em: 28 abr. 2007. No mesmo texto, os autores colocam que “a função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos neste sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função. Não há, assim, que se falar em um espaço mínimo, ao qual a propriedade de cada indivíduo se retrairia, para manter-se imune ao avanço do interesse social. A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular”.

a função social é elemento estrutural do direito de propriedade¹⁵⁶. Em outros termos, examinando sistematicamente as regras contidas no art. 5º, XXII e XXIII, a tutela constitucional da propriedade só existe para aquelas propriedades que exercem a sua função social.

Assim, o conceito clássico de propriedade enquanto direito absoluto que se traduz na “instituição privada que define a posição relativa de homens e coisas num contexto social”¹⁵⁷, deve ser analisado sob o enfoque da função social, agregando o valor da socialidade em detrimento do individualismo no exercício desse direito.

A Constituição japonesa conta com disposição bem semelhante à do Brasil no que se refere à função social da propriedade. O art. 29¹⁵⁸ do texto constitucional daquele país determina que os direitos decorrentes da propriedade serão regulados por lei e deverão sempre atender ao bem estar social.

Na apreensão do conteúdo da função social da propriedade, leciona Luiz Edson Fachin que a função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, por conseguinte, “alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício. E por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito da propriedade”¹⁵⁹. A experiência estrangeira revela que a função social da propriedade é garantida nos

¹⁵⁶ Também outros autores vêem na função social um elemento estruturante do próprio direito de propriedade. André Osório Gondinho *apud* Getúlio Targino de Lima afirma que “a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado pela Constituição Federal, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade” (In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171).

¹⁵⁷ Daniel Coelho de Souza. *Introdução à ciência do direito*. Belém: CEJUP, 1994. p. 254.

¹⁵⁸ Art. 29. The right to own or to hold property is inviolable. 2) Property rights shall be defined by law, in conformity with the public welfare. 3) Private property may be taken for public use upon just compensation therefore.

¹⁵⁹ *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 17.

textos constitucionais de países como a Alemanha¹⁶⁰, Equador¹⁶¹, Espanha¹⁶² e Itália¹⁶³.

Francisco Eduardo Loureiro, citando o italiano Stefano Rodotà, aduz que a função social da propriedade “manifesta-se concretamente na relação jurídica da propriedade sob os seguintes aspectos: a) privação de determinadas faculdades; b) complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas ao proprietário; c) obrigação de exercer determinadas faculdades”¹⁶⁴. Essas privações e obrigações decorrem tanto de previsão legal expressa quanto da cláusula geral de proibição de abuso de direito contida no art. 187, CC/2002, que, por óbvio, está presente nas relações que envolvem o direito de propriedade.

A funcionalização do direito de propriedade não está albergada apenas no art. 5º, XXIII da Constituição. A função social da propriedade é, também, um dos princípios gerais da atividade econômica, em conformidade com o preceituado no art. 173, III do mesmo diploma legal. O texto constitucional também oferece parâmetros objetivos de verificação da função social da propriedade rural: de

¹⁶⁰ É na Constituição de Weimar que é encontrada a afirmação de que a propriedade obriga (art. 14 (2): *Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*). Tal assertiva traduz de forma sucinta todos os limites negativos decorrentes do direito de propriedade, assim como as obrigações que têm o proprietário no sentido de dar à sua propriedade a melhor utilização possível.

¹⁶¹ A Constituição do Equador considera a propriedade como um direito fundamental (art. 23, 23) e, em seu art. 30, garante a função social da propriedade com o seguinte texto: *La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo. Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.*

¹⁶² Constituição Espanhola, art. 33: 1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.* 2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.* 3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

¹⁶³ O art. 42 da Constituição Italiana determina que *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.*

¹⁶⁴ *A propriedade como relação jurídica complexa.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 164.

acordo com o art. 186, a função social da propriedade rural é atendida quando há na propriedade aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, respeito às normas que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e trabalhadores. Cumpre ressaltar que esses parâmetros devem estar presentes em conjunto, não atendendo, assim, a função social aquela propriedade que, mesmo produtiva, deixar de observar um dos requisitos constitucionais expostos.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição evitou traçar parâmetros gerais, em razão da diversidade social, econômica e cultural dos Municípios brasileiros, diversidade esta peculiar a países extensos como o Brasil. Assim, o art. 182, § 2º, CF/88, atribui aos Municípios, por intermédio do Plano Diretor Urbano, a tarefa de delinear a função social da propriedade urbana¹⁶⁵. Importa constar que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), fixa importantes diretrizes com o intuito de viabilizar o atendimento da função social da propriedade urbana.

Na esteira constitucional, o Código Civil de 2002 dedicou o art. 1.228 inteiramente à lapidação de parâmetros de verificação da função social, traçando os limites da autonomia privada com relação ao exercício do direito de propriedade.

¹⁶⁵ Utilizando como exemplo o PDU do Município de Belém (Lei Municipal nº 7.603/93), a função social é trabalhada tanto sob o enfoque da cidade quanto com relação à propriedade privada. No art. 2º, parágrafo único da referida lei, está consignado que a cidade atenderá sua função social quando garantir aos habitantes o acesso à moradia, ao transporte público, ao saneamento, à energia elétrica, à iluminação pública, ao trabalho, à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, ao patrimônio ambiental e cultural, à informação e à cultura. Mais adiante, o art. 140, caput do mesmo Diploma determina que a função social da propriedade urbana será cumprida quando esta atender às *exigências fundamentais de ordenação da cidade para que cumpra sua função social, buscando equidade de acesso aos bens e serviços públicos, expressas no Plano Diretor e nela se realizam atividades de interesse urbano e a mesma não sirva como veículo para obtenção de valorização imobiliária decorrentes do investimento público*. Tais atividades de interesse urbano estão elencadas, de maneira não exaustiva, no § 1º do referido dispositivo, e compreendem: habitação; produção de comércio e bens; prestação de serviços; circulação de pessoas; serviços e mercadorias; preservação do patrimônio histórico, cultural, ambiental e paisagístico; segurança; preservação dos recursos necessários à vida urbana, tais como mananciais, as áreas florestadas ou arborizadas, os cursos d'água e as faixas litorâneas; produção cultural.

Dessa forma, novos limites aos atos de autonomia privada incidentes sobre o direito de propriedade são colocados, para além daqueles que já existiam (como os direitos de vizinhança e os direitos reais sobre coisas alheias, por exemplo). Ana Prata leciona que a função social da propriedade congrega e sistematiza os limites intrínsecos e extrínsecos (definidos expressamente pela lei) da propriedade, e que tais limites não correspondem à sanção imposta pelo descumprimento de um dever ou um fator de legitimação do exercício do direito de propriedade¹⁶⁶. Para a autora portuguesa, a função social da propriedade “constitui, autonomamente, uma fonte de limitações, na medida em que caracteriza, por certa forma, o direito e o seu exercício”¹⁶⁷.

Assim como a função social da propriedade só se concretiza diante do caso concreto, os limites por ela impostos se revelarão caso a caso. Porém, é certo que se a função social é elemento estrutural do próprio conceito de propriedade e impõe a estas limitações, o proprietário que agir em desacordo com a função social não será merecedor da tutela jurídica ao seu direito¹⁶⁸, podendo sofrer consequências que chegam até a expropriação.

3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato, como já mencionado, é decorrência lógica da função social da propriedade, eis que a principal fonte de circulação de riquezas da sociedade contemporânea é o contrato. Tanto é assim que seu fundamento constitucional é o mesmo. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e

¹⁶⁶ *A tutela*, cit., p. 164.

¹⁶⁷ Ana Prata, *A tutela*, cit., p. 165.

¹⁶⁸ Ana Prata, *A tutela*, cit., p. 164.

Daniel Queiroz Pereira afirmam que “a propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, enquanto que o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social do contrato afeta necessariamente o contrato como instrumento que a faz circular”¹⁶⁹. O Código Civil, no entanto, optou por especializar o princípio, reservando o art. 421 para a cláusula geral que consagra o princípio da função social do contrato¹⁷⁰.

Os princípios clássicos do direito contratual estribados no individualismo liberal foram mitigados pelo princípio da função social do contrato, que desponta como um dos grandes baluartes do novo direito contratual. Afirmar que o contrato apresenta função de promoção da dignidade humana, bem como de conformação com a sociedade, significa impor claros limites à autonomia privada, romper com o rigor da relatividade dos efeitos contratuais e, conseqüentemente, atenuar a austeridade da força obrigatória dos contratos.

Em apertada noção inicial, é crucial se valer dos ensinamentos de Rosa Nery e Nelson Nery Junior para afirmar que, conforme os ditames da função social do contrato, este “tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da sociedade”¹⁷¹.

As repercussões sociais do contrato são tão relevantes para a sua validade e eficácia quanto seus elementos estruturais.

¹⁶⁹ Função social do contrato. In: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *Função*, cit., p. 79.

¹⁷⁰ Sobre a natureza jurídica da função social da propriedade (se cláusula geral, se princípio), segue a conclusão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “Nesse sentido, então, pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), como observa Judith Martins-Costa, especificamente a respeito da função social, valendo-se, a propósito, da tipologia das cláusulas gerais elaborada por Menezes Cordeiro – e também um princípio. Isso porque, repita-se, enquanto forma legislativa impregnada de deliberada fluidez, a presente cláusula geral reenvia ao juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento” (*Função*, cit., p. 111-2).

¹⁷¹ *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 477.

A bem da verdade, os planos de validade e eficácia do contrato não são mais estudados tendo em vista somente os seus elementos estruturais, quais sejam, os sujeitos e o objeto da relação, mas também levando em consideração seu aspecto funcional, quer dizer, o papel que ele tenciona desempenhar para garantir os interesses dos contratantes dentro de uma proposta de desenvolvimento social. O contrato passa a ter, assim, uma dimensão teleológica jamais concebida pelo Direito Privado brasileiro.

A doutrina destaca que a função social do contrato envolve dois aspectos, um interno (*inter partes*, endógeno, intrínseco) e outro externo (*ultra partes*, exógeno, extrínseco), igualmente relevantes para a consecução de suas finalidades sociais.

Pelo prisma interno, os destinatários da função social do contrato são os próprios contratantes. Nesse sentido, a função social do contrato está ligada à dignidade humana e à solidariedade, impondo às partes o mútuo dever de respeito às situações subjetivas existenciais. Conforme expõe Gustavo Tepedino *et al*:

Tal como observado em relação à propriedade, em que a estrutura interna do direito é remodelada de acordo com sua função social, concretamente definida, e que se constitui em pressuposto de validade do exercício do próprio domínio, também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um instrumento de realização do projeto constitucional. (...) Disto decorre que a norma do art. 421 não pode ser compreendida apenas como uma restrição ocasional à liberdade contratual – como se o direito subjetivo de contratar fosse, em si mesmo, essencialmente absoluto, embora sujeito a restrições externas – mas, antes, o próprio conceito de contrato deve ser reformulado à luz da função social que lhe é cometida¹⁷²

A autonomia privada é oriunda de um sistema, sistema esse que possui valores e finalidades que lhes são próprios. O exercício da autonomia privada não pode se afastar desses valores sociais, sob o risco de desvirtuar a própria

¹⁷² Código, cit., p. 10.

finalidade para a qual foi criada, o que significaria torná-lo um enclave dentro da dinâmica jurídica. O contrato, então, está fundado em um sistema com o qual é, e deve ser, comprometido, fazendo-se necessário que ele sirva como instrumento, paralelo à realização dos interesses individuais dos contratantes, de promoção e conformação da ordem social na qual está inserido. A função social do contrato não tem um conteúdo impositivo de limites meramente negativos, mas antes, desempenha um importante papel afirmativo, no sentido de “fomento das escolhas valorativas do sistema”¹⁷³.

Do ponto de vista externo, a função social do contrato sobressai-se pela necessidade que os contratantes têm de imprimir ao contrato uma utilidade social, além de proibir que a avença privada impacte negativamente na sociedade.

Dessa forma, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico das prestações contratuais guardam estreita relação com a função social dos contratos, porquanto são princípios que operacionalizam a promoção dos valores sociais evidentes e indispensáveis.

Ademais, os contratos cujos efeitos têm potencialidade de atingir interesses de terceiros devem sofrer controle à luz da função social do contrato, sobretudo quando esses terceiros afetados não têm a possibilidade de exigir os deveres de prestação contidos no contrato¹⁷⁴.

No que tange à abrangência da função social do contrato, é interessante mencionar a doutrina de Pablo Entería¹⁷⁵. O autor demonstra certa timidez e fragilidade dos aspectos interno e externo da função social do contrato, afirmando que tais concepções restringem demais o conteúdo do princípio, pois em

¹⁷³ Cláudio Godoy, *Função*, cit., p. 123.

¹⁷⁴ Cláudio Godoy, *Função*, cit., p. 146.

¹⁷⁵ *Considerações acerca o atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. In: Maria Celina Bodin de Moraes (coord). *Princípios*, cit., p. 87.

ambos os casos a função social do contrato pode facilmente ser substituída por outros artifícios do sistema¹⁷⁶. Nesse diapasão, expõe que a função social do contrato deve, nos sistemas não causalistas¹⁷⁷ como o brasileiro, aproximar-se da causa objetiva do contrato, consistente na síntese dos efeitos essenciais de cada contrato¹⁷⁸.

O Direito Civil brasileiro não segue a orientação do Código de Napoleão no que diz respeito à causa como elemento de validade dos negócios jurídicos. Em situações excepcionais, a causa é entendida pela lei como um fator de antijuridicidade, mas não há uma exigência causal uniforme para a integridade do plano de validade dos negócios jurídicos.

O modelo francês, entretanto, adotou um conceito subjetivo de causa, aproximando esta da noção de intenção dos contratantes com o negócio que estão a celebrar. Esse entendimento específico de causa em nada se atrela a uma função social, diante da subjetividade do conceito. Contudo, a causa objetiva do negócio, consoante Pablo Entería¹⁷⁹, representa os efeitos possíveis do contrato que está sendo firmado e, nesse sentido, é possível observar uma estreita relação com a função social do contrato.

Dessa maneira, ao entender a similitude entre a causa objetiva como um dos segmentos da função social do contrato é possível afirmar que esta estabelece uma moldura de efeitos possíveis para cada tipo contratual, devendo a autonomia privada ser exercida na circunscrição dessa moldura.

¹⁷⁶ Pablo Entería. *Considerações*, cit., p. 291.

¹⁷⁷ O Direito argentino, por exemplo, é causalista, conforme se depreende do art. 499 do Código Civil que aduz expressamente que não existe obrigação sem causa (*No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles*).

¹⁷⁸ Pablo Entería. *Considerações*, cit., p. 303.

¹⁷⁹ Pablo Entería. *Considerações*, cit., p. 304.

Considera-se essa teoria parcialmente aceitável. Com efeito, é demais vulnerável a delimitação da função social do contrato apenas sob os seus aspectos interno e externo, haja vista que, em ambos os casos, outros princípios poderiam solucionar as questões insurgentes, e a função social do contrato não teria efeito autônomo, desvinculado dos demais princípios chamados sociais dos contratos (mormente a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico dos contratos, que serão abordados no próximo capítulo).

Todavia, não se nutre simpatia pelo resgate da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos. Isso porque a causalidade integrou a fortaleza do paradigma dominante das ciências desde o século XIX, paradigma este que, conforme Boaventura de Sousa Santos, está em crise, e um dos fatores dessa crise é justamente a insuficiência da causalidade para servir como método científico¹⁸⁰. O paradigma insurgente da ciência contemporânea, ainda sob os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, substitui a noção de causa pela de finalidade¹⁸¹.

Nessa senda, o conjunto dos efeitos essenciais muito bem apontado por Pablo Entería relaciona-se à finalidade do contrato e, fazendo coro com o conteúdo levantado pelo autor, está sim relacionado à função social do contrato¹⁸².

¹⁸⁰ *Um discurso*, cit., p. 52. O autor revela que o “declínio da hegemonia da legalidade é concomitante do declínio da hegemonia da causalidade. O questionamento da causalidade nos tempos modernos vem de longe, pelo menos desde David Hume e do positivismo lógico (...) Hoje, a relativização do conceito de causa parte sobretudo do reconhecimento de que o lugar central que ele tem ocupado na ciência moderna se explica menos por razões ontológicas ou metodológicas do que pragmáticas”. (mesma página).

¹⁸¹ Boaventura de Sousa Santos. *Um discurso*, cit., p. 53.

¹⁸² Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que o contrato de seguro saúde tem uma função social que lhe é própria, dada a finalidade contratual:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPLANTE DE STENTS E MARCAPASSO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE PRÓTESES E ÓRTESES. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULAS 75 E 112 DO TJERJ. Recusa da seguradora em cobrir o pagamento de material necessário para realização de cirurgia para implante de stents e marcapasso, sob a alegação de que o contrato não cobriria a colocação de órteses. O consumidor que firma contrato de seguro saúde que inclui cirurgias cardiovasculares não imagina que, embora a intervenção esteja coberta, há material extremamente oneroso e essencial para sua realização que não é abrangido pelo negócio jurídico. Por tais motivos, a mera alusão a próteses e órteses de todo gênero em cláusula limitativa de risco não é suficiente para informar o consumidor idoneamente da inexistência de cobertura, razão pela qual deve essa cláusula ser tida por nula, como impõe o artigo 51, XV, cumulado com o artigo

Aliás, é do mesmo autor a afirmação de que “todo ato de autonomia, portanto, deve se ater aos limites internos traçados pela sua própria finalidade” ¹⁸³.

Há muitas críticas quanto ao enunciado do dispositivo do texto codificado que trata da função social do contrato. Com efeito, o art. 421, CC/2002, estabelece que a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato. Dois pontos merecem discussão: em primeiro lugar — e conforme a diferença aqui demonstrada em tópico anterior —, não é a “liberdade de contratar”, e sim a “liberdade contratual”; ademais, a razão do contrato é a autonomia privada, e a função social um fator limitador a esta autonomia. O direito projetado (PL n° 6960/2002, do deputado Ricardo Fiúza) prevê alteração desse dispositivo para substituir “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”, e eliminar a expressão “em razão”.

Quanto ao equívoco terminológico, é uníssona a doutrina ao compreender que a proposição do art. 421 deve ser interpretada com vistas à liberdade contratual, ou seja, à liberdade de fixar o conteúdo.

Melhor seria, todavia, se o legislador tivesse optado pela expressão “autonomia privada”, cujo bojo, conforme antes explanado, comporta uma concepção mais ampla do que liberdade contratual e tem incidência sobre todos os negócios jurídicos, dos quais o contrato é apenas uma espécie. *De lege ferenda*, é possível concluir, com respaldo em uma interpretação teleológica do dispositivo em comento, que a proteção feita não é apenas às relações contratuais, mas a todas

54, §§ 3º e 4º do CDC. Súmula 112 deste Tribunal de Justiça. A cláusula contratual na qual a apelante fundamenta sua negativa esvazia o contrato de sua função social, visto que o negócio jurídico de seguro saúde visa justamente a conferir tranquilidade ao consumidor, que pode passar a contar com assistência médica de qualidade bem superior à oferecida pela rede pública. Inexistência de dano moral pelo simples descumprimento contratual, afinal, a cirurgia foi prontamente realizada após o deferimento liminar, expedido antes da data marcada para o ato cirúrgico. Não houve conduta que se prestasse a ferir algum direito inerente à personalidade da autora. Incidência da Súmula 75 do TJRJ.Sentença que se confirma. (TJRJ, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível 2007.001.62442, julgado em 11/12/2007).

¹⁸³ Pablo Entería. *Considerações*, cit., p. 296.

que envolvam a autonomia privada enquanto fonte de obrigação. Não se pode, por isso, limitar a abrangência da funcionalização do direito no campo obrigacional aos contratos, que são uma de suas fontes (a principal, mas não a única). Há que se falar, por isso, em uma função social da obrigação.

Com relação à função social do contrato como razão de contratar, entende-se que essa expressão desagrade a melhor técnica jurídica, pois, de fato, o que impulsiona o contrato é a autonomia privada, sendo a função social um limite. No entanto, a ênfase dada à razão pode ser interpretada como a relação da função social do contrato com a finalidade do negócio, ou seja, a síntese dos efeitos essenciais do contrato, porquanto mediante a análise da finalidade contratual e seus efeitos essenciais, o contrato assume regramento não tão livre à auto-regulamentação. Há a interposição de fontes: a autonomia e a heteronomia da vontade (sobretudo no que tangencia os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato), ambas convivendo harmonicamente, fenômeno que a doutrina italiana batizou de *fonti di integrazione contrattuale*¹⁸⁴.

É explícita a ação limitadora da função social do contrato sobre a autonomia privada. O controle dos atos de autonomia leva em consideração os valores sociais objetivos, e é feito tanto no momento da formação do contrato, incidindo no plano da validade contratual para, inclusive, servir de critério identificador de cláusulas abusivas¹⁸⁵, quanto *a posteriori*, recaindo sobre o plano da eficácia, e podendo mesmo modificar os efeitos inicialmente pretendidos para ajustar-se ao modelo funcionalizante.

¹⁸⁴ Frederico do Valle Magalhães Marques. *O princípio contratual da boa-fé: o direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. 25:23 (2002).

¹⁸⁵ A esse respeito, ver a decisão da 3ª turma do STJ, RE 44456.

A relevância da função social, tanto da propriedade quanto dos contratos, é tão notória que o art. 2.035, CC/2002, a elege como norma de ordem pública, autorizada até a retroagir para atingir contratos anteriores à vigência da recente codificação.

Por fim, cumpre asseverar que a função social dos contratos emerge como significativo parâmetro hermenêutico. Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco afirmam, em lição lapidar:

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como a expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção específica da norma, em vez de estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e à doutrina, no apontar de exemplos¹⁸⁶.

¹⁸⁶ *Diretrizes*, cit., p. 160.

4 AUTONOMIA PRIVADA E A TUTELA DA CONFIANÇA

4.1 CONFIANÇA E BOA-FÉ OBJETIVA

O Direito Romano já conhecia, por meio das *iudicia bonae fidei*, a noção de boa-fé utilizada pelos magistrados como um critério de equidade, direcionando os contratantes a honrar com o que fora pactuado, e o magistrado a suprir eventuais lacunas, de acordo com os padrões de comportamento social. Por isso, destaca Nelson Rosendal que os *iudicia bonae fidei* guardam certa similitude com a boa-fé objetiva¹⁸⁷.

Na era Medieval, com o elevado prestígio conferido à palavra dos negociantes pelo Direito Canônico, além de a boa-fé ter se estendido aos pactos informais, ganhou expressão axiológica, vindo a equiparar-se ao justo, conforme os ditames das leis divinas. Na mesma esteira, o jusnaturalismo via na boa-fé um sinônimo de ética nas relações contratuais.

O Código Napoleônico não foi indiferente à boa-fé. O mesmo dispositivo que estabelece a força obrigatória dos contratos (art. 1.134), em sua parte final menciona a boa-fé como um parâmetro que deveriam os contratantes seguir quando da execução do contrato¹⁸⁸, resgatando, pelo menos em parte, a noção de boa-fé do Direito Romano. Contudo, o liberalismo e o voluntarismo que imperavam na época impediram que tal norma ganhasse efetividade, levando a doutrina e a jurisprudência francesas a focar no desenvolvimento da força obrigatória

¹⁸⁷ Dignidade, cit., p. 76.

¹⁸⁸ Art. 1.134. *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi* (grifos nossos).

dos contratos (*pacta sunt servanda*) e no dogma da vontade como fonte absoluta de criação de deveres.

Ainda no final do século XIX, com a elaboração do BGB (1896), a boa-fé objetiva foi novamente alvo de disposição codificada. Com efeito, o § 242, do Código Civil Alemão – BGB, consagrou a boa-fé como verdadeira norma de conduta. Não obstante, assim como ocorreu na França, tal norma não logrou êxito em todas as dimensões que ela poderia lograr, vindo a ser desenvolvida apenas a faceta subjetiva da boa-fé.

Portanto, até o início do século XX, a boa-fé era conhecida apenas pelo seu aspecto subjetivo, ou seja, no querer psicológico dos agentes, na intenção de não causar dano ao outro ou no desconhecimento do vício que obstaculizava a aquisição legítima de um direito. A boa-fé subjetiva, enquanto estado psicológico, foi erigida sob a teoria da aparência, quer dizer, agia de boa-fé aquele que acreditava, conforme padrões de escusabilidade, que estava agindo conforme o Direito.

Na Alemanha pós-I Guerra, a boa-fé encontrou terreno fértil para o desabrochar de um novo conceito, retomando e aprimorando o que já havia sido feito pelos *iudicia bonae fidei* do Direito Romano, com amparo no já aludido § 242, combinado com o § 1.106, ambos do BGB. A jurisprudência alemã, respaldada no binômio *Treu und Galuben*, ou seja, lealdade e confiança, passou a conferir nova plástica à boa-fé, relacionando-a não mais com o psicológico dos contratantes, mas sim com o fato de as suas condutas estarem adequadas com os padrões sociais de comportamento leal e probó. A teoria da aparência cedeu lugar à teoria da confiança, o “estar” de boa-fé é separado do “agir” de boa-fé.

Assim é que nasceu, como filha da solidariedade social, a boa-fé objetiva¹⁸⁹, matizada pela exigência de respeito, colaboração e fidelidade recíprocos. Pela cláusula geral da boa-fé objetiva foi criado um padrão social do bom negociante, indivíduo no qual poderia ser depositada confiança, por apresentar conduta correta, leal e proba, cooperando sempre com a satisfação da obrigação (enfoque finalístico), mostrando-se, pelo ângulo da boa-fé, como uma relação complexa que compreende, para além dos deveres de prestação voluntários, deveres involuntários de conduta.

Aliás, como bem observa André Schreiber, a confiança como diretriz do comportamento intersubjetivo tem se enraizado também em outras ciências, como a sociologia, as ciências políticas e a economia¹⁹⁰.

Larenz aponta que a boa-fé exige que em todo contrato existam duas sortes de deveres: aqueles ajustados pelas partes (deveres de prestação) e outros decorrentes da finalidade objetiva do contrato, dos interesses legítimos dos contratantes e das regras sociais do tráfico (deveres de conduta)¹⁹¹. Também sob o espeque da boa-fé objetiva, Larenz afirma que o juiz deve realizar uma interpretação integradora do contrato, que, diferentemente da interpretação da declaração de vontade, destina-se a analisar objetivamente os fins contratuais e estabelecer um elo

¹⁸⁹ Não se pode confundir boa-fé subjetiva com boa-fé objetiva, nem afirmar que existe uma relação necessária entre os conceitos. Essa diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva é bem trabalhada pela doutrina civilista contemporânea. Por todos, transcreva-se as palavras de Cláudio Godoy, aludindo que “alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé subjetiva e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva)” (*Função*, cit., p. 73).

¹⁹⁰ *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 92-3.

¹⁹¹ *Derecho*, cit., p. 118.

entre eles e os padrões comportamentais socialmente esperados¹⁹². Para Cláudia Lima Marques:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes¹⁹³.

A boa-fé objetiva revolucionou a disciplina jurídica dos contratos, porquanto rompe definitivamente com o voluntarismo como fonte única de obrigações e impõe uma coexistência de fontes de deveres no mesmo vínculo jurídico, sendo um a autonomia privada, e outro a boa-fé objetiva. O papel que desempenhou a boa-fé objetiva, no sentido de insurreição contra o modelo então vigente e a conseqüente crise do contrato, levou a doutrina a chamá-la de *topos subversivo do direito das obrigações*¹⁹⁴.

É oportuno esclarecer que a boa-fé subjetiva não foi eliminada do Direito Civil, nem poderia ser. Ainda há situações em que o exame da boa-fé subjetiva é fundamental, como, por exemplo, na responsabilidade do negociante que se beneficiou de coação praticada por terceiro: a teor do preceituado no art. 155, CC/2002, se ele conhecia ou deveria conhecer o vício, o negócio jurídico é anulável, caso contrário, prestigia-se o negociante de boa-fé e o negócio é mantido, cabendo apenas a responsabilidade civil do coator perante o paciente.

No Brasil, o Código Civil de 1916 conheceu somente a boa-fé subjetiva. Nesse sentido, a boa-fé tinha pouca expressão no direito civil, sendo

¹⁹² *Derecho*, cit., p. 119.

¹⁹³ *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 216.

¹⁹⁴ Expressão cunhada por Teresa Negreiros em seu artigo *O princípio da boa-fé contratual*. In: Maria Celina Bodin de Moraes (org). *Princípios*, cit., p. 226.

relevante apenas em alguns casos específicos, como nos efeitos da posse ou na disciplina dos vícios do negócio jurídico (dolo, coação, fraude contra credores e simulação)¹⁹⁵. A boa-fé objetiva só foi ganhar espaço na legislação pátria quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que trouxe às relações obrigacionais consumeiristas o apelo da solidariedade e colaboração entre fornecedor e consumidor.

A partir de então, a jurisprudência passou a movimentar-se, ainda que timidamente, no sentido da aplicabilidade do princípio nas relações formadas sob a égide do Código Civil então vigente (1916). Uma pesquisa realizada por Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco nos Tribunais Superiores pátrios, revelou que, até 2002, foram fundamentadas pelo princípio da boa-fé objetiva 18 (dezoito) decisões do STJ e nenhuma no STF¹⁹⁶.

Em 2002, finalmente, o princípio da boa-fé objetiva é positivado no art. 422, do Código Civil, sob a forma de cláusula geral irradiante, inobstante estar situada na disciplina dos contratos, a todas as relações jurídicas obrigacionais que tenham o referido Código como fonte direta ou subsidiária, como acontece, por exemplo, nos contratos administrativos.

Curioso notar que desde 1976, Clóvis Couto e Silva, em sua obra *A Obrigação como um Processo*, já introduzia no Brasil as digressões estrangeiras, doutrinárias e jurisprudenciais criadas em torno da boa-fé objetiva, como princípio supremo do direito obrigacional. Demonstrando visão de vanguarda para o direito privado brasileiro da época, Clóvis Couto e Silva, diferenciando os deveres de

¹⁹⁵ Cumpre ressaltar que os vícios nesse momento referenciados estão em conformidade com a legislação do início do século XX. Com efeito, o Código Civil de Beviláqua (1916) desconhecia vícios como a lesão contratual e o estado de perigo, inseridos na codificação em 2002. Além disso, a sistematização dos vícios era diferenciada, e a simulação, hoje classificada como hipótese de invalidade absoluta do negócio jurídico, era, ao lado da fraude contra credores, considerada um vício social.

¹⁹⁶ *Diretrizes*, cit. p. 190.

conduta e os deveres de prestação, leciona que “há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses”¹⁹⁷. Causa estranheza que só depois de quatorze anos a legislação brasileira veio contemplar a boa-fé objetiva por meio do Código de Defesa do Consumidor. Mais estranho ainda é notar que nas relações paritárias de direito civil, esse lapso temporal cresce para vinte e seis anos, com a elaboração do novo Código Civil. Quase três décadas após as profícuas palavras do civilista é que foi pacificado o entendimento de que a boa-fé não é norma supletiva, e sim cogente, é uma cláusula geral que deve informar as relações obrigacionais desde a sua gênese até depois de sua execução, concretizando o projeto constitucional de solidariedade e justiça social.

A boa-fé desponta, então, como uma exigência em todas as fases de existência do contrato, desde as tratativas (fase pré-contratual) até após sua execução, e não mais como mero mecanismo de integração das lacunas. Não há que se negar o caráter interpretativo da boa-fé, pois ele é inafastável. Apenas que a nova sistemática do direito obrigacional brasileiro, e aqui estão incluídos tanto o Código Civil quando o Código de Defesa do Consumidor, implica no reconhecimento ativo e indelével da boa-fé quando da existência de um vínculo jurídico obrigacional¹⁹⁸, de forma que todas as cláusulas contratuais devem ser com ela compatíveis, e as condutas dos sujeitos devem ser por elas guiadas.

Destarte, resta consagrada por Miguel Reale teoria dos modelos jurídicos no atual Código Civil brasileiro. Os modelos jurídicos são estruturas

¹⁹⁷ *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 36.

¹⁹⁸ Para Larenz, a aplicação da boa-fé objetiva não está adstrita somente às relações obrigacionais, encontrando campo de atuação também em outros ramos, até mesmo fora do direito civil. Expõe o autor alemão que *el principio non puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por lo tanto, en el Derecho de cosas, en Derecho procesal y en Derecho público* (Derecho, cit., p. 114).

dinâmicas que oxigenam o sistema, vez que organizados conforme observações do passado, mas com vistas a projeções vindouras, podendo ser permeados com novos valores que surgirão¹⁹⁹. Bem assim é a proposta da boa-fé objetiva, apresentando-se maleável às circunstâncias, costumes e valores de cada situação insurgente. Nelson Rosenvald destaca que “a boa-fé obrigacional se apresentou inicialmente no direito pátrio como modelo dogmático (puramente teórico), para se concretizar como modelo jurídico em face da atividade concretizadora da jurisprudência”.²⁰⁰

Elementos de direito comparado revelam que a boa-fé é uma tendência contemporânea do direito obrigacional no mundo. De forma bem parecida com o Brasil, o Código Civil de Québec, art. 1.375²⁰¹, determina que a boa-fé deverá informar a conduta dos negociantes em todas as fases da obrigação, desde a sua criação até a extinção. O Código Civil português, art. 227.1²⁰², vai mais além e estipula que a boa-fé deve estar presente também durante as tratativas negociais.

O Direito italiano introduz, através do art. 1.175²⁰³ do Código Civil, a noção de “correteza” no comportamento dos negociantes, como um sinônimo de lealdade, de probidade, e estende essa exigência de boa-fé à fase pré-negocial (art. 1.337²⁰⁴).

Na Espanha não há disposição expressa relativa à boa-fé, mas é possível afirmar que ela é um princípio implícito das relações obrigacionais em razão

¹⁹⁹ Judith Martins-Costa. *Diretrizes*, cit., p. 194.

²⁰⁰ *Dignidade*, cit., p. 85.

²⁰¹ 1375. *The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished.*

²⁰² Art. 227.1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

²⁰³ Art. 1.175. *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.*

²⁰⁴ Art. 1.337. *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

dos arts. 1.255²⁰⁵ e 1.256²⁰⁶, ambos do Código Civil espanhol, que aduzem a necessidade de a vontade contratual não ser contrária às leis, à moral e à ordem pública, bem como a invalidade das cláusulas puramente potestativas.

Com relação aos destinatários da boa-fé objetiva, Larenz propõe uma tripartição: a) ao devedor, na medida em que cabe a ele cumprir a obrigação, conforme o espírito com a qual foi criada; b) ao credor, que deve corresponder à confiança nele depositada e colaborar para a satisfação da obrigação; e c) a todos os sujeitos envolvidos, no sentido de atingir à finalidade objetiva com respeito e lealdade recíprocos²⁰⁷.

Insta esclarecer que o art. 422, CC/2002, apesar de ser o dispositivo que trata explicitamente da vertente objetiva da boa-fé, não é o único a ser considerado no estudo global do princípio. É mister realizar uma interpretação sistemática da parte geral com o livro das obrigações para reconhecer que a boa-fé objetiva também está presente no art. 113, que trata da interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé, e no art. 187, que fixa a ilicitude do abuso de direito, determinado conforme a conduta excessiva do titular do direito conforme parâmetros estabelecidos pela boa-fé.

Dessa maneira, seguindo a doutrina alemã, o Código Civil brasileiro confere à boa-fé objetiva uma tríplice função: a função de cânone interpretativo, a função de criação de deveres (*pflichtenbegründende Funktion*) e a função de controle do abuso de direito ou limitação do exercício de direitos subjetivos (*Schranken-bzw Kontrollfunktion*).

²⁰⁵ Art. 1.255 *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

²⁰⁶ Art. 1256 *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

²⁰⁷ *Derecho*, cit., p. 148.

Como se pode observar, a obrigação hodiernamente sofre dois tipos de controle diferentes: um com relação ao seu conteúdo substancial, delimitado pela autonomia privada, e outro incidente sobre os efeitos, moldados a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva. Nessa senda, a autonomia privada é balizada pela exigência da boa-fé, pois nem sempre os efeitos desejados pelas partes serão atingidos, ainda que declarados expressamente. De acordo com Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva desloca o “eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis”²⁰⁸. Cada função da boa-fé objetiva exerce influência na autonomia privada, conforme analisado adiante.

A repartição da boa-fé em funções não é uníssona na doutrina, havendo, portanto, vários critérios classificatórios utilizados por autores diferentes. Judith Martins-Costa classifica as funções da boa-fé em três grupos: a) otimização do comportamento contratual, que envolve tanto os deveres de conduta quanto a interpretação do contrato; b) função de reequilíbrio; e c) função de limite, que corresponde à restrição ao exercício dos direitos subjetivos a fim de evitar o abuso de direito²⁰⁹.

Cláudia Lima Marques, apoiada na doutrina de Jauernig e Vollkommer, classifica as funções da boa-fé em: a) complementação ou concretização da relação, que vê na boa-fé fonte dos deveres anexos; b) controle e limitação das condutas, que diz respeito ao abuso de direito; c) correção e adaptação em caso de mudança de circunstâncias, que trata do reequilíbrio

²⁰⁸ *O princípio*, cit., p. 251.

²⁰⁹ *Diretrizes*, cit., p. 199.

contratual decorrente de onerosidade excessiva; e d) autorização para a decisão por equidade, que corresponde à função interpretativa²¹⁰.

Já Gustavo Tepedino e André Schreiber, sob o espeque dos ensinamentos de Franz Weiacker, lecionam que a boa-fé tem função tríplice, distribuída da seguinte maneira: a) função interpretativa; b) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e c) função criadora de deveres anexos²¹¹.

Esses três exemplos são expressivos para revelar o quão divergente é a identificação das dimensões da boa-fé. Contudo, por mais que as repartições das funções variem conforme o discernimento classificatório de cada autor, é possível verificar caracteres comuns em todos os arranjos apresentados, quais sejam: a) a boa-fé é utilizada como critério hermenêutico; b) a boa-fé é importante ferramenta para a aferição do abuso de direito; c) da boa-fé emanam deveres anexos; e d) a boa-fé regula o equilíbrio econômico do contrato.

Por esta razão, julga-se oportuno propor a sistematização das funções da boa-fé em: a) função interpretativa; b) função de controle do abuso de direito; c) função de criação de deveres anexos e d) função de reequilíbrio do contrato.

4.2. AUTONOMIA PRIVADA E AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

4.2.1 Função interpretativa

²¹⁰ *Contratos*, cit., p. 221-2.

²¹¹ *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35-6.

Seguindo a sistematização do Código Civil, a primeira função que emerge da boa-fé objetiva é a função de cânone interpretativo — também chamada de função *adjuvandi* —, consubstanciada no art. 113²¹² do aludido Diploma.

De acordo com essa função, a boa-fé assume o caráter de *modelo hermenêutico*²¹³, orientando o magistrado a sempre ajustar o conteúdo da declaração de vontade com as exigências plasmadas pela boa-fé e os costumes locais, impedindo que o contrato se torne instrumento de concretização de interesses buliçosos e descompassados com os valores cristalizados pela sociedade.

A propósito da interpretação, na I Jornada de Direito Civil restou entendido, a teor do enunciado n° 27²¹⁴, que, por ser uma cláusula geral, a boa-fé permite sejam permeados valores extras ao Código Civil, como os decorrentes do CDC, de outros estatutos normativos e mesmo aqueles que transcendam o próprio ordenamento jurídico.

É necessário, entretanto, que sejam feitas três observações. A primeira delas se destina a traçar uma linha distintiva entre o que é boa-fé objetiva e o que é equidade. Com efeito, a equidade, em conformidade com o preceituado no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o magistrado deverá sempre se orientar pela equidade, buscando, a cada decisão, atingir o bem comum. Aqui entram juízos valorativos subjetivos do que se entende pelo justo, pela melhor solução ao caso que se apresenta. Isso não ocorre com a boa-fé. Interpretar conforme a boa-fé significa fazer uma leitura das cláusulas contratuais levando em consideração o que

²¹² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²¹³ Gustavo Tepedino e Anderson Screiber. *A boa-fé*, cit., p. 36.

²¹⁴ Enunciado n° 27, I Jornada de Direito Civil: 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.

os padrões sociais do bom negociante, como um sujeito merecedor de confiança, que atua com lealdade e probidade, faria naquela mesma situação, independente de juízos valorativos eventualmente concebidos pelo juiz. Ensina Teresa Negreiros:

O contrato deve ser interpretado sob o pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé, o que significa definir como objetivo do programa contratual, a condicionar a interpretação do contrato, uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda que não consistente com a intenção real de um dos contratantes²¹⁵.

A segunda observação é pertinente à imperatividade da norma em questão. A interpretação, conforme a boa-fé, deve ser tratada como cogente, jamais supletiva. O princípio da boa-fé objetiva figura atualmente como o princípio supremo do direito obrigacional e sua incidência não pode ocorrer somente quando o contrato for lacunoso ou obscuro. Pelo contrário, a boa-fé deve guiar o magistrado para que, capturando a finalidade objetiva do negócio celebrado, possa definir o padrão comportamental exigido aos contratantes. Esse, ressalte-se, foi o entendimento consolidado na I Jornada de Direito Civil pelo enunciado n° 26²¹⁶.

O terceiro ponto a ser examinado é a limitação da atividade judicante quando da interpretação do contrato. É vedado ao juiz extrapolar o conteúdo da declaração de vontade das partes e realizar atividade criativa conforme seus juízos pessoais de valor sobre o contrato em análise. Deve respeitar ao máximo a vontade dos contratantes, sob o risco de o poder de autoregulação, tão importante ao direito privado, ser completamente aniquilado e se instaurar uma ditadura do Poder Judiciário. A autonomia privada merece respeito e tutela jurídica, e a heteronomia só

²¹⁵ *O princípio*, cit., p. 229.

²¹⁶ Enunciado n° 26, I Jornada de Direito Civil: A cláusula geral contida no CC 422 impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento legal dos contratantes.

é legítima com relação a deveres criados pelo próprio sistema normativo, e não pelo juiz.

Nelson Rosendal pondera que o magistrado deve promover uma interpretação eclética, partindo do elemento externo (a declaração de vontade) ao elemento interno (vontade real), primado pela exigência da boa-fé, determinando os contornos do ato de autonomia privada que originou a substância do contrato²¹⁷. Por isso mesmo, “a boa-fé objetiva não é capaz de alterar a substância da obrigação, reinventando o próprio comportamento que deu origem ao negócio jurídico”²¹⁸.

A relevância prática dessa função interpretativa da boa-fé encontra seu ápice no controle das cláusulas abusivas, presentes, sobretudo, nos contratos de adesão, característicos da sociedade contemporânea. Aqui, o choque entre a autonomia privada e a boa-fé revela-se evidente. De nada adianta apor uma cláusula contratual contrária às exigências da boa-fé, pois o magistrado, atento à confiança e lealdade que devem imperar nas relações obrigacionais, deverá reconhecer a nulidade absoluta dessas disposições.

4.2.2 Função de controle do abuso de direito

A segunda função da boa-fé objetiva é a função *corrigendi*, ou função de controle do abuso de direito, ou, ainda, função restritiva do exercício de direitos²¹⁹, fundada no art. 187²²⁰, CC/2002.

²¹⁷ *Dignidade*, cit., p. 90.

²¹⁸ Nelson Rosendal, *Dignidade*, cit., p. 92.

²¹⁹ Anderson Schreiber. *A proibição*, cit., p. 86.

²²⁰ Art. 187. 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.

O abuso de direito sempre existiu na codificação civil brasileira²²¹. A grande inovação reside no fato de hodiernamente ser considerado ato ilícito e ter por parâmetros os ditames da boa-fé objetiva. Em outras palavras, o exercício dos direitos subjetivos decorrentes das relações jurídicas obrigacionais (expressão da autonomia privada) é limitado pela razoabilidade imposta pela boa-fé objetiva, considerando ilícito o excesso que prejudique terceiros, ainda que não intencionalmente.

É assim por causa da tutela da confiança. Abuso de direito significa, na atualidade, quebra da confiança depositada. A confiança aparece como um dos eixos da autonomia privada, de modo que os sujeitos devem agir com lealdade e probidade para preservar a fidúcia mútua. Anderson Schreiber concebe o abuso de direito como um elemento de adequação da autonomia privada com os valores tutelados pelo ordenamento jurídico²²².

A conformação da autonomia privada com a confiança, sob risco objetivo de incorrer em excesso ilícito, representa mudança significativa no tratamento do abuso de direito. Conquanto a jurisprudência viesse reconhecendo o caráter objetivo do abuso de direito, ainda era forte a tradição do Código de Beviláqua de considerar a responsabilidade civil decorrente como subjetiva. Aliás, o próprio Beviláqua ressaltava a culpa contratual fundamental para que ficasse caracterizada a frustração ilegítima dos interesses dos contratantes²²³.

²²¹ O Código de 1916 não definia de forma expressa o abuso de direito. No entanto, o art. 160, I, estipulava que não era abuso de direito o ato praticado por exercício regular do direito. Logo, a *contrario sensu*, o ato praticado fora da regularidade era considerado abuso de direito. Essa irregularidade do exercício (abuso de direito) era averiguada conforme a culpa do titular do direito. Clóvis Beviláqua expunha que *o exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio. Ainda que alguém se julgue prejudicado com isso, nenhuma reparação lhe deve o titular do direito, desde que se manteve dentro da ordem jurídica. Mas desde que alguém, por culpa ou dolo, offender o direito de outrem, rompe com a ordem jurídica, pratica um acto ilícito, deve reparação* (*Theoria geral do direito civil*. Campinas: RED Livros, 1999. p. 358).

²²² *A proibição*, cit., p. 115.

²²³ *Theoria*, cit., p. 363.

Tal concepção não mais prospera com as nuances do abuso de direito traçadas pelo atual Código Civil, que amparado em expressivos movimentos doutrinários e jurisprudenciais, seguiu a linha de modernas codificações²²⁴ e relacionou o exercício abusivo de um direito à boa-fé objetiva.

Cumprir atentar para a distinção entre ato ilícito e abuso de direito. Ambos estão localizados no plano da ilicitude, mas sob fundamentos diferentes. O ato ilícito se forma pela violação expressa do conteúdo normativo, ou seja, extrapola os limites lógico-formais da norma. No abuso de direito, por sua vez, o agente não age em contrariedade com o prescrito pela norma, pelo menos aparentemente, mas se insurge contra os valores tutelados pelo ordenamento, violando limites axiológico-materiais. Nessa senda, ainda que ambos carreguem consigo uma indesejada carga de ilicitude, e por isso devam ser reparados, são categorias distintas, devendo ser reconhecido o caráter autônomo do abuso de direito²²⁵.

Por mais que esse posicionamento não seja pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias, não é mote deste trabalho divagar sobre a natureza jurídica do abuso de direito, mas sim relacioná-lo com a boa-fé objetiva e verificar os reflexos sobre o exercício da autonomia privada. Nelson Rosendal observa que há uma heteronomia na criação do direito, pois a atividade legislativa que elege os valores que não podem ser obstados pela autonomia privada é complementada pela atividade jurisdicional, em que o juiz concretizará a proposta axiológica do

²²⁴ A exemplo do Código Civil português, art. 334 (*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito*) e do Código Civil Suíço, art. 2 (1. *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*; 2. *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*).

²²⁵ Heloísa Carpena. O abuso de direito no código de 2002: relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: Gustavo Tepedino. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 200. p. 381.

ordenamento, avaliando a “proporção entre o exercício do direito e sua repercussão teleológica”²²⁶.

Nesse prisma, é relevante mencionar a teoria dos atos próprios²²⁷ e a teoria do adimplemento substancial.

Em conformidade com a teoria dos atos próprios, o comportamento do titular de um determinado direito é determinante para a condução do negócio jurídico pela outra parte, que sob os auspícios da confiança pode criar expectativas motivadas, ou mesmo recusar-se justificadamente a cumprir um dever pactuado. Fica-se, neste cenário, diante do *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*, duas importantes manifestações do abuso de direito no direito obrigacional.

O *nemo potest venire contra factum proprium* ou, simplesmente, a proibição do comportamento contraditório, veda a frustração de uma expectativa surgida do próprio comportamento do titular do direito que, posteriormente, rompe com a confiança que ele mesmo inspirou e realiza ato completamente incongruente com o inicial. O que é protegida é a “legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”²²⁸.

Em outros termos, agir com lealdade, com boa-fé, é agir de forma retilínea, sem causar surpresas imprevisíveis, considerando um comportamento inicial, e que prejudiquem outrem. É incongruente, por exemplo, um negociante em fase de tratativas sinalizar positivamente a celebração de um contrato, dar todos os indícios de que concluirá a avença e, sem avisar, contratar com pessoa diferente, desistir do pacto, frustrando ilegitimamente as pretensões da outra parte. Essa

²²⁶ *Dignidade*, cit., p. 123.

²²⁷ Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 460.

²²⁸ André Schereiber. *A proibição*, cit., p. 101.

situação é ainda mais agravada quando a outra pessoa, que confiou na lealdade do futuro negociante, realizou despesas com vistas à celebração do contrato²²⁹.

É óbvio que nem todas as hipóteses de comportamento contraditório caracterizam abuso de direito, pois situações há em que a própria legislação autoriza tal comportamento. Porém, também não há que se falar, em tais hipóteses, que o comportamento contraditório frustrou ilegitimamente as expectativas do negociante de boa-fé, pois a incongruência apresentada era expressamente autorizada pela lei.

Assim, a proibição do comportamento contraditório inibe a autonomia privada quando a incongruência exceder os limites impostos pela cláusula geral da boa-fé, levando-se em consideração a tutela da confiança, pois nesse caso o ato de autonomia privada será abusivo e, por isso, eivado de ilicitude. A proibição do *venire contra factum proprium* foi matéria de discussão na IV Jornada de Direito Civil, tendo sido aprovado o enunciado que considera a incongruência ilegítima de comportamento como ato ilícito²³⁰.

Outra manifestação da teoria dos atos próprios é o *tu quoque*, que se revela uma espécie de expressão resumida da frase dita por Júlio Cesar quando de sua morte no Senado Romano, causada por Brutus: *tu quoque Bruti, fili mi?* (até tu, Brutus, meu filho?), e traduz exatamente esse sentimento de surpresa pela

²²⁹ 1. Para que haja abuso de direito, na concepção objectiva, não se exige que o titular do direito tenha consciência de que o seu procedimento é abusivo, basta que tenha a consciência de que, ao exercer o direito, está a exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo seu fim social ou económico, basta que objectivamente esses limites tenham sido excedidos de forma evidente.

2. O abuso de direito na sua vertente de "*venire contra factum proprium*", pressupõe que aquele em quem se confiou viole com a sua conduta os princípios da boa fé e da confiança em que aquele que se sente lesado assentou a sua expectativa relativamente ao comportamento alheio.

3. A proibição da conduta contraditória em face da convicção criada implica que o exercício do direito seja abusivo ou ilegítimo. Impõe, que alguém exerça o seu direito em contradição com a sua conduta anterior em que a outra parte tenha confiado. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo nº 07B1964. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Gil Roque. Data do acórdão: 28/06/2007)

²³⁰ Enunciado nº 362, IV Jornada de Direito Civil: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

“desleal constituição de direitos”²³¹, ou seja, é atentatório à boa-fé e constitui abuso de direito aquele que, sem cumprir com as suas próprias obrigações contratuais, pretende exigir do outro contratante o adimplemento da avença. Como se depreende, a boa-fé objetiva proíbe a duplicidade de comportamentos que possa causar danos a outrem,

Um exemplo do *tu quoque* expressamente contemplado pela codificação civil vigente é a exceção de contrato não cumprido (art. 476), em que o inadimplemento de uma parte nos contratos bilaterais enseja a suspensão dos efeitos contratuais provocada pela outra, até que o pagamento seja ultimado.

Ainda na seara da boa-fé objetiva, como fator determinante ao abuso de direito, a teoria do adimplemento substancial surgida no direito inglês vem ganhando força na doutrina e na jurisprudência, no sentido de coibir que os efeitos integrais do inadimplemento, sobretudo quando está envolvida a perda de um direito real ou a impossibilidade de exercício de algum direito contratual, sejam suportados por aquele que cumpriu substancialmente o contrato, deixando de adimplir uma pequena monta considerando a totalidade da obrigação.

Para Clóvis Couto e Silva, o adimplemento substancial afasta a possibilidade de resolução do contrato, pois o mesmo foi cumprido com fidelidade quase absoluta à finalidade pactuada, garantindo a satisfação da obrigação²³². O inadimplemento do restante do contrato não será, por óbvio, esquecido, pois implicaria em remissão forçada, restando apenas a cobrança do valor remanescente devidamente corrigido, acrescido de juros, cláusula penal (se pactuada) e eventuais perdas e danos (se ficar comprovado o dano).

²³¹ Nelson Rosendal. *Dignidade*, cit., p. 141.

²³² *A obrigação*, cit., p. 56.

Assim, a teoria do adimplemento substancial limita sobremaneira o direito potestativo de resolução contratual, inicialmente admitido pelo exercício da autonomia privada, se (e somente se) o contrato tiver sido cumprido quase que em sua totalidade, como ocorre em casos de alienação fiduciária em garantia ou em contratos de seguro²³³, por exemplo. Em ambos os casos, o devedor que apresentar um pequeno grau de inadimplência diante da totalidade da obrigação, não perderá o bem alienado fiduciariamente ou deixará de receber o prêmio do seguro.

Celso Quintella Aleixo revela que o anteprojeto do Código das Obrigações elaborado por Caio Mário trazia, a exemplo do art. 1.455, do Código Civil Italiano, disposição expressa a respeito do adimplemento substancial, retirando do credor o direito potestativo de resolução contratual quando o inadimplemento fosse mínimo comparado ao que já havia sido pago²³⁴.

Na atual sistemática de direito civil, o adimplemento substancial, ainda que não esteja expresso, é autorizado pela disciplina da boa-fé objetiva, cumprindo com o projeto constitucional de solidariedade e justiça social.

4.2.3 Função de criação de deveres anexos

²³³ O STJ já se manifestou favorável à aplicação da teoria do adimplemento substancial, como se pode depreender da ementa ora colacionada:

SEGURO - INADIMPLENTO DA SEGURADA - FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO - RESOLUÇÃO - A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. (STJ - REsp 76.362-MT - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - J. 11.12.95)

²³⁴ *Pagamento*. In: Gustavo Tepedino (org). *Obrigações*, cit., p. 283.

À boa-fé objetiva é também imputada a criação de deveres anexos, laterais, secundários acessórios ou de conduta, modificando toda a compreensão que antes se tinha da relação jurídica obrigacional.

Com efeito, em contraposição às teorias clássicas da obrigação, que a tinham como uma sujeição do devedor perante o credor, hodiernamente a obrigação é vista como um processo²³⁵, como uma relação jurídica complexa que envolve tanto deveres principais de prestação (objeto da relação, criados por atos de autonomia privada) como deveres acessórios de conduta (decorrentes da boa-fé objetiva, conforme as circunstâncias ou das exigências do tráfico)²³⁶.

A respeito do conteúdo dos deveres de conduta, Larenz explica que eles correspondem às adjacências da prestação propriamente dita, como a forma de execução, a cooperação dos envolvidos (incluindo, por óbvio, o próprio credor) para a consecução da finalidade da obrigação, e o comportamento que cada parte pode esperar de acordo com os padrões sociais de confiança²³⁷.

Judith Martins-Costa propõe um neologismo para a origem dos deveres de conduta, chamando-os de *avoluntaristas*²³⁸, porquanto existirão nas relações obrigacionais por exigência de fonte heterônoma, independente de ato de autonomia privada, muito menos de imposição legislativa expressa²³⁹, pois é a própria boa-fé objetiva que, em cada caso específico, revelará quais os deveres anexos que terão de cumprir os sujeitos envolvidos na relação. Os deveres anexos encontram, pois, na boa-fé objetiva o seu *topos*.

²³⁵ Aliás, ratifica-se o que foi dito anteriormente sobre Clóvis Couto e Silva, que, ainda na década de 70, inspirado pelos estudos de Karl Larenz, já introduzia no Brasil essa visão contemporânea de obrigação.

²³⁶ Karl Larenz. *Derecho*, cit., p. 21.

²³⁷ Karl Larenz. *Derecho*, cit., p. 151.

²³⁸ *A boa-fé*, cit., p. 438.

²³⁹ Há deveres de conduta expressamente positivados na legislação, como, por exemplo, o direito de informação, presente no CDC.

Aliás, esse é um ponto que merece destaque. É bem verdade que, como pontua a doutrina alemã, a boa-fé objetiva cria uma espécie de fila de deveres de conduta (*nebenpflichten*), congregados por uma finalidade comum, de modo a organizar a relação jurídica obrigacional com vistas à satisfação dos interesses das partes envolvidas, consecução do objetivo contratual e conseqüente extinção do vínculo jurídico²⁴⁰. Não obstante, esses deveres não são iguais para todas as relações contratuais.

A boa-fé é uma cláusula geral e, por isso mesmo, tem elevado valor semântico, seu conteúdo é fluído e maleável, adaptável a cada situação nos moldes definidos pelas correspondentes circunstâncias. Por isso, a aplicação da boa-fé ganhará contornos específicos em cada caso analisado e, por via de conseqüência, os deveres de conduta serão em quantidade e qualidade diferenciadas para cada hipótese. Assim, a boa-fé é direcionada pela “ética da situação”²⁴¹, que determina qual será o “pacote” de deveres de conduta existentes em cada relação contratual, e nesse particular, as funções interpretativa e de criação de deveres devem caminhar juntas²⁴².

Os deveres de conduta possuem tanto finalidade positiva, impondo ações como o dever de informar, dever de colaborar com o andamento da obrigação, dever de aconselhamento, quanto finalidade negativa, caracterizados por omissões, tais como o dever de não obstar o cumprimento da obrigação e dever de

²⁴⁰ Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 215.

²⁴¹ Judith Martins-Costa, *Diretrizes*, cit., p. 88.

²⁴² Cumpre esclarecer que a boa-fé é um princípio uno. A divisão em funções é meramente didática, servindo para visualizar melhor a abrangência do princípio. E incontestável que tanto a função de controle de abuso de direito quanto a função de criação de deveres de conduta só são extraídas de cada situação dada a atividade da função interpretativa. Ademais, em algumas das vezes a mesma situação comportará o exercício conjunto das três funções da boa-fé objetiva.

não concorrência, protegendo os contratantes de ingerências ilegítimas sobre seus interesses particulares²⁴³.

Nelson Rosenvald agrupa os deveres de conduta em três classes: deveres de proteção, que visam proteger os sujeitos de possíveis danos ao seu patrimônio e à sua pessoa; os deveres de lealdade, que impõem a cooperação recíproca; e os deveres de esclarecimento²⁴⁴, que servem para garantir que as partes serão devidamente informadas sobre as cláusulas contratuais²⁴⁵.

Importa salientar que a compreensão da obrigação como uma relação jurídica complexa, associada à natureza *avoluntarista* dos deveres anexos, implica em reconhecer que estes têm existência autônoma dos deveres de prestação, e por isso podem existir independente deles²⁴⁶. É possível que na fase pré-contratual, em que inexistente vínculo jurídico obrigacional e, conseqüentemente, não há dever de prestação, já seja notada a presença de deveres de conduta, como, por exemplo, o dever de informação sobre a compra de determinado produto, ou

²⁴³ Nelson Rosenvald. *Dignidade*, cit., p. 103.

²⁴⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PERMUTA DE IMÓVEIS. DEVER DE INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. PERDAS E DANOS. ÔNUS PROBATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J/CPC. APLICAÇÃO. 1. Mostra-se pertinente a rescisão de contrato de permuta de imóveis para que as partes retornem ao estado originário, pois demonstrado o descumprimento de cláusula contratual avençada. 2. Devidamente comprovado o direito da parte de se ver ressarcida pelos gastos despendidos com a reforma do bem imóvel permutado e pagamento de dívida trabalhista anterior ao contrato mediante a colação de notas fiscais e documentos, cabe ao réu demonstrar algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo capaz de neutralizar a pretensão, sob pena de ter que indenizar. 3. Em decorrência da boa-fé objetiva, deve ser observado, dentre outros, o dever de informação, pelo qual o contratante, desde a fase das tratativas até a efetiva execução do contrato, tem a obrigação de informar ao contratado assunto que possa repercutir na tomada de decisão. 4. A multa prevista no art. 475-j do código de processo civil visa acelerar e resguardar a própria decisão judicial, motivo pelo qual escorreita sua aplicação nas sentenças condenatórias por quantia certa ou fixada em liquidação. 5. Recurso desprovido. (TJDF, 3ª Turma Cível, Apelação Cível nº 276049, Relator: Dês. Mario-Zam Belmiro. Publicado no DJU no dia 10/07/2007).

²⁴⁵ *Dignidade*, cit., p. 104-8.

²⁴⁶ Por esse motivo, não se concorda em reconhecer a sinonímia entre expressões “deveres de conduta” e “deveres acessórios”, como fazem alguns autores. O princípio da acessoriedade, princípio geral de direito, estabelece que a sorte dos acessórios seguirá a sorte do principal, relação esta inexistente entre deveres de conduta e deveres de prestação. Aliás, nem mesmo com relação à própria obrigação os deveres de conduta podem ser considerados acessórios, haja vista que situações há em que, mesmo extinta a obrigação, tais deveres permanecem, ensejando a chamada responsabilidade civil *post pactum finitum*.

mesmo o dever de agir conforme a confiança que se estabeleceu entre as partes durante as tratativas, impedindo o comportamento contraditório abusivo²⁴⁷, ensejando a responsabilidade civil pré-contratual baseada na culpa *in contrahendo*.

A responsabilidade civil pré-contratual, portanto, é no direito brasileiro, decorrência lógica da boa-fé objetiva. Em alguns países, porém, essa modalidade de responsabilidade civil é expressamente prevista, como são os casos, já anteriormente mencionados, de Portugal (art. 227, Código Civil) e Itália (art. 1.337, Código Civil).

Também posterior à extinção da obrigação, mesmo desaparecendo os deveres de prestação, alguns deveres de conduta podem continuar a subsistir. Imagine o exemplo de rescisão bilateral de um contrato de locação em que o inquilino, mesmo tendo assinado o distrato, precisa apresentar os comprovantes de pagamento das taxas condominiais (dever de colaboração). Trata-se de hipótese de responsabilidade civil *post pactum finitum*, que, ao lado da responsabilidade civil pré-contratual, só podem ser concebidas partindo da premissa de que a relação jurídica obrigacional é um processo que envolve os deveres de prestação e de conduta, igualmente importantes para a plena satisfação da obrigação.

4.2.4 Função de reequilíbrio do contrato

O princípio da força obrigatória dos contratos preconiza, como já verificado, que os atos de autonomia privada, por serem de livre realização pelos sujeitos, são a eles vinculados, devendo a declaração de vontade que ensejou a

²⁴⁷ Ressalte-se, mais uma vez, a unicidade do princípio da boa-fé objetiva e a complementariedade de suas funções.

formação do vínculo obrigacional ser rigorosamente cumprida pelos contratantes. Essa visão absoluta é incompatível com o dirigismo contratual presente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Com efeito, para conter os excessos do liberalismo clássico, o Estado se viu obrigado a intervir na atividade econômica, em atendimento à justiça distributiva e à solidariedade. O resultado dessa intervenção foi a relativização do princípio da *pacta sunt servanda* que não deixa de existir, mas encontra fortes barreiras sempre que sua aplicação redundar em atentado contra a boa-fé objetiva e direitos personalíssimos.

A noção de manutenção do equilíbrio econômico do contrato é bastante antiga. Bem assim, a Lei 48, do Código de Hamurabi, dispunha que

se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano²⁴⁸.

Posteriormente, no Direito Medieval, foi consagrada a cláusula *rebus sic stantibus*, que estipulava, por imperativo da própria equidade, que a subsistência de uma relação contratual estaria na dependência de persistirem as circunstâncias existentes no momento da conclusão do contrato.

Não causa estranheza que o Código Napoleão, por adotar o dogma da vontade como absoluto, não tenha contemplado a possibilidade de fragilização da força obrigatória dos contratos diante de seu desequilíbrio econômico. Aliás, nem o BGB previu tal possibilidade, rumando o Código Civil de 1916 no mesmo caminho.

²⁴⁸ *Código de Hamurabi*. Disponível em: <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>. Consulta em 15 jun. 2006.

Somente com o colapso da economia mundial, ocorrido após a I Guerra, é que foi resgatado o liame entre a *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico dos contratos.

O princípio do equilíbrio econômico dos contratos encontrou previsão expressa no Brasil pela primeira vez no CDC, art. 4º. Pode-se entender o equilíbrio econômico dos contratos como uma tradução da igualdade substancial em matéria contratual. Com efeito, todo contrato deve manter equivalência, proporcionalidade entre as prestações, de modo que os sujeitos envolvidos não fiquem obrigados a suportar prestação manifestamente desvantajosa. O Código Civil de 2002 não contém disposição expressa a respeito do equilíbrio econômico dos contratos, mas, como afirmado anteriormente, tal equilíbrio é exigência dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

É óbvio que o dirigismo contratual não intervirá a ponto de corrigir toda e qualquer situação de desequilíbrio, haja vista que o sujeito recebe do ordenamento o poder de autoregular os seus próprios interesses e, mediante os atos de autonomia privada pode, a princípio, celebrar seus negócios como lhe aprouver.

O que ocorre é uma ponderação que sempre deve existir entre a autonomia privada e os demais valores contemplados pelo ordenamento. Se o desequilíbrio econômico apresentado pelo contrato não estiver em desacordo com a boa-fé objetiva, nem violar direitos personalíssimos, não há que se falar em revisão, resolução, muito menos em invalidade do contrato, devendo ser respeitada a autonomia privada dos negociantes²⁴⁹.

²⁴⁹ Reiterando, nas relações privadas é observada uma prevalência *prima facie* da autonomia privada.

Todavia, se esse desequilíbrio for decorrente de uma posição jurídica de inferioridade²⁵⁰ de uma das partes, ou mesmo por conta de fator superveniente e imprevisível, aí sim a boa-fé objetiva possui o condão de reestruturar o programa contratual, seja através da invalidade da cláusula viciada, da revisão contratual ou, em situações mais extremas, em resolução, restando relativizada a *pacta sunt servanda*.

O desequilíbrio contratual decorre de causas concomitantes à formação da avença ou posterior a ela. O desequilíbrio concomitante pode ensejar a lesão contratual. No Brasil, a lesão foi inicialmente positivada no CDC como causa de invalidade ou revisão do contrato. Raquel Bellini de Oliveira Salles atenta para o fato de a legislação consumeirista ter adotado uma visão puramente objetiva da lesão contratual, considerando lesionado o contrato que apresentar situação excessivamente desvantajosa ao consumidor, considerando caracteres circunstanciais como a natureza e o conteúdo do contrato²⁵¹.

No direito civil, a lesão contratual foi inicialmente introduzida pela jurisprudência, em analogia ao instituto equivalente no CDC. O Código Civil de 2002 contemplou a lesão como vício do negócio jurídico no art. 157²⁵², prevendo, para que reste caracterizada, dois requisitos: um de natureza subjetiva, que identifica a posição de desigualdade entre os contratantes, que deve estar em premente necessidade ou ser inexperiente; e outro, de natureza objetiva, que é a desvantagem desarrazoada que o sujeito em situação de inferioridade naquelas circunstâncias

²⁵⁰ Não se faz aqui referência às tensões decorrentes das relações de poder entre os sujeitos de direito privado aludidas no Capítulo 2 desta dissertação. A inferioridade mencionada corresponde à posição jurídica de desigualdade caracterizadora da lesão contratual.

²⁵¹ O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no código de defesa do consumidor: para um cotejo com o código civil. In: Gustavo Tepedino (org). *Obrigações*, cit., p. 317-8.

²⁵² Art. 157. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

acaba se submetendo. A caracterização da lesão prescinde da culpa, pois incide sobre a situação o princípio da boa-fé objetiva²⁵³.

É de se notar que a diferença entre a disciplina no CDC e o CC/2002 é gritante. Isso porque o direito civil deve, sempre que possível, prestigiar os atos de autonomia privada e conferir aos contratos força obrigatória, sob risco de abalar a segurança jurídica. A autonomia privada impera até que colida com outra força, de igual importância para a manutenção da ordem sistêmica, momento em que se faz necessária a ponderação dos interesses em jogo.

No caso da lesão, é fundamental que a pessoa lesada esteja em posição inicial de desigualdade, pois dessa forma, na colisão entre a autonomia privada e a igualdade substancial, este último princípio é o que melhor resguarda a dignidade humana e a solidariedade social. Se o sujeito, sem ser inexperiente e sem estar em premente necessidade, se obrigar à prestação manifestamente desvantajosa, a autonomia privada é que deve prevalecer, eis que a obrigação foi formada conscientemente, sem qualquer tipo de mácula, e por isso deve ser cumprida.

Importa salientar que o §2º do art. 157 prevê que o negócio será mantido caso o sujeito que se aproveitou da lesão se ofereça a reequilibrar o contrato. Em virtude do princípio da conservação dos negócios jurídicos, os juristas da III Jornada de Direito Civil aprovaram enunciado²⁵⁴ que determina que o juiz, ao examinar a lesão, engendrará esforços para tentar reequilibrar o contrato, sendo a

²⁵³ Não é necessário que esteja presente o chamado dolo de aproveitamento para que reste configurada a lesão.

²⁵⁴ Enunciado nº 149. – Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.

invalidade a solução tomada em último caso. Essa é outra forma de tentar preservar ao máximo os atos de autonomia privada.

Com relação ao desequilíbrio superveniente, o Código Civil de 2002 previu duas hipóteses: a) a revisão obrigacional do art. 317²⁵⁵ e b) a resolução por onerosidade excessiva do art. 478²⁵⁶. Ambas as hipóteses têm a mesma justificativa, diferenciando-se no que concerne à solução alcançada, pois a teor do art. 317, o juiz deverá manter o contrato após promover os ajustes necessários, ao passo que pelo art. 478, diante da impossibilidade de revisão, o contrato será resolvido.

Gabriela Tabet destaca que várias teorias surgiram para tentar justificar a mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos pelo desequilíbrio contratual superveniente. As teorias fundadas na imprevisão ganharam vários adeptos, tais como Windscheid, com a teoria da pressuposição, Guiseppe Osti, com a teoria da vontade marginal e Achille Giovene, com a teoria do erro²⁵⁷.

Karl Larenz desenvolveu a teoria da base do negócio jurídico. Para o jurista alemão, todo negócio é celebrado por ocasião de circunstâncias gerais, sem as quais talvez não brotasse nos sujeitos a intenção de se unir em um vínculo jurídico²⁵⁸. Tais circunstâncias compõem as bases do negócio jurídico, que podem ser de natureza subjetiva e de natureza objetiva. A base subjetiva compreende tanto os interesses que orientaram os contratantes a celebrar a avença e formaram o

²⁵⁵ 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.

²⁵⁶ Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e 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.

²⁵⁷ Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: Gustavo Tepedino. *Obrigações*, cit., p. 343.

²⁵⁸ *Derecho*, cit., p. 314.

conteúdo da declaração de vontade, quanto as expectativas futuras que motivaram a celebração do negócio²⁵⁹.

A base objetiva do negócio é composta por circunstâncias que não estão relacionadas ao subjetivismo das partes, mas que influenciam sobremaneira a finalidade do contrato, tais como a conservação do valor da moeda ou a manutenção das normas cogentes que regem o contrato (como, por exemplo, alíquota de imposto ou autorização legal para a utilização de um bem sobre o qual incida disposição contratual)²⁶⁰. Se tais circunstâncias desaparecem, a base objetiva do negócio é rompida e as consequências jurídicas podem acarretar em desproporção entre as prestações, ou mesmo na impossibilidade de se atingir a finalidade contratual²⁶¹. Dessa forma, a força obrigatória do contrato só prevalecerá diante da manutenção da base objetiva do negócio jurídico no momento do adimplemento da obrigação, pois, do contrário, o contrato poderá ser revisto ou resolvido.

O direito português adota a teoria da base objetiva do negócio jurídico e prevê a possibilidade de resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias nos contratos comutativos, sempre quando tal alteração enseje uma desproporção manifesta entre as prestações, consoante o critério da boa-fé²⁶².

Na Itália foi adotada a teoria da onerosidade excessiva, de modo que o art. 1.467²⁶³ do Código Civil italiano contempla a possibilidade de resolução quando, por fatores imprevisíveis, extraordinários e supervenientes à formação de

²⁵⁹ Karl Larenz, *Derecho*, cit., p. 314-5.

²⁶⁰ Karl Larenz, *Derecho*, cit., p. 316.

²⁶¹ Karl Larenz, *Derecho*, cit., p. 318.

²⁶² 252.2 do Código Civil português: se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

²⁶³ *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.*

um contrato duradouro, a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa.

Cláudia Lima Marques, utilizando os deveres anexos, informa que em todo contrato oneroso, um dos deveres de conduta decorrentes do dever geral de cooperação é o dever de renegociação, que se fará presente quando a base objetiva do negócio jurídico for rompida²⁶⁴.

Maria Helena Diniz esclarece que nos contratos duradouros, a cláusula *rebus sic stantibus* está implícita, possibilitando a resolução do contrato, desde que atendidos os seguintes requisitos: a) o contrato deve ser comutativo e de execução diferida ou continuada; b) alteração radical das circunstâncias econômicas causada (a alteração) por fatores imprevisíveis e extraordinários que acarretem em onerosidade excessiva²⁶⁵.

Novamente, o princípio da conservação dos negócios jurídicos incidirá para priorizar a correção judicial do contrato (art. 317)²⁶⁶ e, somente quando esta não for possível, o contrato será resolvido (art. 478).

Como se vê, também nas hipóteses de desequilíbrio superveniente, a autonomia privada é alvo de ponderação e poderá ter sua força suavizada. A boa-fé, aqui, é o vetor que direciona o juiz para analisar, dentre as forças em conflito, qual deve prevalecer para melhor proteger a dignidade humana²⁶⁷.

²⁶⁴ *Contratos*, cit., p. 236.

²⁶⁵ *Código*, cit., p. 396.

²⁶⁶ Enunciado nº 176, III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

²⁶⁷ O STJ já reconheceu a relação entre a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Em decisão sobre contrato de compra e venda de safra futura a preço certo, o vetor da boa-fé direcionou o Superior Tribunal de Justiça a afastar a incidência da revisão contratual por conta da previsibilidade da alteração do valor do produto quando da revenda da mercadoria pelo comprador. Segue a ementa: DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA.

4.3 O PERIGO DA BANALIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé objetiva é, na contemporaneidade, o princípio mais estudado pelos privatistas em sede do direito das obrigações. Com advento do CDC em 1990, e posteriormente do Código Civil em 2002, os Tribunais brasileiros passaram a utilizar a boa-fé objetiva como o lugar comum das decisões que envolvem querelas contratuais, o que demonstra significativo avanço na concretização dos valores contemplados pelo ordenamento nacional.

Contudo, a aplicação da boa-fé objetiva não pode ser feita indiscriminadamente, sob o risco de ser banalizado o princípio e, conseqüentemente, esvaziado o seu conteúdo. Não é papel da lei, definir os parâmetros da boa-fé, mesmo porque ela foi inserida como uma cláusula geral, e as cláusulas gerais caracterizam-se por sua flexibilidade. Não descrevem com minúcias nem fornecem parâmetros rígidos para a delimitação da hipótese de incidência normativa — elas

-
- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.
 - Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio — motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário — porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.
 - O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.
 - A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.
 - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. (RE 2005/0205857-0, julgado em 28/06/2007)

apresentam as diretrizes a serem seguidas, orientam o aplicador do Direito no momento da ponderação dos bens jurídicos envolvidos na situação material em exame. Dessa forma, as cláusulas gerais abrem o sistema de Direito Civil às mudanças sócio-culturais e possibilitam que o Código mantenha sua eficácia, evoluindo conforme a marcha social e sobrevivendo à força do tempo. Evita a hemorragia legislativa, já que as normas fechadas e circunstanciadas fatalmente atingirão a defasagem.

É justamente aí que se engranza o virtuoso trabalho que a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo no sentido de delimitar os contornos da boa-fé objetiva, pois a sua aplicação desarrazoada, além dar ao princípio um perigoso ar de futilidade, pode acabar aniquilando a autonomia privada.

Deve sim ser reconhecida a relevância da boa-fé para as relações obrigacionais, mas isso não significa que toda e qualquer decisão deve ter por fundamento direto a boa-fé. Alargar demais o conteúdo da boa-fé significa dar-lhe significado algum, pois se confunde com o próprio ordenamento. Nesse sentido, André Schreiber aduz que:

Com esta expressão, superutilização da boa-fé objetiva, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções²⁶⁸.

Fenômeno bastante semelhante ocorreu com a dignidade humana. A tradição política ditatorial do Brasil causou impactos negativos tão grandes na experiência jurídica que quando, finalmente, a dignidade humana ocupou o epicentro do ordenamento, o princípio foi supervalorizado e, por isso, em muitas decisões ele foi utilizado de forma frívola ou serviu de fundamento para decisões que instauravam

²⁶⁸ A proibição, cit, p. 121.

uma indesejada insegurança jurídica. A esse respeito, Ana Paula de Barcellos observa que a fase atual da maturidade jurídica, no que concerne à dignidade humana, corresponde ao “retorno do pêndulo”²⁶⁹. A autora faz uma alusão ao movimento pendular para demonstrar que em quase duas décadas de existência da Constituição, de um estágio de insegurança com relação aos direitos inerentes à dignidade humana por causa da inexistência de proteção constitucional, se passou diretamente a uma fase em que apesar de tamanha supervalorização da dignidade humana a insegurança ainda existia, e agora a tendência é que seja encontrado um meio-termo estável e seguro.

Por isso é que se sustenta a defesa de que a boa-fé objetiva, por ser um conceito fluido que se amolda às exigências de cada situação específica, deve ser aplicada após cautelosa ponderação entre os interesses envolvidos. Supervalorizar a boa-fé conduz à inelutável fulminação da autonomia privada. Boa-fé e autonomia privada não precisam estar em sentidos diametralmente opostos, de modo que proteger um signifique eliminar o outro. Pelo contrário, boa-fé e autonomia privada são conceitos que devem se complementar, devem ter a mesma força dentro do sistema de direito privado, um sopesando o outro nas circunstâncias peculiares a cada situação material.

²⁶⁹ Retrospectiva do Direito constitucional. In: *Revista de Direito do Estado*. 5:5 (2007).

CONCLUSÃO

Conforme inicialmente proposto, este trabalho analisou os novos limites à autonomia privada impostos pelo ordenamento jurídico então vigente. No decurso da pesquisa foi possível perceber a profunda complexidade do tema, que divide e suscita muitas opiniões, em níveis doutrinário e jurisprudencial.

Compreender os contornos atuais da autonomia privada é basilar ao manejo do Direito Civil, que comporta a finalidade de promoção da personalidade nas relações entre privados. Não obstante, a relativização da autonomia privada não pode significar o esvaziamento de seu conteúdo. Pelo contrário, por mais paradoxal que inicialmente pareça, esses limites visam ao fortalecimento da autonomia privada, na medida em que adaptam o poder de auto-regulamentação a uma sociedade organizada por uma Constituição que institui um Estado que objetiva a solidariedade e se fundamenta na dignidade humana. Em outras palavras, os novos limites à autonomia privada propiciam um ambiente substancialmente seguro para que a autodeterminação dos sujeitos seja feita livre de máculas.

No que toca à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pelo estudo realizado ficou patente que a eficácia direta, apesar de ser a teoria mais adequada ao modelo constitucional brasileiro, vem sendo utilizada de maneira indiscriminada pela jurisprudência brasileira, desvirtuando em alguns casos a autonomia privada.

Com relação à boa-fé objetiva, a jurisprudência também tem se mostrado titubeante quando da apuração de seu conteúdo, incorrendo em um sério risco de banalização desse princípio tão importante para as relações obrigacionais.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que o direito civil brasileiro, em comparação com os demais sistemas de direito positivo existentes no mundo, está bastante avançado no que toca à promoção da dignidade humana no âmbito das relações privadas, com destaque feito ao tratamento ímpar dispensado à conclamada função social do contrato. Entretanto, ainda há muito que ser aprimorado para que a aplicação desses limites não redunde em exageros e conseqüente afronta à autonomia privada.

Ao final da verificação e avaliação dos aspectos e questões conflitantes que norteiam o tema objeto desta discussão, foi possível vislumbrar as considerações de efeito conclusivo aqui relatadas, esperando ter atingido o mister almejado de contribuir para a fixação dos contornos da autonomia privada no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mário. **Código civil anotado**: inovações comentadas artigo por artigo. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDORNO, Roberto. The paradoxal notion of human dignity. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Serie V, anno LXXVIII. N. 2 (Aprile/Giugno 2001).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ARRONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**. Informação e documentação – Referências – Elaboração. 2007.

_____. **NBR 10520**. Informação e documentação – Apresentação de citações em documentos: Regras gerais. 2007.

_____. **NBR 14724**. Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação: Informações pré-textuais – Informações textuais – Informações pós-textuais – Formas de apresentação. 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica de dignidade da pessoa humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. V. 9. (jan./mar. 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

BAKER, Paul (coord.). **Living as equals**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Retrospectiva do Direito constitucional. In: **Revista de Direito do Estado**. V. 5. Jan./Mar. 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2007.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTAN, José Neuran. **Propriedade privada e função social**. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. V. III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

_____. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: RED livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos de personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANDÃO, Adelino. **Os direitos humanos**: antologia de textos históricos. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cpc_L5869.pdf. Acesso em: 05 jul. 2007

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, Brasília: 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988 – 1998**: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coords). **Direito civil**: direito patrimonial, direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASTAÑO, Sergio Raúl. Individualismo y estado mundial: esbozo de lãs premisas del modelo kantiano. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Serie V, anno LXXVIII. N. 3 (Luglio/Settembre 2001).

CHENAUX, Jean-Luc. **Le droit de la personnalité face aux médias internationaux: étude de droit international privé comparé**. Genève: Librairie Droz, 1990.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito das obrigações**. 2. volume. Coimbra: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Coimbra, 1980.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. **O discurso da propriedade como relação jurídica complexa: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código civil anotado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKING, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1998.

FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.

FIÚZA, Ricardo (coord). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Restrição a direitos fundamentais**: questão da interceptação de e-mail e a questão da reserva de jurisdição. *Panóptica*, Ano 1, n. 8, maio-junho 2007. Disponível em: http://www.panoptica.org/maio_junho2007/N.8_010_FreireJunior.p.213-226.pdf. Acesso em 13/10/2007.

FRIEDE, Reis. **Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Maria. **Os limites da ciência**: dignidade da pessoa humana e ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia**: conceitos de filosofia. Fortaleza: Casa de José de Alencar – Programa Editorial, 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARBEMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions o a discourse of law and democracy. Translated by William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 2001.

HART, H.L.A. **The concept of law**. New York: Oxford University Press, 1997.

HORA, Dinair Leal da. **Formatação e Normatização de Trabalhos Monográficos**. Belém: UNAMA, 2002.

IRTI, Natalino. **La edad de la decodificación**. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

IUDICA, Giovanni e ZATTI, Paolo. **Linguaggio e regole del diritto privato**: nuovo manuale per i corsi universitari. 6. ed. Milani: CEDAM, 2005.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamento da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Momento Atual, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

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

_____. **Derecho de las obligaciones**. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. V. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOTUFO, Renan. **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1983.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. Madrid: Dykinson, 2005.

_____. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez (coord). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. O princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. V. 25 (jan./mar. 2006). Rio de Janeiro: Padma, 2006.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Revista ibero-americana de direito público**. Ano III, n. 9 (jan./mar. 2003). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Temas e idéias, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais**: conflitos e soluções. Niterói: Labor Juris, 2000.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função do direito privado**: no atual momento histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OESTREICH, Gerhard. **Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali**. 4. ed. Roma: Laterza, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Luglio: Jovene, 1972.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Manuale di diritto civile**. 6. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 2007.

PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Trad. Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Diretos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1996.

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA (São Paulo/SP). **Resolução da Comissão Geral de Pós-Graduação nº 02**. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.pucsp.br/pos/>. Consulta em 20 mar.2008.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Visão geral do código civil. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: AMB, 1. sem. 2001.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. V. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel Sarmento. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

SCHREIBER, André. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à ciência do direito**. 6. ed. Belém: CEJUP, 1994.

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

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Os direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito constitucional brasileiro concretizado: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas**. São Paulo: Método, 2006.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Diálogos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código civil interpretado**: à luz da constituição federal. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Consulta em 28 abr. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.