

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Igor Andrei Cezne

**IGUALDADE CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO: NOVA
RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA PELO PRISMA CONSTITUCIONAL**

Santa Cruz do Sul (RS)/Sevilla (Espanha), janeiro de 2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Igor Andrei Cezne

**IGUALDADE CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO: NOVA
RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA PELO PRISMA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Santa Cruz do Sul (RS)/Sevilla (Espanha), janeiro de 2008

Mais uma vez e sempre, à Graziela.

Agradeço...

***Ao meu orientador, professor Jorge, pela confiança em mim depositada.
Aos meus colegas de escritórios, por assumirem a “bronca” quando da minha
ausência.***

***Às minhas amigas, colegas e secretárias, Andressa e Adriane, pelos precisos
agendamentos, sem os quais, certamente estaria perdido.***

***Ao meu grande amigo Jair, pelas imprescindíveis leituras e sugestões.
Ao meu pai Vinicio, pelo ininterrupto incentivo, desde que dei meu primeiro
suspiro.***

***E especialmente à Graziela, pelo incondicionável apóio e compreensão em
todos os momentos da nossa vida.***

Todo Cambia

*Cambia lo superficial
cambia también lo profundo
cambia el modo de pensar
cambia todo en este mundo*

*Cambia el clima con los años
cambia el pastor su rebaño
y así como todo cambia
que yo cambie no es extraño*

*Cambia el mas fino brillante
de mano en mano su brillo
cambia el nido el pajarillo
cambia el sentir un amante*

*Cambia el rumbo el caminante
aunque esto le cause daño
y así como todo cambia
que yo cambie no extraño*

Cambia todo cambia

*Cambia el sol en su carrera
cuando la noche subsiste
cambia la planta y se viste
de verde en la primavera*

*Cambia el pelaje la fiera
Cambia el cabello el anciano
y así como todo cambia
que yo cambie no es extraño*

*Pero no cambia mi amor
por mas lejos que me encuentre
ni el recuerdo ni el dolor
de mi pueblo y de mi gente*

*Lo que cambió ayer
tendrá que cambiar mañana
así como cambio yo
en esta tierra lejana*

Cambia todo cambia

Pero no cambia mi amor...

Mercedes Sosa

RESUMO

O trabalho versa a reinterpretação da igualdade material nos contratos, a partir da noção dos fins do Estado Democrático de Direito. Partindo da verificação histórica da igualdade, ligada ao racionalismo, salienta a necessidade de serem superadas idéias liberais e, portanto, descomprometidas com a realidade, porque mantenedoras do *status quo*. Com o advento da Constituição Federal, marco delineador de novos paradigmas e esteio da noção de dignidade humana como elemento de justificação do próprio Estado, o trabalho sustenta a eficácia de tais normas nas relações entre particulares como meio para a concretização de outra racionalidade, privilegiando a pessoa pelo ser e não pelo ter. Por essa nova hermenêutica, lastreada na teoria dos princípios (que adquirem força normativa), amplia-se o campo de aplicação de normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, completando o sistema jurídico. Assim, mesmo que o Código Civil de 2002, já sob os influxos da nova ordem constitucional, tenha sido omissos acerca da possível desigualdade entre as partes contratantes, a referência ao Código Consumerista permite tornar móvel e dinâmica a intervenção do Estado para preservar a igualdade entre os contratantes, fazendo prevalecer, assim, o conceito de dignidade (ao qual está ligado aquele outro, o da igualdade – não meramente formal, mas material). O trabalho conclui, então, que o conceito de igualdade em tal aspecto (material) depende da efetiva vulnerabilidade do contratante, a ser verificada no caso concreto, sem cair, todavia, num decisionismo ou num relativismo (afastados pela condição última de legitimação do ato estatal: a motivação da decisão judicial).

Palavras chave: Hermenêutica contratual, igualdade, Constitucionalização do Direito Privado.

RIASSUNTO

Il lavoro tratta di una nuova interpretazione dell'uguaglianza dei contratti, basata sulla nozione dei fini dello Stato Democratico di Diritto. Partendo dalla verifica storica dell'uguaglianza, legata al razionalismo, salienta la necessità di che siano superate le idee liberali e, pertanto, non compromesse con la realtà, giacché mantentrici dello status quo. Con l'avvento della Costituzione Federale, segno delineatore di nuovi paradigmi e base della nozione di dignità umana come elemento di giustificazione del proprio Stato, il lavoro sostiene l'efficacia di tali norme nelle relazioni fra privati come mezzo per la concretizzazione di altra razionalità, privilegiando la persona per l'essere e non per l'avere. Per questa nuova ermeneutica, basata sulla teoria dei principi (che acquistano forza normativa), si amplia il campo di applicazione delle norme contenute nel Codice di Difesa del Consumatore, completando il sistema giuridico. Così, anche se il Codice Civile del 2002, già sotto gli influssi del nuovo ordine costituzionale, sia stato omesso sulla possibile disuguaglianza fra le parti contrattanti, facendo prevalere così il concetto di dignità (al quale è legato l'altro, quello dell'uguaglianza – non semplicemente formale, ma materiale). Il lavoro conclude allora: il concetto di uguaglianza in tale aspetto (materiale) dipende dell'effettiva vulnerabilità del contrattante, da essere verificata nel caso concreto, senza cadere, comunque, in un decisionismo o in un relativismo (allontanati per la condizione ultima della legittimazione dell'atto statale, cioè la motivazione della decisione giudiziale).

Parole chiavi: Ermeneutica contrattuale, uguaglianza, Costituzionalizzazione del Diritto Privato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 ESTADO, CONTRATO E CODIFICAÇÃO: DIAGNÓSTICO DE UMA CRISE.....	12
1.1 Crise do Estado.....	13
1.2 Crise da noção do contrato.....	19
1.3 Crise das fontes normativas.....	25
1.4 A exaustão do modelo tradicional e a necessidade de outros paradigmas.....	35
2 NOVA RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA.....	38
2.1 A tarefa hermenêutica.....	38
2.2 A “virada de Copérnico”.....	45
2.3 Entre princípios e regras.....	48
2.4 Normas constitucionais e relações privadas.....	59
3 INFLUXOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE EM MATÉRIA CONTRATUAL.....	85
3.1 A igualdade como direito fundamental.....	85
3.2 Igualdade material em contratos tipicamente de consumo: não- necessária incidência do Código de Defesa do Consumidor	91
3.3 Igualdade material em outros contratos: a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor.....	101
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

No âmbito das relações contratuais, o modelo tradicional, calcado no paradigma patrimonialista ínsito às legislações oitocentistas, vive seu ocaso. O espaço privado, protegido pelo Estado Liberal para a livre e soberana disposição de vontade dos contratantes (*pacta sunt servanda*), cede terreno para um modelo contratual que busca a recuperação do *logos* humano, centro e justificativa do sistema jurídico.

Nesse sentido, no Brasil, o verdadeiro divisor de águas ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, ao erigir, como valores principais exigidos do Estado, agora considerado Estado Democrático de Direito, a dignidade humana (artigo 1º, III) e o solidarismo (artigo 3º, I), e, como direito fundamental, a igualdade material (artigo 5º). Assim, todos os setores do ordenamento (inclusive, e principalmente, aqueles tradicionais) devem passar a ser vistos pela ótica constitucionalizante.

Para interpretar as posições subjetivas em qualquer contrato, não basta a observância às normas ordinárias; é necessário estabelecer juízo de adequação aos valores e princípios incorporados pela ordem constitucional, notadamente a isonomia. Nessa nova racionalidade hermenêutica, o homem ganha outro *status*, pelo qual são reconhecidas as diferenças materiais, e a sua dignidade passa a ser objeto de proteção do sistema, inclusive em relação aos contratos.

A questão está em saber em que medida e de que forma os ditames constitucionais, especificamente o direito fundamental à igualdade, têm eficácia nas relações entre particulares, assegurando mobilidade ao Direito, redimensionando o valor da segurança e construindo um sistema mais sensível à realidade e aos problemas sociais. Nessa senda, o contrato deixa de ser um instrumento puro e

simples de troca de riquezas, para voltar-se à promoção da dignidade humana, pressuposto da igualdade material e não meramente formal. Como consequência, liberta-se dos grilhões da manutenção e da reprodução acrítica da manualística tradicional sobre a matéria, debelando a docilidade do adestramento provocado por autores descomprometidos com a mudança.

Nesse contexto, o presente trabalho busca identificar a importância e as consequências da eficácia do princípio da igualdade material nas relações contratuais entre particulares, calhando a pergunta: como é possível, na prática, substituir a racionalidade tradicional das posições subjetivas nos contratos, por outra hermenêutica, esta sim comprometida com a dignidade humana e com o princípio da isonomia material, insculpidos na Constituição?

Para solucionar adequadamente o problema, é necessário ter consciência da relação íntima entre Estado, contrato e fontes normativas; pensar na causa para superar as noções mal-acabadas de institutos jurídicos. Tal é feito no primeiro capítulo, que critica o modelo liberal e o *Welfare State*, que perpetuaram desigualdades.

O trabalho busca eflúvios, em segundo capítulo, na Constituição e no modelo preconizado de Estado de Direito, para realizar interpretação do papel das formas privadas de trânsito jurídico. Discute, pois, a eficácia e a vinculação dos particulares às normas jusfundamentais, no cotejo com a teoria dos princípios.

A partir disso, testa-se o valor da proposta, no terceiro e último capítulo, com suas implicações teóricas e práticas na dinâmica que ultrapassa os limites das relações de consumo, tutelando toda parte que possa ser considerada vulnerável nas circunstâncias do caso concreto.

A abordagem do tema foi feita predominantemente pelo “método” hermenêutico crítico, e o procedimento da pesquisa obedeceu aos métodos histórico, relativamente à evolução da teoria contratual, e funcionalista, relativamente

ao princípio da igualdade, analisando as normas estabelecidas pela legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema.

1 ESTADO, CONTRATO E CODIFICAÇÃO: DIAGNÓSTICO DE UMA CRISE

As posições subjetivas contratuais exercem papel principal como elementos dinamizadores das formas privadas escolhidas pelo Estado para o trânsito jurídico. Assim, não é possível empreender pesquisa, sem a compreensão dos fatores que desencadeiam a necessidade de reinterpretar o direito à igualdade nos contratos.

Ora, tomando-se em conta que a relação clássica entre esses elementos tem como ponto de partida o fim do Antigo Regime (*Ancien Régime*) e o início do Estado Liberal, com as revoluções burguesas na Europa, em especial a Francesa de 1789, percebe-se que a exaustão do modelo liberal implica a exaustão, também, da racionalidade contratual tradicional, o que pode ser visualizado a partir de três ângulos:

1º) A crise da função do Estado, ensejando a necessidade de substituição daquele modelo por outro, de índole nitidamente social e democrática.

2º) A crise da própria noção de contrato como forma principal de trânsito jurídico privado, exigindo a reinterpretação a partir da revalorização da pessoa humana.

3º) A crise hermenêutica do sistema jurídico, detectando a insuficiência da codificação e modificando, então, o paradigma normativo para análise do contrato, fazendo avultar a importância da Constituição e delineando a função exercida pelos microssistemas legislativos.

Tais ângulos estão ligados entre si, mas, por questão metodológica, serão analisados inicialmente em separado.

1.1 Crise do Estado

Por volta da metade do século XVIII, a grande maioria da sociedade européia, destacando-se aí a burguesia e os camponeses, criticava veementemente o *Ancien Régime*, sistema ainda feudal, com uma monarquia estreitamente vinculada à Igreja e, por conseqüência, subordinada aos seus princípios religiosos.

Nas palavras de R. C van Caenegem:

A crítica concentrou-se especialmente nos seguintes pontos. Em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos 'Estados', com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade; a servidão ainda existia, enquanto várias restrições feudais e corporativistas refreavam a atividade econômica. 'Liberdade' e 'igualdade' eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa. Em terceiro lugar, havia a crítica às intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa e a exclusão da participação popular (em particular a do 'Terceiro Estado') nos assuntos políticos. Por fim, havia a crítica à predominância da Igreja e à intolerância religiosa que muitos consideravam uma relíquia de um passado obsoleto (2000, p. 162).

A burguesia francesa, classe provida de recursos financeiros, porém desprovida de qualquer tipo de participação política (de vez que essa era reservada à nobreza e ao clero), cansada das arbitrariedades monárquicas e dos privilégios alcançados à nobreza, e apoiada pelas classes mais humildes que viviam em situação de miséria, promoveu em 1789 a Revolução Francesa.

Os ideais propugnados pelos revolucionários eram a liberdade e a igualdade. Liberdade aqui tratada como a possibilidade de qualquer pessoa progredir, mesmo que essa pessoa seja de uma origem humilde. Até então, em regra, aqueles filhos de camponeses viviam como camponeses e morriam como camponeses, não havendo nenhum espaço para mudança no quadro social. Diga-se

que, além das restrições impostas pelo próprio sistema, tal situação era aceita pela sociedade, em especial pela classe pobre, não havendo maiores ambições. Por sua vez a igualdade, então formal, era a possibilidade de todos os cidadãos serem tratados de forma equânime perante a lei. Ademais, para os liberais, mesmo aqueles desprovidos de recursos, serão iguais aos providos – donos dos meios de produção –, de vez que são proprietários da sua força de trabalho.

Emerge aí a teoria contratualista, segundo a qual a organização do poder político está estribada na razão do homem e não na vontade divina. Em outras palavras, segundo seus pensadores, o Estado foi criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais, razão pela qual, necessariamente, ele está a serviço dos cidadãos, e não o contrário.

El Estado no es una creación de Dios ni un orden divino, sino una comunidad (res publica) al servicio del interés común de todos los individuos. El punto de partida y la referencia obligada del ordenamiento estatal es el individuo singular, libre, igual, autodeterminado, y sus objetivos en la vida terrena; promoverlos es precisamente el por qué del Estado, el fundamento que lo legitima (BRÖCKENFORDE, 2000, p. 19).

Seguindo essa racionalidade, sendo o homem pretérito ao Estado, poderá ele, em princípio, fazer tudo que bem entende, sendo que o poder de intervenção do Estado é limitado. Em outros termos, é permitido ao homem fazer tudo o que não é proibido, ao passo que ao Estado é permitido somente aquilo que é expressamente permitido (LEAL, 2003, p. 4). Nos termos de Paulo Bonavides: “Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a êste fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse” (1972, p. 31).

A fim de garantir o acima afirmado, impedindo arbitrariedades dos agentes estatais, em especial do governante, o pensamento liberal fez uso de dois expedientes (BOBBIO, 2006, p 39):

a) *A separação de poderes*, que busca justamente moderar o poder do Estado, dividindo-o em três poderes autônomos e distintos, de acordo com suas funções (executivo, legislativo e judiciário). Trata-se do sistema criado por Montesquieu chamado de "Sistema de freios e contrapesos" (*Checks and balances*). O poder legiferante é afastado do "príncipe" (ou seja, do poder executivo) e atribuído a um colegiado que age junto com ele, tendo como consequência a subordinação do governo à lei.

b) *A representatividade*, possibilitando sejam as leis gestadas por representantes escolhidos pela sociedade que, em tese, irão refletir os anseios de toda a nação e não mais de forma arbitrária pelo soberano ou por uma restrita oligarquia.

Não se pode olvidar que a burguesia, como classe ascendente, ao obter êxito em seu intento, por razões óbvias, priorizou seus interesses em detrimento dos das demais classes. Na lição de Paulo Bonavides:

[...] no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classes (1972, p.5).

Desvelou-se aí a face mais cruel do Estado Liberal, ou melhor, a sua verdadeira face, ou seja, aquela que serviu única e exclusivamente aos interesses do capitalismo. A inércia do Estado, a sua desvinculação com a ordem privada, o seu caráter de estrutura mínima, em nada se relacionam com neutralidade. Ao invés, relacionam-se, sim, com uma firme posição em prol das classes dominantes. Como destaca Mônia Clarissa Henning Leal:

Este falso absentismo imposta à figura do Estado gera, por sua vez, uma extrema desigualdade social, num contraponto à igualdade meramente formal tutelada pelo ideário liberal, onde só teoricamente o direito é igual para os indivíduos que também só teoricamente são iguais (2003, p. 10).

Ademais, como refere Bonavides:

[...] como a igualdade que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismarck já notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a êstes, afinal de contas, tão-sòmente a liberdade de morrer com fome (1972, p. 31).

Como não podia deixar de ser diferente, o proletariado apercebe-se da enorme injustiça social criada pela burguesia – agora industrial. Surgem inúmeros movimentos sociais pleiteando uma maior proteção ao trabalhador através da regulamentação das relações trabalhistas. Ganham força os sindicatos e com eles as ideologias de esquerda. Em 1917, na Rússia, o Partido Bolchevique, sob o comando de Vladimir Lênin, ascende ao poder e instaura o governo socialista soviético.

Frente a esse contexto, a classe dominante foi posta na parede. Ou cedia aos anseios sociais, ou perdia tudo. Nesse quadro, o Estado, mediante o interesse das elites – vão-se os anéis e fiquem os dedos -, inicia um processo intervencionista nas relações privadas, mitigando de certa forma as desigualdades socioeconômicas propiciadas pelo capitalismo selvagem.

O Estado, agora dito Social – ou de Bem Estar Social - “pode ser compreendido mais como uma tentativa de adaptação da sociedade pós-industrial aos novos tempos do que como algo eminentemente novo” (LEAL, 2003, p. 12). Outro não é o alvitre de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

[...] a *intervenção estatal no domínio econômico* não cumpre papel socializante; antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção –, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção (2000, p. 64).

O Brasil, com sua modernidade tardia, não poderia fugir à regra. Segundo autores acima referidos, o dito Estado Social brasileiro

[...] serviu apenas para acumulação de capital e renda para as elites brasileiras. Nesse sentido, é importante lembrar que esse “Estado intervencionista não é uma concessão do capital, *mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas*” (STRECK & MORAIS, 2000, p. 71 – grifos do autor).

É a manutenção do valor da pessoa por ter, e não por ser (FROMM, 1980, p. 81), com reflexos na própria concepção de sujeito de direito, uma vez que só pode ser sujeito (e, portanto, ter direitos) aquele que tem, e não aquele que é:

Com efeito, se, diferentemente do escravo, o servo é um sujeito de direito, ele não é, no entanto, um sujeito de direito comparável, *a fortiori*, equivalente àquele que o senhor incarna. Esta diferença é marcada pelo facto de nem as regras nem os tribunais lhe serem comuns. Plebeus e nobres pertencem a duas ordens diferentes. Que isto fique bem compreendido: há dois universos jurídicos. Em definitivo, não há medida comum entre essas duas pessoas, ou melhor, não há estatuto jurídico comum que sirva de equivalente, de medida. Não há, pois, “sujeito de direito” abstracto que possa preencher esta função de denominador comum, de “norma – medida”. É por isso que o senhor não tem direitos maiores do que os do servo: ele tem outros direitos. Vale mais dizer que, no sistema feudal, não há “direitos”, não há senão privilégios ligados a cada uma das ordens que constituem o grupo social. O servo não é pois livre de vender a sua força de trabalho, visto que ele está preso à terra e ligado ao senhor. Para que ele se torne assalariado, será necessário reconhecer-lhe um poder de direito abstracto de dispor de sua vontade e, para fazer isso, é preciso quebrar os vínculos feudais. E quebrar esses vínculos significa destruir sociedade que os integrava, quer dizer, a sociedade feudal.

Fica-se, pois, com a noção de que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção (MIAILLE, 1994, p. 119).

A crítica é endossada por Luiz Edson Fachin, para quem,

Sob a alcunha de ilegitimidade, a regulação dos papéis jurídicos deferidos às pessoas depende da função que, em abstrato, o próprio sistema define.

Por esse nítido afunilamento soa estridente o objetivo final que impregna o regime das legitimidades: a criação e manutenção, dentro do direito, de uma visão acabada, completa e supostamente monolítica (1994, p. 206-7).

Logo, também esse modelo revelou-se insuficiente, exigindo novo avanço. Para Antonio E. Perez Luño, *“la fórmula Estado de Derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha, en ocasiones ideal y utópica, por el perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado”* (apud LEAL, 2000, p. 83).

Para Elías Díaz:

En la ideología del Estado liberal y en el orden social burgués los “derechos naturales” o derechos humanos se identifican sobre todo con los derechos de la burguesía, derechos que sólo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las clases inferiores. En el sistema económico capitalista que sirve de base a ese orden social se protegen mucho más eficazmente la libertad y la seguridad jurídica (ambas, por otra parte, imprescindibles) que la igualdad y la propiedad: se entiende la propiedad de todos.

Una ampliación de la zona de aplicabilidad de esos derechos – pero sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos – se produce con el paso al Estado Social de Derecho; constituido éste como intento necesario de superación del individualismo a través del intervencionismo estatal y de la atención preferente a los llamados derechos sociales, lo que aquél pretende es la instauración de una denominada sociedad o Estado del bienestar. Más allá de éste, el proceso dinámico de democratización material y hasta de garantía jurídico-formal de los derechos humanos, la más plena realización de éstos, es lo que a su vez justifica, en mi opinión, el paso del sistema neocapitalista del Estado social de Derecho al sistema flexiblemente socialista del Estado democrático de Derecho (1988, p. 39).

A característica de social-democracia sustentada pelo autor citado acima não é seguida por outros, mas interessa a demonstrar a exaustão dos modelos tradicionais, que, sob o pálio da igualdade formal, eternizam as desigualdades materiais. Na crítica de Luís Roberto Barroso:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. (2006, p. 5)

Essa série de transformações, pondo em xeque a função do Estado, tem reflexo direto na pura forma de trânsito privado: o contrato. Afinal, o contrato é a mais lídima expressão da autonomia privada, a servir de instrumento de expansão do próprio capitalismo: “Não há exagero em dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista (...)” (DANTAS, 1952, p. 5). A crise de um é a crise do outro, como será identificado a seguir.

1.2 Crise da noção do contrato

Se a noção tradicional de contrato remonta ao Estado Liberal, com sua racionalidade patrimonialista e individualista, e cujo marco essencial foi o *Code Napoleônico* de 1804, isso representou a cristalização dos anseios da classe ascendente após a Revolução Francesa. Segundo R. C. van Caenegem:

Embora o antigo direito fosse o elemento mais importante no *Code civil*, não era intenção dos seus autores restabelecer a ordem jurídica do regime derrubado e abandonar os avanços conseguidos com a Revolução. Pelo contrário, numerosos princípios que derivavam das idéias da Revolução e do Iluminismo e eram considerados socialmente benéficos foram incorporados em sua obra legislativa. [...] o *Code civil* agora assegurava o reconhecimento dos princípios fundamentais: tolerância religiosa; desoneração da propriedade territorial, agora isenta das taxas impostas pelo sistema feudal e pelo direito eclesiástico das dízimas; e a liberdade de contrato, agora muito mais ampla do que o *ancien régime* (2000, p. 9-10).

Não há antecedentes similares no direito romano, nem na Idade Média. “O direito romano não conhecia o contrato como categoria geral, até porque inexistia o direito subjetivo como os modernos desenvolveram” (LÔBO, 1995, p. 41; KASER, 1999, p. 60). O sistema romano era baseado em ações, e o simples acordo de duas

ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, ou pacto, não bastava a isso (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 246-7).

No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes sustenta que

Os contratos no direito romano eram verdadeiras fontes de obrigação. A fonte do vínculo era o contrato, e não a vontade das partes. Daí a convicção de que os pactos puros e simples não geravam ação (*ex nudo pacto actio non oritur*) (Villey, 1987:95-105). De qualquer maneira, para o jurista romano não era uma teoria geral do contrato, pois todo o direito romano estava construído sobre as defesas e ações possíveis (*actio*, ou *remedy* do direito inglês) e não sobre um conceito substantivo de direito ou contrato. Assim, um ato solene gerava uma ação (os negócios da *stipulatio*, por exemplo) ou a ação se estendia a certas interações por meio da interpretação *bona fide*. Não se esperava uma teoria geral dos contratos, mas da ação (Lawson, 1977:150-151).

A idéia, de que os contratos, e não somente a vontade das partes, geram a obrigação, dominou também boa parte do direito medieval acadêmico e letrado, conhecido como *ius commune* (2002, p. 392).

A noção de direito subjetivo retroage, então, ao nominalismo hobbesiano, informador da própria noção do Estado liberal, sustenta Michel Villey:

No sistema de Hobbes, a lei estatal limita-se a um papel puramente instrumental. O próprio Estado e todas as leis que está destinado a produzir não foram feitas senão para servir as intenções dos contratantes. Acima das leis há o objetivo em vista do qual as leis foram feitas. O “direito objetivo” é auxiliar. O direito subjetivo é o objetivo final (2003, p. 144-5).

Assim, pois, a pesquisa é limitada ao contexto dos ordenamentos influenciados pela codificação francesa, nos quais prevaleceu o respeito irrestrito à liberdade contratual, haurido da igualdade formal entre os contratantes e idealizado na fórmula do *pacta sunt servanda*.

Para a racionalidade do modelo liberal, todos os homens são iguais formalmente, ainda que desiguais na realidade. Essa racionalidade decorria da presunção de que todas as pessoas eram proprietárias; “aqueles que não eram detentores de bens de produção ou de capital eram, ao menos, proprietários da

própria força de trabalho” (SOTO, 2002, p. 247). Nessa linha de idéias, “Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural eqüidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e eqüitativo por sua própria natureza” (MARQUES, 1999, p. 44).

Para o direito contratual burguês a autonomia da vontade é princípio basilar. Uma vez celebrado o contrato, independentemente do seu conteúdo, torna-se obrigatório entre as partes, sem permitir nenhum tipo de revisão; ganhando relevo o brocardo jurídico *pacta sunt servanda*. Em outras palavras, os contratantes ficavam vinculados estritamente ao que estava estipulado, devendo o contrato ser interpretado único e exclusivamente de acordo com a intenção das partes.

Decorrente disso, o controle de validade dos atos negociais se restringia à correta e consciente vontade das partes no momento de contratar, ou seja, o que importava era verificar se o consentimento fora livre de vícios (os chamados *vícios de consentimento*). Acerca do assunto leciona Paulo Neves Soto: “as principais teorias que discutiam a validade e eficácia dos atos negociais se preocupavam tão somente com a garantia e controle da equivalência entre o desejado e o declarado” (2002, p. 249).

Evidenciou-se a livre e soberana prevalência da vontade dos contratantes, sem nenhuma interferência externa à relação. Salvo raríssimas exceções de ordem pública¹, o Estado abstinha-se de intervir nas relações contratuais. O pactuado era verdadeiramente lei entre as partes, sem que nem mesmo o Poder Judiciário pudesse alterar algum ponto no caso de litígio. Em outras palavras:

Obrigatória para as partes a convenção o seria também para o juiz, o qual a deveria respeitar e fazer respeitar. Ministro da vontade das

¹ Até mesmo o Código Civil francês estabelecia essa déia em seu art. 6º: “não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes” (LYRA JUNIOR, 2002, p. 143).

partes, o juiz deveria ser um servidor respeitoso do contrato cumprindo ater-se à pesquisa do qual a intenção comum quando demandado para interpretá-lo, recusando-se a modificá-lo ou revisá-lo, ainda que uma mudança imprevisível do contexto econômico, político ou social viesse a desequilibrar a economia (LYRA JUNIOR, 2002, p. 144).

No Código Civil francês, o célebre artigo 1.134 estabelecia que "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lês ont fait*", ou, em vernáculo, "As convenções legalmente formadas assumem a natureza de lei a quem as fez" (PENTEADO JUNIOR, 2003, p. 150). Tal previsão legislativa confirma "o valor supremo conferida à vontade nos códigos civis elaborados no século XIX, reflexo jurídico do individualismo filosófico e do liberalismo econômico da época. Pertence ao mesmo momento histórico e não causa espanto o brocardo '*qui dit contractuel, dit juste*'"²(SCHMITT, 2006, p. 47).

A propósito disso, nas palavras de John Gilissen:

As fórmulas – *laissez faire, laissez passer* – e a lei da oferta e da procura repousam essencialmente sobre a liberdade contratual. É a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc., com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois, então, estava-se convencionado de que todo o compromisso livremente querido era justo (1986, p. 738-9).

Considerando ser uma premissa o direito positivo estar sempre vinculado às concepções políticas, filosóficas e econômicas do Estado, com o Código Civil Brasileiro de 1916, cujo anteprojeto, elaborado por Clóvis Beviláqua, datou de 1899, e conseqüentemente com o direito contratual por ele regulamentado, não foi diferente. Reflexo disso é encontrado na seguinte passagem de Orlando Gomes:

As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de

² "Quem diz contratual diz justo".

realizar-se pela decretação da nulidade ou resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

Dada ao *princípio da força obrigatória dos contratos* essa inteligência larga não se apresenta como corolário exclusivo da regra moral de que o homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar (1975, p. 40) [grifo do autor].

No mundo, porém, a autonomia da vontade já denotava a opressão gerada pelos detentores do poder econômico, evidenciando a face mais cruel do Estado Liberal, como registra Canotilho:

O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão de poderes, e o liberalismo econômico, centrado sob uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico.

A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alegação e revogação das mesmas leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado (1998, p. 103).

Na prática, a propalada igualdade dos contratantes mostrava-se uma falácia. Em face da disparidade econômica e social, fruto da apropriação, pelo senhor, dos meios de produção (WEBER, 1991, p. 151), não havia liberdade alguma no momento de contratar, pois a parte menos abastada o fazia, na maioria das vezes, para permitir a própria subsistência. Nas palavras de Clovis V. do Couto e Silva, “o poder econômico, no plano sociológico, altera sensivelmente, ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico” (1976, p. 25).

Essa tendência foi agravada a partir da metade do século XX, com o aumento da população mundial, a revolução industrial, a quebra da Bolsa de Nova

lorque, o surgimento de empresas transnacionais e blocos econômicos e a massificação das relações de consumo, entre outros fenômenos.

Diante dessa realidade, sentiu-se necessidade da intervenção do Estado nas relações privadas, revalorizando seu papel no equilíbrio entre os titulares da relação contratual: “no fundo, a política liberal era vulnerável porque sua forma de governo característica, a democracia representativa, em geral não era uma maneira convincente de governar Estados...” (HOBSEBAWM, 1998, p. 140). Eis aqui a função do *Welfare State*, o Estado de “Bem-Estar Social”.

Notadamente com reflexo na relação laboral, Pontes de Miranda assim comentou tal intervenção do Estado:

Sobreveio, porém, com a crise provocada pelo capitalismo e a burocracia improdutiva, a crescente criação de novos limites ao auto-regramento da vontade. O contrato de locação de serviços bifurcou-se em contrato de locação de serviços e contrato de trabalho. Em alguns países, o estreitamento do auto-regramento da vontade foi mais acentuado do que noutros: o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu (diz-se) a produção, a distribuição e o consumo; tabelou preços e salários; regulou o contrato de trabalho até os últimos pormenores. Mais profundamente o fez quando, em vez de em regras legais, se permitiu fazê-lo em provimentos e atos de administração, mais ou menos arbitrariamente (1983, p.60) [grifo do autor].

É preciso advertir, no entanto, que a intervenção do Estado na esfera privada não foi uma concessão gratuita das elites; pelo contrário, exerceu, dentre outras funções, a “de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características –a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção–, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção (STRECK & MORAES, 2000, p. 64).

Dito de outro modo, na hermenêutica desse modelo liberal-social, os valores de *igualdade material* e *dignidade humana* continuam a ser estranhos ao Estado: “Precisa ser referido que, mesmo sob o Estado Social de Direito, a questão

da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material” (STRECK & MORAIS, 2000, p. 89).

Nesse sentido, a classe dominante atuou em conjunto com o legislador, o qual, em face da relevância de algumas matérias e da evidente disparidade das partes contratantes, regulamentou pontualmente casos como o dos contratos de trabalho, dos contratos agrários e dos contratos de consumo. Para Paulo Luiz Neto Lôbo:

O Estado liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individuais. O Estado social foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, e passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. O Contrato de trabalho passa a ser protegido, afastando-se da ilusão da liberdade formal dos contratantes. (1995, p. 42)

Ocorre que, mesmo nas relações não constantes expressamente no rol eleito pelo legislador e pela classe dominante, podem ocorrer desigualdades entre os atores da relação e, conseqüentemente, abusos ante a impossibilidade negocial fática do contratante vulnerável. Nesses casos, também se estará diante de igualdade meramente formal, reprimando a defesa dos ideais burgueses do século XVIII.

Por óbvio, a mesma complexidade social que faz exigências múltiplas e heterogêneas, abalando as estruturas funcionais do Estado e conceituais do contrato, acaba por demonstrar a insuficiência do sistema fechado e auto-referenciado do Código Civil. Gera-se, pois, uma aporia em relação aos elementos destacados do Direito para o atendimento a tais reclamos; tal será mais destacado no próximo item deste trabalho.

1.3 Crise das fontes normativas

A refundação do Estado Francês que alterou o quadro político, jurídico e social teve como fundamento o iluminismo. Tais ideais propugnavam que a razão humana e a ciência eram as únicas formas de explicar o universo. No Direito, idealizava-se um sistema claro, compreensível aos cidadãos comuns, previsível e voltado primordialmente ao povo. Para tanto, eram necessárias duas condições: a primeira, de ordem material (“a criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes”), e a segunda, de ordem formal (“uma nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática do novo direito”). A primeira condição refere-se ao direito natural (concebido, não pela vontade de Deus, mas pela razão humana – o contrato social), e a segunda, ao sistema codificado (VAN CAENEGEM, 2000, p. 164).

A afirmação de que os ideais iluministas se relacionavam com o direito natural pode parecer uma incongruência, de vez que justamente no Estado Liberal o positivismo foi levado às últimas conseqüências. Porém, conforme se demonstrará adiante, a assepsia do sistema jurídico ao direito natural se deu posteriormente pelos intérpretes do Código (exegetas), não por seus legisladores.

É justamente nessa perspectiva histórica que se dá o surgimento da Constituição em sua acepção atual³. Com a Revolução Francesa, marco do início do Estado Liberal, os seus agentes, rompendo com a ordem jurídica anterior, buscaram assegurar a reconstrução do Estado sob novos paradigmas em um documento formal e que não se limitava a descrever as instituições do Estado, mas, também, influenciar a sua ordenação (BARROSO, 2006).

³ Em termos históricos, a noção de constituição, pelo menos numa definição mais ampla e menos técnica, já integrava a ciência política e o direito desde a antiguidade. Na lição de Luís Roberto Barroso, “é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições’ essenciais” (2006, p.145).

Conseqüentemente, a Constituição foi dirigida ao Estado, regulamentando internamente suas funções e outorgando direitos individuais (que tem como escopo impor limites ao próprio Estado – direitos fundamentais negativos). Em outras palavras, além de estabelecer os preceitos da administração pública, regulamentava as relações do Estado com o cidadão.

Já as relações entre particulares foram regulamentadas em codificação própria, qual seja, o *Code Civil* francês de 1804. O sistema era auto-suficiente, pois, em se tratando de relações privadas, o Código situava-se em nível hierarquicamente superior a qualquer outra legislação, até mesmo ao regramento constitucional. Daí a conclusão de Clóvis do Couto e Silva de que no Estado Liberal a autonomia privada, em razão da nítida separação entre o Estado e a Sociedade, galgou grau de extraordinária relevância, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada (1976, p. 18).

A busca da burguesia pela tão sonhada segurança jurídica em suas relações e a desconfiança havida em relação ao Poder Judiciário – que fora mantido do *Ancien Régime* – fomentou a chamada Escola da Exegese Francesa, pela qual se supôs a possibilidade de antever, de forma total e completa:

[...] todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse ao direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como conseqüência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito (TEPEDINO, 2000, p. 2).

Para os exegetas, o Legislativo seria o único agente do Estado autorizado a captar os anseios populares, transformando-os em normas. Nas palavras do mesmo autor, trata-se da “exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o Direito” (TEPEDINO, 2000, p. 2).

Nessa perspectiva de sistema fechado, a linguagem empregada no *Code* era a mais precisa possível, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências. Diante disso, “a atividade do intérprete [supostamente] resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal” (FINGER, 2000, p.88). Como salientou Montesquieu, o juiz devia ser *la bouche de la loi*, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor” (1992, p. 176). Em outras palavras, ao magistrado, supostamente neutro, era vedada qualquer atividade criativa ao aplicar o Direito, tratando-se de mero processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. Decorrência dessa posição foi a redução de todo o direito ao direito positivo, excluindo por completo o direito natural como espécie de direito.

Diante disso, para os exegetas,

[...] o estatuto e o direito eram idênticos, e as outras fontes de direito – costume, erudição, jurisprudência, direito natural – tinham apenas importância secundária. Para compreender o significado dos códigos, era necessário partir do texto, apenas do texto, e não se suas fontes (VAN CAENEGEM, 2000, p. 211-2).

Conseqüentemente, para eles, discutia-se não o que era justo, mas sim, se era previsto ou não no texto. A propósito, são paradigmáticas as passagens dos doutrinadores da época: Demolombe afirmava que a lei “deveria ser aplicada mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da eqüidade”; e, para Laurent, “o estatuto, mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal” (VAN CAENEGEM, 2000, P. 211-2).

Para os padrões daquele momento histórico, era compreensível a perspectiva, vez que a lei era a garantia de superação do Estado Absolutista, no qual o Príncipe regia e ditava o Direito. Ou seja, a lei tinha o nítido caráter limitativo dos abusos do Estado, e retirava sua validade no procedimento de sua concepção, não no sentimento de sua justiça (BOBBIO, 2006, p. 26).

Entretanto, a pretensão não elimina, nem resolve os problemas das lacunas. Os autores dos séculos XVII e XVIII reconhecem a existência dessas lacunas e afirmam que, em tais casos, o juiz deve decidir utilizando o direito natural. Essa função sub-rogatória é praticamente uma opinião comum entre os escritores da época, e exemplo trazido por Bobbio é o artigo 7º do Código Austríaco de 1811, estabelecendo que, sempre que um caso não puder ser decidido com base em disposição expressa de lei, nem por analogia, deve-se recorrer aos princípios de Direito Natural.

Até o próprio Código Napoleônico, como dito, considerado como início absoluto de uma nova tradição (baseada somente no direito positivo), acabou albergando a aplicação do direito anterior, dos costumes ou da equidade, conforme interpreta Bobbio (2006, p. 74-75), ao comentar a solução dada pelo artigo 4º do referido Código, aplicável aos casos de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei.

Na realidade brasileira, apesar de o Código Civil de 1916 não ter recebido formalmente o Código Napoleônico – preferindo manter, por força do centralismo jurídico, a estrutura secular do direito reinícola, aliado à influência de Savigny na doutrina local (COUTO E SILVA, 1987, p. 134-5) –, sucumbiu igualmente ao modelo de regulação mínima do Estado adotado pela Constituição de 1891.

A República trouxe o mais completo triunfo do laissez-faire. Se a Constituição do Império havia pelo menos feito referência ao direito à educação que seria garantido pelo governo – no ensino fundamental – a Constituição Republicana silencia completamente sobre qualquer “direito social”. Próprio do direito constitucional eram apenas as questões de soberania nacional, separação de poderes, sistema representativo, liberdades civis. O triunfo do liberalismo na República, dentro da cultura jurídica, é inquestionável. É tão profundo que mesmo as modernizações que iriam de qualquer maneira competir ao Estado para fazer avançar o próprio capitalismo na sociedade brasileira são continuamente questionadas pelos tribunais federais (LOPES, 2002, p. 367).

Preservou, então, os interesses da sociedade brasileira dominante, basicamente rural e de caráter patriarcal, com economia estável.

O Direito Civil clássico, enquanto fruto do jusracionalismo e da filosofia iluminista, representado pelo Código Napoleônico, é marcado pela exacerbação do patrimônio.

Inserido nesse contexto, o Código Civil Brasileiro não passou imune às influências européias, tendo sido em grande escala marcado em sua essência pelo caráter patrimonial imobiliário, em que a pessoa humana não é vista pelo que é, mas pelo que tem (FACHIN, 2001, p. 123).

Como relata Orlando Gomes, os ideais patrimonialistas e individualistas forjados pelo liberalismo foram propositalmente mantidos na legislação civil nacional.

Assim, o exame da atividade dos legisladores durante o período de elaboração do Código Civil revela que, a despeito de manifestações entusiásticas do movimento de renovação do Direito, iniciado no fim do século passado, a submissão aos princípios vigentes durante a fase do apogeu do liberalismo foi atitude firmemente mantida pelos codificadores. (...) Não foi, realmente, por desconhecimento das novas idéias, então já agitadas no mundo, que os legisladores do Código Civil se conservaram presos a uma orientação que estava sendo enèrgicamente contestada. As elites culturais brasileiras sempre foram bem informadas acerca do que se passa nos países cultos, respirando, não raro, tão profundamente o ar cultural de outros povos que transplantam para o nosso solo o que mal começa a brotar em outros melhor adubados para germinação. Na justificação dos projetos que tentam introduzir a legislação social em nosso país, verifica-se que os autores conheciam perfeitamente o direito e a doutrina dos povos mais adiantados (GOMES, 1958, p. 54-5).

Assim como propugnado pelos exegetas em relação ao *Code Francês*, o Código Civil brasileiro de 1916 tinha pretensão de completude. Em outros termos, os codificadores brasileiros, fazendo uso de uma linguagem precisa, supuseram ser possível antever todas as hipóteses fáticas possíveis. Como decorrência disso, não foram inseridas cláusulas gerais⁴ ao texto de 1916, que possibilitariam certa abertura e mobilidade ao sistema.

⁴ O recurso às chamadas cláusulas gerais possibilita ao aplicador da norma incorporar “princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 274) relacionando-os com o caso concreto.

Por óbvio, uma pretensão gestada nesses moldes estava fadada ao fracasso. Com efeito, um sistema fechado, que não permite incorporar novos conceitos e valores, mostrou-se incapaz de resolver realidades fáticas não contempladas no texto. Paradoxalmente, o dogma da completude, que propalava maior segurança jurídica, proporcionou enorme insegurança, já que inúmeras situações surgidas desde então no contexto social não estavam contempladas na legislação.

A grande dificuldade presente em todas as tentativas de codificação reside no fato de os valores sociais e ideológicos de uma sociedade não permanecerem imutáveis durante o curso da história, bem como na impossibilidade de o legislador prever situações sociais inimagináveis ao tempo de sua positivação (GONDINHO, 2000, p. 3)

Diante da insuficiência do sistema e das razões expostas alhures,

[...] o Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar (TEPEDINO, 1999, p. 4).

Também o Brasil sofreu, ainda que de maneira peculiar, os efeitos dessas transformações. O Estado começou a intervir nas relações privadas com a edição de leis especiais, o que muitas vezes chegou a revogar a Lei civil naquela matéria específica. Paulatinamente, foram aprovados inúmeros diplomas legislativos que evidenciaram a intervenção estatal e o envelhecimento do Código de 1916.

Entre outros textos legislativos que modificaram profundamente o direito privado brasileiro, destacam-se os referentes à usura, à proibição do uso das cláusulas em ouro e moeda estrangeira, ao divórcio, ao reconhecimento de filhos adulterinos, à proteção da locação comercial, à condenação dos abusos do poder econômico, à união estável, aos loteamentos, às promessas de compra e venda de imóveis etc. Códigos especiais trataram das águas, florestas, minas, caça e pesca (WALD, 2003, p. 79).

A criação de inúmeras leis especiais teve como consequência o enfraquecimento da tese da unidade legislativa, fugindo, pois, à sistematização (característica da codificação), pela constatação da impossibilidade de unificação de todos os interesses em um único instrumento legislativo, não havendo mais um sujeito comum como interlocutor (MARTINS-COSTA, 1999, p. 281).

Instituiu-se a chamada “crise das fontes”, especialmente no campo do Direito Privado – e nesse sentido, pode-se dizer de uma crise da codificação. Segundo Gustavo Tepedino (2000, p.5), o monossistema codificatório transforma-se em polissistema – formado por vários microssistemas, regulações específicas dentro do campo maior. Destaca-se também o agravamento da crise a partir da relação entre o sistema normativo nacional e a importância cada vez maior das normas supranacionais (tratados, convenções, pactos, regulamentos de mercados regionais). Questiona-se, pois, como deverá ser o comportamento do intérprete perante a fragmentação e multiplicidade do sistema. Nas palavras do professor fluminense:

Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e do pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação de produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação (TEPEDINO, 2000, p. 5).

O autor destaca que, com o ocaso da chamada era da segurança e o fim do período marcado pelo delicado equilíbrio entre as fontes normativas, há uma premente necessidade de um repensar dos parâmetros interpretativos (TEPEDINO, 2002, p. 6). Percebe-se, desta forma, a insustentabilidade da antiga teoria das fontes e da ideologia da interpretação através unicamente da norma posta (silogismo lógico), que foi atingida por se ancorar em um conceito de positividade do direito que se verificou ultrapassado.

A concepção de sistema jurídico como sistema fechado, com a rígida vinculação do intérprete ao direito legislado, demonstra suas falhas especialmente a

partir das experiências totalitárias da Europa, nas quais uma vinculação estrita do Judiciário ao direito legislado por regimes de exceção não permitiu o questionamento destas normas, dando forma e respaldo jurídicos às atrocidades cometidas por estes regimes, em nome de uma atuação puramente técnica destes juristas.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido (BARROSO, 2006, p. 26).

Percebeu-se que a dogmática jurídica, na forma então estruturada, não apresentava formas de garantia possíveis contra estas situações de exceção, e mais, percebeu-se que não conseguia sequer tratar destas questões conceitualmente. As questões de justiça e de conteúdos das normas não se introduziam em um mundo asséptico de um direito dado, posto pelo Estado, no qual a norma é início e fim do raciocínio hermenêutico. Não se questiona o fundamento da norma, mas apenas a sua origem: a validade é analisada formalmente através dos requisitos da competência e do procedimento previsto.

Assim, o esgotamento teórico corporificou-se na já referida crise da teoria das fontes, pela qual se percebeu que colocar o Estado, através do Direito legislado, como única fonte normativa, ou a principal delas, já era insuficiente frente aos problemas colocados pela realidade. E a falência estrutural da dogmática jurídica trouxe consigo o renascimento do direito natural e de outros conceitos anteriormente expulsos da teoria jurídica, como forma de retomar uma ligação perdida com elementos que não tinham forma de entrar no mundo jurídico (ou efetividade na sua aplicação), valores ou princípios que permitissem o contraste das normas positivadas pelo poder estatal. Esta incorporação deu-se em todos os

campos do Direito, tanto Público quanto Privado. De acordo com Clóvis do Couto e Silva, tratando de direito das obrigações:

A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o 'corpus juris' vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação (1976, p.74).

Disso conclui Paulo Nalin que "o contrato não deva ser analisado fora de seu contexto de mercado, pois, ao proceder dessa forma, o intérprete está retirando dele os dados concretos (meta-jurídicos) que atualmente mais o definem" (2006, p. 122-3). O contrato passa a ser visto pela sua função relacional com o mercado, com amplas possibilidades interpretativas.

Por isso, segundo Enzo Roppo:

Uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relaciona numa palavra pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais corresponde instrumentalmente à realização dos objetivos e interesses valorativos consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmado. Tudo isso se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido. (1988, p. 24)

Entretanto, não se pode deixar que esses elementos, indefinidos, fluídos e contingenciais, passem a influenciar o contrato de qualquer forma, sem limitações. Do contrário, o poder absoluto apenas deixará de ser o de legislar, para ser o de avaliar a conformidade às leis de mercado, julgando arbitrariamente os litígios. Substituir-se-á uma forma de ditadura por outra, no julgamento sem parâmetros definidos. Diante disso, há necessidade de formas de proteção jurídica da dinâmica contratual, e a questão é saber quais devem ser os mecanismos para tanto.

1.4 A exaustão do modelo tradicional e a necessidade de outros paradigmas

A solução encontrada implica uma verdadeira refundação e transformação do Estado através de um pacto fundamental: a Constituição. Entretanto, a Constituição não apenas como documento político, mas como elo efetivo entre a democracia e a proteção de direitos fundamentais, que deve efetivar-se sempre na aplicação do Direito. A Constituição fundante, carta de valores da sociedade e garantidora de direitos, trouxe uma nova forma de Estado: o Estado Democrático de Direito. Esta nova dimensão traz: a) uma reinterpretação do ordenamento jurídico, devendo-se às previsões da Carta Constitucional, e b) novas possibilidades interpretativas, na medida em que se incorporam princípios, expressões de valores da sociedade consensualmente alcançados e positivados no texto constitucional.

Tudo isso deve restar aliado a uma nova cultura jurídica, nascida pela quebra do mundo da segurança, transformando-se o paradigma sobre o qual trabalham os operadores jurídicos: de um sistema fechado, auto-referenciado de modo absoluto, para um sistema aberto, de auto-referência. Este mundo da (suposta) segurança antes existente permitia ao jurista uma forma de interpretação 'segura', estática e linear, na medida em que se alicerçava sobre dois fundamentos principais: primeiro, a identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma (que conduzia em última *ratio*, ao mito da identidade entre a norma e seu texto) e em segundo lugar, a própria sistematicidade externa aos textos legais codificados,

permitindo que os campos jurídicos fossem rigidamente demarcados nos seus vários códigos correspondentes (MARTINS-COSTA, 1999, p. 275-6). Esta estrutura foi abalada pelas mudanças das condições históricas que configuraram seus elementos, necessitando-se de reformulações paradigmáticas a fim de enfrentar esta crise teórica e prática:

Hoje vive-se, diversamente, no 'mundo da insegurança'. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema. Profundas fissuras fizeram ruir a tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código, vale dizer, a ideologia da sociedade, a ideologia da unidade legislativa e a ideologia da interpretação (MARTINS-COSTA, 1999, p. 276).

Explicitando o que seriam estes elementos componentes da ideologia sistema-código, diz-se que a ideologia da sociedade referia-se fundamentalmente aos valores liberais-burgueses, a idéia de um progresso individual, sustentada por uma idéia de unidade entre Estado e sociedade civil. A ideologia da unidade legislativa consistia na visualização do Código Civil como um sistema completo, harmônico, "auto-referente das leis civis" (MARTINS-COSTA, 1999, p. 277), a verdadeira Constituição da vida privada: uma unidade legislativa que refletia a unidade das relações sociais representadas pela unidade da classe hegemônica, portanto a impossibilidade de existência de um espaço de expressão de outros valores que não os da burguesia. A ideologia da interpretação refletia-se nos limites colocados aos juristas, adstritos à interpretação através de uma plana subsunção operada através da lógica silogística, decorrente do próprio postulado de unidade sistemática do ordenamento.

Esses postulados foram minados e impossibilitaram a continuação daquele paradigma jurídico: já não há mais a suposta unidade cultural sob a qual se baseava a ideologia da sociedade. Em seu lugar, instalaram-se a massificação social (com a perda de relevância do individualismo como motor de desenvolvimento do progresso econômico) e o pluralismo social e cultural. E tudo isso exige uma nova postura do intérprete, para que a dinâmica das relações contratuais possa ser mais

adequada à realidade hodierna e seu significado hermenêutico. Na expressão de Luís Roberto Barroso, “é preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível” (2006, p. 18).

É o objetivo dos próximos capítulos deste trabalho.

2 NOVA RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA

Passa-se, pois, à análise das potencialidades hermenêuticas dadas pelo nosso sistema jurídico formado por princípios e regras e que tem como vértice a norma constitucional.

2.1 A tarefa hermenêutica

O Direito não se pode permitir não ser positivo. Este é elemento essencial, que não se confunde com uma concepção de direito como dado pronto e disponível. A positividade não pode prescindir de se referir a elementos fáticos, a textos e documentos vinculantes, como forma de prova certa e notícia do que foi deliberado na organização da sociedade (ZACCARIA, 1991, p. 343). Além disso, atua o texto literal como limite negativo, colocando o espaço de concretização da norma, e portanto o vínculo hermenêutico do jurista com o direito positivo, principalmente no sentido de se dar certa previsibilidade às decisões judiciais. A cadeia normativa apresenta gradações diversas de determinação e identidade: as regras detêm maior determinação de casos que os princípios; e as sentenças são dotadas de maior determinação do que as regras. Esta presença de graus diversos de definição e determinação no ordenamento obedece à necessidade de serem garantidas duas exigências conflitantes: certeza – estabilidade de um lado e renovação – mobilidade de outro (ZACCARIA, 1991, p. 347-8).

Da mesma forma, ressalta Paolo Grossi que o direito moderno não pode abdicar de ser positivo, mas ressalta a necessidade de compreendê-lo como um constructo histórico, não um dado posto, mas concreto resultado de conflitos e escolhas realizados por uma sociedade no tempo:

El derecho – y menos aún el derecho moderno – no puede abdicar de su dimensión formal, abasteciéndose de categorías la incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos, pero con la conciencia siempre de que esas categorías dan forma y figura a un saber encarnado, a una historia viva. En suma, siempre se debe tratar de categorías ordenadoras, que pesquen dentro de la realidad – que no floten sobre la realidad – como es propio de todo fenómeno auténtico y no ficticiamente ordenador. Ser y deber ser necesariamente se mezclan condenando las teorías puras entre los admirables ejercicios retóricos de ingeniosos juristas (2003, p. 63-4).

Na mesma esteira, Hans-Georg Gadamer leciona que o jurista, no ato de interpretar, deve levar em conta o sentido originário da norma, porém sem se sujeitar por completo a esse sentido, já que o contexto originário pode ter mudado. Assim, cabe ao jurista adequar o sentido atribuído à norma em consonância com o contexto de sua aplicação:

O jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei (GADAMER, 1997, p. 485).

Ao lado disso, há de se ter em conta que o intérprete, ao revelar e constituir a norma, faz uso de conceitos prévios de linguagem e do contexto. Como diz Karl Larenz, “essa pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto de um como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma ‘conjectura de sentido’” (1997, p. 288).

Ou seja, um físico, leigo em termos jurídicos, encontra enorme dificuldade ao interpretar um texto normativo; por outro lado, enorme dificuldade encontra o jurista, leigo em física, ao tentar compreender um manual desta disciplina.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que o significado do instituto jurídico da propriedade empregado hoje pelos juristas – pelo menos por aqueles que vivem o seu tempo - é diverso daquele quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, e certamente será diverso daquele empregado no futuro. Daí, a pré-compreensão é o “resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a factos e contextos sociais” (LARENZ, 1997, p. 288-9).

Além do aspecto da pré-compreensão, cabe dizer que a interpretação pressupõe a análise de todo o sistema jurídico e não somente do dispositivo imediatamente aplicável ao caso. Ou, no mesmo sentido, “qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema” (FREITAS, 1998, p. 47). Também Eros Roberto Grau:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.
Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.
A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (2003, p. 40; id., ibid., p. 121-2).

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri refere que a adequada solução para qualquer litígio não deve levar em conta somente o dispositivo de lei que parece “contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam” (1999, p. 5). Avulta aí a idéia de interpretação conforme à tábua axiológica da Constituição:

O requisito de interpretação “conforme à Constituição” exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência. O

juiz que interpreta há-de ter em conta, na concretização dos princípios constitucionais, o primado de concretização do legislador. Se o princípio admite várias concretizações, está vinculado à que foi escolhida pelo legislador, contanto que esta se situe ainda nos quadros da livre concretização assinalada ao legislador. Na concretização tanto pelo legislador como pelo juiz – se interpreta “conforme à Constituição” – há-de ter-se sempre em atenção a combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente limitar (LARENZ, 1997, p. 487).

A interpretação conforme à Constituição existe quando determinada norma oferece diferentes possibilidades de interpretação, algumas delas incompatíveis com a Constituição. No *catálogo-tópico de princípios de interpretação constitucional* (CANOTILHO, 1998, p. 1.096), ela surge como verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade ao afirmar a compatibilidade de uma lei com a Constituição (SICCA, 1996, p. 29), procedendo à exclusão das possibilidades de interpretação entendidas como inconstitucionais (BASTOS, 1999, p. 170).

Lenio Luiz Streck, discordando de Canotilho, sustenta que o mecanismo possui também elemento axiológico, já que “*permite não somente redefinir o conteúdo do texto, como também adaptá-lo à Constituição*. É o que acontece freqüentemente com as decisões que têm por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (2004, p. 583).

A interpretação conforme à Constituição é validada, não só pela força normativa e dirigente da Constituição, mas pelo princípio da unidade da ordem jurídica (*Einheit der Rechtsordnung*). Considerando a Constituição em contexto superior (*Vorrangiger Kontext*), os demais elementos integrantes do ordenamento jurídico devem ser interpretados, obrigatoriamente, em consonância com aquela. Nessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição configuraria um problema de antinomia de primeiro grau em relação às exegeses tidas por incompatíveis, solucionado pela manifesta precedência da *lex superior*, e não o contrário, valendo aqui a advertência de Paulo Bonavides acerca do método tradicional de pensamento, positivista e assistemático:

Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei ("*eine gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*"), distorção que se deve conjurar (2003, p. 518-9).

Considerando que "o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito como um todo, e não apenas um determinado texto normativo" (GRAU, 2006, p. 42), pode-se concluir que a norma será justamente o produto de todo esse processo de interpretação/aplicação do direito, o que, com efeito, se distingue do enunciado normativo expresso no texto. Assim sustenta Eros Roberto Grau:

As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem o que elas dizem (2006, p. 86).

Na mesma senda, Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (2004, p. 22)

Ávila exemplifica a desnecessária correspondência entre texto e norma referindo o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito, ambos despidos de dispositivo pertinente expresso no texto, porém perfeitamente aceitos como normas jurídicas válidas (ÁVILA, 2004, p. 22).

Na perspectiva de que a norma será o fruto da atividade interpretativa já se manifestou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar decisão cuja ementa segue parcialmente transcrita:

A interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa. - O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade (STF, Segunda Turma, RE-AgR 269579/RS, data do julgamento: 26.09.2000, fonte e data da publicação: DJ 07.12.2000, p. 48, relator: Ministro Celso de Mello)

Também Paolo Grossi (2001, p. 73) ressalta a necessidade de conceber a normatização como um processo que não se esgota com a produção legislativa da norma, de forma que o direito positivo deve envolver também o momento subsequente: o da interpretação, como formador da realidade complexa da norma e condição necessária para a concretização de sua positividade. Para chegar a isso, é necessário que o jurista mude seu ponto de vista, ou, na linguagem do autor, os óculos sobre o nariz do jurista, de forma a reconhecer o vínculo necessário do direito com a realidade:

Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscano l'interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva, che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di soggetti. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatarii del comando (GROSSI, 2001, p. 73-4).

Nessa linha de raciocínio, a norma é, não um dado, mas um vir-a-ser que se constrói através do tempo, seja no processo social formativo da norma (no qual não se pode ignorar a influência dos padrões sociais formatados juridicamente, aliados às necessidades técnicas que motivam a criação legislativa), seja na sua interpretação pelos atores sociais.

Frente a tal revolução paradigmática, que implica a modificação do conceito de direito, de sistema jurídico, da hermenêutica jurídica e da própria metodologia do Direito, abandonando sistematizações fechadas e abrindo-se à realidade social, como deve se portar o jurista? Qual o papel do jurista, qual a natureza do seu vínculo ao direito positivo hoje? Pode “criar” a norma sem trair o Direito, isto é, sem deformar a norma sob o peso de uma interpretação arbitrária? É possível adaptar o texto legal às novas situações fáticas e jurídicas, sem o tornar irreconhecível?

As ilusões da segurança jurídica e da possibilidade de sistematizações fechadas que tranqüilizassem o jurista na interpretação/aplicação da norma foram abandonadas. Resta, entretanto, a angústia do “como” realizar o Direito, “levando-os a sério”, na expressão de Ronald Dworkin. Dito de outro modo, impõe-se fixar lindes à interpretação, para evitar – sob as vestes de resposta ao legalismo – relativismos e arbitrariedades.

Ora, um dever de lealdade ao Direito, operando como vínculo deontológico para o jurista, implica fundamentalmente a coerência axiológica na interpretação da norma. Esse dever de fidelidade à lei se expressa hoje, não mais como obediência a um comando normativo, mas como leal execução de um pacto, dever de encontrar as soluções jurídicas à luz de princípios e juízos de valor que pertencem ao momento fundativo de uma coletividade organizada, e aceitos por toda a comunidade (LIBERTINI, 1991, p.75). E o pacto, como dito alhures, não pode ser outro senão a Constituição.

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente (BARROSO & BARCELOS, 2006, p. 329).

Os fundamentos e as conseqüências dessa nova postura serão vistos a seguir.

2.2 A “virada de Copérnico”

A expressão “virada de Copérnico”, usada por Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 545) e Luiz Edson Fachin (1998, p. 13), reconhece o papel fundamental da Constituição de 1988 na substancial mudança de paradigma, deixando de lado os ranços liberais, vez que a Carta incorporou ao texto, como ideal característico, a adjetivação do Estado como “Democrático de Direito” (Preâmbulo e artigo 1º).

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que essa nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contornos novos onde tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário – a *solidariedade* agrega-se a ela compondo um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à *qualidade de vida* individual e coletiva dos homens.

A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de *transformação do status quo*, a *lei* aparecendo como um *instrumento de transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutuando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser *coletividades difusas*, a partir da compreensão da partilha comum de destinos (STRECK & MORAIS, 2000, p. 94-5).

Pelo ideário, moldado sob o signo da redemocratização (a exemplo do que ocorreu com Portugal e Espanha), o Estado Democrático de Direito erige a valor insuprimível a *dignidade humana*, preconizando a igualdade (material e não meramente formal) como elemento teleológico de atuação de todos os integrantes da coletividade. Nas palavras de Luiz Edson Fachin:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração (2001, p. 51).

Por isso, sustenta o autor paranaense:

A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico (FACHIN, 2003, p. 17).

Procura-se libertar dos grilhões do modelo anterior, vez, que, conforme Paulo Bonavides,

Sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes capciosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce, não raro, a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes (2003, p. 435).

Evidentemente que de nada vale a mudança da perspectiva material da Constituição, erigindo a dignidade humana a princípio fundante da República, se continuar a entendê-la como uma carta de natureza meramente política e não como uma carta de natureza jurídica com força normativa.

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ser), *mas que*

constitui norma jurídico-positiva, com status constitucional e, como tal, dotado de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa salientar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas de direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*) (SARLET, 1998, p. 109-10).

A afirmativa pode até parecer óbvia, porém vale lembrar que, até a virada constitucional, “prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral”. Disso resultou a falta de efetividade das Constituições brasileiras. “Daí porque (...) sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração” (BARCELLOS & BARROSO, 2006, p. 328).

J. J. Gomes Canotilho, sustentando a “morte” das normas constitucionais programáticas, refere que:

Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance do dito valor (1998, p. 1051).

O professor lusitano elenca em seu “Catálogo Tópico” dos princípios de interpretação constitucional o princípio da força normativa da constituição.

Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência (CANOTILHO, 1998, p. 1099).

Vale dizer que a Constituição é lei, porém diferente das demais.

É uma *lei específica*, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como *constituintes*, assim como o poder e os processos que a reforma são tidos como *constituídos*, por ela mesma; é uma *lei necessária*, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma *lei hierarquicamente superior* – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, a qual todas as leis têm de submeter-se; é uma *lei constitucional*, pois, em princípio, ela detém o *monopólio das normas constitucionais* (ESPÍNDOLA, 2002, p. 100).

Assim, pois, é pressuposto para a concretização dos preceitos estabelecidos pelo poder constituinte originário entender a Constituição como norma jurídica e, como tal, dotada de efetividade e aplicabilidade, e não como mero plano político, constituído de normas programáticas. A questão, agora, é de se “saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de ‘*aplicação directa*’ e em que medida é exeqüível por si mesmo” (CANOTILHO, 1998, p. 1051).

Além dessa questão – *em que termos e em que medida se dá a aplicação* –, coloca-se outra, qual seja: em se tratando de normas constitucionais, não é possível simplesmente escolher uma em detrimento das demais. Na medida em que todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, o princípio da unidade não permite a exclusão ou eliminação de um direito, quando contraposto a outro de igual magnitude. O mesmo se dá com normas infraconstitucionais que encontram suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais, mas parecem afrontar outras. Frente a esses casos, a subsunção não tem instrumentos para produzir uma solução capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes (BARCELLOS & BARROSO, 2006, p. 55); então, para preencher essa insuficiência, entra em voga a teoria dos princípios.

2.3 Entre princípios e regras

Com efeito, pode-se dizer que hoje a doutrina constitucional vive a euforia do *Estado Principiológico* (ÁVILA, 2006, p. 26). A já referida intensificação do fracasso do positivismo na segunda metade do século XX, com a queda do mito da completude do ordenamento jurídico e da aproximação quase que total entre Direito e norma, levou o constitucionalismo moderno a uma volta aos valores. Um período que passa a ser designado de pós-positivismo, trazendo aspectos de uma nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2006, p. 27).

Tais valores são traduzidos em princípios, abrigados, explícita ou implicitamente, na Constituição. Estes, portanto, tornam-se síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, de modo a refletir a ideologia da sociedade, bem como suas finalidades, proporcionando unidade e harmonia ao sistema. Dessa forma, acabam por condicionar a atividade do intérprete (BARROSO, 2006, p. 29-30).

No Brasil, o debate sobre os princípios assume maior relevância a partir da promulgação da Constituição de 1988 (SILVA, 2005, p. 29). Desde então, como elemento indispensável no sentido da superação do positivismo legalista, que limitava norma à regra jurídica, a distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio começa a transformar-se em um dos sustentáculos da moderna dogmática constitucional. Nesse sentido, “*a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos*” (BARCELLOS & BARROSO, 2003, p. 338).

A mudança de paradigma deve-se, sobretudo, às concepções idealizadas pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin e, posteriormente, pelo jurista alemão Robert Alexy. Suas teses partem da distinção entre regras e princípios como a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 1997, p. 81), definindo um distanciamento forte entre essas espécies de normas. Por

consequente, as diferenças entre os conteúdos de princípios e regras implicam também uma significativa alteração no modo de aplicá-los.

Dworkin conceitua as regras jurídicas dentro de um modelo de tudo ou nada (“*all or nothing*”). Duas são as possibilidades: ou (a) são aplicáveis por completo, produzindo, assim, conseqüências jurídicas; ou (b) não são aplicáveis, conseqüentemente, não gerando efeitos jurídicos. Em outros termos, se preenchida a hipótese de incidência de uma regra, ou ela é válida e sua conseqüência normativa deva ser aceita, ou a regra não é considerada válida (DWORKIN, 1999, p. 25 e 1984, p. 78). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos, de modo que sua aplicação se daria, predominantemente, através de subsunção (BARROSO, 2006, p. 30-1).

Para Dworkin, os princípios jurídicos, por sua vez, atuam de forma distinta (1984, p. 76-7). Mesmo os que se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente pelo preenchimento das condições estabelecidas como suficientes para sua aplicação.

Um princípio enuncia uma razão que argumenta em uma direção, mas não exige uma decisão em particular. Pode haver outros princípios, ou políticas, que apontem na direção contrária. Isso não significa que o princípio não pertença ao sistema jurídico, porque em outra situação, quando as considerações contrárias não existam ou tenham menos força, o princípio pode ser decisivo (CEZNE, 2005, p. 53).

Eles somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos originados de outros princípios, não determinando, portanto, absolutamente a decisão (ÁVILA, 2006, p. 37). Tais fundamentos, normalmente, representam uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir (BARROSO, 2006, p. 30-1).

Partindo dessa perspectiva, Alexy faz avançar ainda mais o conceito de princípios. Segundo ele, estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Ou

seja, os princípios são *mandados de otimização*, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não: dito em outros termos, são *mandamentos definitivos* que não admitem gradações. Assim, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau (ALEXY, 1997, p. 86).

A distinção entre princípios e regras fica ainda mais clara nas colisões de princípios e no conflito de regras. Na esteira de Dworkin, Alexy dispõe que, no caso regras conflitantes, uma delas, necessariamente, deve ser considerada inválida. Dizendo de outro modo, havendo duas regras que prevêm conseqüências jurídicas diversas para o mesmo suporte fático (antinomia), uma delas será declarada inválida. Para tanto, utiliza os tradicionais critérios de superação de antinomias expressamente previstos no ordenamento, quais sejam, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Ainda, nesse caso, poderá ocorrer, também, uma cláusula de exceção em uma das regras.

Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas (ALEXY, 1997, p. 88).

Já, no caso de colisão entre princípios, “*uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción*” (ALEXY, 1997, p. 89). Esse atributo dos princípios decorre da dimensão de peso conferida aos mesmos, não extensiva às regras.

Com efeito, os princípios, como mandados de otimização, ao serem aplicados, devem ser ponderados. Alexy estrutura a técnica de superação de colisão entre princípios em sua *lei de colisão*. Trata-se de estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 1997, p.90-5). Assim, pois, não há o que se falar em hierarquia

entre princípios. A prevalência do princípio *x* em relação ao princípio *y*, em dada situação, não implica a mesma prevalência em outros casos, já que as circunstâncias também poderão ser outras.

Um deles se sobreporá ao outro em face do seu maior peso no caso específico. Entenda-se peso por razões suficientes para preferir um princípio ao outro; assim, *“cuanto mayor es el grado de la satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*. (ALEXY, 1997, p. 161). Dessa forma, somente na situação concreta, pela ponderação, o intérprete poderá valorar o peso de cada princípio colidente. O método para tanto, ressalta o autor (1997, p. 111), está no princípio constitucional da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Também no dizer de Karl Larenz, é a técnica da ponderação (chamada de método pelo autor) que servirá a “determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto” (1997, p. 575).

Ricardo Luis Lorenzetti afirma que

Os direitos fundamentais podem opor-se entre si, gerando antinomias de difícil solução. Por isso é necessário estabelecer um mínimo de hierarquia entre eles, ou então um sistema de solução de conflitos.

Nestes casos, falamos em direitos competitivos, que são aqueles que podem competir entre si, porque levam a soluções distintas, porém é possível buscar um nível de equilíbrio mediante um juízo de ponderação (1998, p. 158).

Assim, pela ponderação, o que se pretende é limitar apenas ao indispensável um dos princípios para superar o conflito com outro, harmonizando-os na medida do possível. Não cabe ao intérprete, porém, a simples anulação de um princípio para total observância de outro. É preciso preservar, tanto quanto possível,

as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar (CANOTILHO, 1998, p. 1.098).

Ganha realce, nessa nova dinâmica, a “jurisdição constitucional”, na democracia obtida com o exercício interpretativo do juiz diante do caso concreto (FREITAS, 1987, p. 51; MAXIMILIANO, 1981, p. 157), e por argumentação razoável para justificação da escolha estatal (PERELMAN, 1998, p. 130).

Ahora bien, el proceso de interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de las consecuencias de esa norma para tales casos, y las variaciones que la interpretación y la individualización deban ir experimentando, todo eso, debe caer bajo el dominio del logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto razonablemente. Pero para eso no sirven las razones de tipo matemático. La lógica tradicional, la de la razón pura, no sirve para tratar ni resolver tales problemas. Necesitamos otro tipo de lógica, la cual también es lógica, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos la lógica de lo humano, la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica de lo racional (SICHES, 1980, p. 143).

Wilson Steinmetz, com fulcro em Alexy, refere que essas estruturas da ponderação, que em última análise são “estruturas de argumentação racional” (2004, p. 211-4), podem ser definidas assim:

a) Princípio da adequação: determina que, no caso concreto, se verifique se a decisão normativa que limita determinado direito fundamental viabiliza o resultado almejado. Em outros termos, “trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido”.

b) Princípio da necessidade: determina que, no caso concreto, se verifique se dentre os meios possíveis de restrição de alcançar o objetivo, o escolhido é o menos gravoso ou prejudicial. “Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental(is) em questão.

c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: determina que os meios utilizados devam ser razoáveis considerando o resultado buscado. Ou seja, “esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da ‘justa medida’ entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida”.

Ainda como elemento da ponderação, Alexy propõe condições (gerais) de precedência *prima facie*, buscando criar uma “ordem fraca” no campo dos princípios (trasladando para tal campo critérios que são normalmente utilizados para regras). Justamente por serem *prima facie*, tais condições são absolutas: limitam-se a impor a um princípio o ônus de argumentação para precedência de outro (ALEXY, 1997, p. 95). Vale dizer: “De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro, exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus de argumentação para serem afastadas” (STEINMETZ, 2004, p. 215). Esse elemento da teoria dos princípios na forma propugnada pelo autor alemão será, mais adiante, de grande valia na fundamentação às posições adotadas neste trabalho, importando agora aplicar ao âmbito privado as noções até aqui desenvolvidas.

Frisa-se mais uma vez, nessa perspectiva, a ponderação, que para Dworkin e Alexy não se estende às regras, ao procurar estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, realizando concessões recíprocas, significa uma superação dos critérios tradicionais previstos para a solução de conflitos normativos, que não são mais adequados frente a colisões entre normas constitucionais. O propósito da ponderação é solucionar conflitos normativos de maneira menos traumática para o sistema como um todo, de forma que as normas contrapostas continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas (BARCELLOS & BARROSO, 2006, p. 57).

Conforme já referido alhures, “a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição” (GRAU, 2006, p. 44). Desse modo, gradativamente, a ponderação tem-se destacado como figura principal dos princípios, e, embora durante muito tempo estivesse claramente

vinculada à teoria e às características particulares dessa espécie normativa, já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma que vem sendo aplicada a ambientes distintos do da colisão de princípios (BARCELLOS & BARROSO, 2006, p. 56).

Com efeito, Humberto Ávila (2006, p. 26-33) procura demonstrar a capacidade de ponderação também das regras e, a partir daí, manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sobre fundamentos diversos dos propostos por Dworkin e Alexy. Para o autor gaúcho, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas, sim, como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. Enquanto a racionalidade hermenêutica tradicional defende que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, o referido autor distingue o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade. Nessa lógica, a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores além da simples conferência da ocorrência dos fatos previamente tipificados.

Nessa perspectiva, as possibilidades normativas e fáticas que serão verificadas no processo de aplicação é que determinarão o conteúdo normativo de qualquer norma, seja princípio, seja regra. O último passo é dado pela decisão interpretativa.

A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, coerentemente construída pelo próprio intérprete. Por isso não é correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra (ÁVILA, 2006, p. 41).

Por esse viés, qualificar certa norma como princípio ou como regra parte da colaboração construtiva do intérprete. Há uma dependência em relação ao uso argumentativo, e não da estrutura hipotética (ÁVILA, 2006, p. 35-43).

Na medida em que só a aplicação frente ao caso concreto corroborará as hipóteses antes havidas como automáticas, passando as regras, portanto, por um processo muito semelhante ao que passam os princípios, prévio à implementação de suas conseqüências, as duas espécies normativas, ao invés de se afastarem, se aproximam. Ambas permitem a consideração de fatores concretos e individuais, que dizem respeito não à estrutura das normas, mas à sua aplicação. Nesse cenário já não podem mais ser distinguidas no modelo *tudo ou nada* de aplicação das regras. Como elemento diferenciador resta somente o grau de abstração anterior ao processo de interpretação (ÁVILA, 2006, p. 47-8).

Daí porque considera a ponderação como um método de aplicação não privativo dos princípios. “Qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso” (ÁVILA, 2006, p. 58-9). Então, a concepção de que o conflito entre regras é necessariamente abstrato e que, assim, uma delas deveria ser declarada inválida ou deveria ser aberta uma exceção, deve ser superada. Esse é caso de qualidade contingente, não necessária, pois “a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador” (ÁVILA, 2006, p. 54-9).

Posta dessa forma, pode-se dizer que:

A diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devem ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a

conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. O ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso (ÁVILA, 2006, p. 62).

Decorrente disso, para ele, a principal diferença é que os princípios são normas cuja função é a determinação da realização de um estado ideal das coisas a ser atingido (*state of affairs, Idealzustand*), ao passo que das regras é a previsão do comportamento imediato, há maior determinação de comportamento em razão do caráter descritivo do dispositivo. Assim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética (ÁVILA, 2006).

Por fim, nessa mesma perspectiva, também possuindo as regras conteúdo valorativo e, conseqüentemente, carecendo de ponderação, podem elas, excepcionalmente, ter afastada sua incidência, independentemente de reconhecimento de validade ou invalidade. É o caso de regras que abstratamente convivem, mas concretamente entram em conflito. O professor gaúcho fundamenta sua tese referindo dois exemplos. O segundo, por ser mais apropriado ao tema deste trabalho, merece transcrição:

[...] uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgota o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra *proíbe* ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem promover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual 9.908/1993). Essa regra *obriga* que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver (ÁVILA, 2006, p. 53).

Conforme se vê, trata-se de situação em que (a) as regras concretamente conflitam, (b) não se pode falar, absolutamente, em invalidade de

uma delas, (c) nem abrir uma exceção. Na questão, não há necessidade de retirar uma das regras do ordenamento jurídico: deve o julgador, ao analisar o caso concreto, afastar a incidência de uma ao atribuir maior peso à outra. Diante disso, a solução a ser atribuída ao caso concreto – que ora é insignificante – resultará da ponderação entre as finalidades que cada uma das regras busca preservar – garantir a vida do cidadão *versus* preservar a intangibilidade da destinação dada pelo Poder Público às suas receitas (ÁVILA, 2006, p. 55).

Vale dizer, pois, que as regras não são absolutas, porém o seu afastamento não se dá facilmente; muito pelo contrário, depende de determinadas condições. Tais condições, segundo o professor gaúcho (ÁVILA, 2006, p. 115-20), podem ser de ordem material e procedimental.

Pelos requisitos materiais, que condicionam a superação ao preenchimento de determinados requisitos de conteúdo, além de se levar em conta a ponderação entre as finalidades das regras, impõe-se a análise da repercussão para os demais casos, ou como diz o autor, “a superação de *uma regra* depende da aplicabilidade geral *das regras* e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual” (2006, p. 119). Disso estabelece o seguinte mandamento:

O grau de resistência de uma regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de se fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afeta a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos (ÁVILA, 2006, p. 118).

Já os requisitos procedimentais, que condicionam a superação ao preenchimento de determinados requisitos de forma, são divididos em três, quais sejam (ÁVILA, 2006, 119-120):

a) *Justificativa condizente* – depende de dois fatores: 1º) apontar a incompatibilidade entre a hipótese que a regra estabelece e a sua finalidade

subjacente; 2º) demonstrar que o afastamento da regra não importa em expressiva insegurança jurídica, ou seja, “a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral”.

b) *Fundamentação condizente* – depende da exteriorização racional e transparente de razões suficientes a permitir a superação. “A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”.

c) *Comprovação condizente* – A simples alegação não é suficiente para superação de uma regra, sendo, portanto, imprescindível, a comprovação por meios de prova adequados, tais como documentos, perícias ou estatísticas.

E, realmente, parece não haver problema na aproximação entre princípios e regras, independentemente de sua densificação normativa; a distinção será feita conforme a argumentação desenvolvida.

2.4 Normas constitucionais e relações privadas

Tradicionalmente, o sistema jurídico positivo é dividido em direito público e direito privado. Ainda entre os romanos, Ulpiano dispunha: “*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod utilitatem singulorum pertinet*”. Ou seja, o direito público tem por objeto o Estado, enquanto o direito privado tem por objeto a disciplina dos interesses particulares (LOTUFO, 2003, p. 29).

Nessa esteira, a dogmática estabeleceu dois critérios diferenciadores entre um e outro:

1º) *Baseado nas partes envolvidas* – considera-se público o ramo do direito que discipline a atuações dos Estados entre si e os cidadãos, e particular, aquele que regula as relações entre particulares.

2º) *Baseado no interesse envolvido* – considera-se como pertencente a um ou outro ramo do direito, de acordo com o interesse jurídico tutelado. Assim, caso tutele interesses gerais, pertence ao direito público; caso proteja interesses particulares, ao direito privado.

Por essa racionalidade clássica, sendo o direito público, em linhas gerais, destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade e estruturar a organização e as funções do Estado, engloba, entre outros: o direito constitucional (por excelência), o direito administrativo, o direito penal, o direito processual, o direito internacional, o direito ambiental, o direito tributário, e o direito previdenciário. Em contrapartida, cabe ao direito privado regular as relações dos indivíduos entre si, sendo de sua alçada: o direito civil (por excelência), o direito comercial, o direito do consumidor, o direito do trabalho, entre outros.

O ápice dessa dicotomia deu-se notadamente com o advento do Estado Liberal francês. Conforme anteriormente referido, em tal contexto, a Constituição, elemento fundante do direito público, limitava-se 1) a regulamentar as relações do Estado com o cidadão, estabelecendo direitos fundamentais negativos, e 2) a definir as funções estatais mínimas. Diversamente, o Código Civil de 1804, chamado “Constituição do direito privado”, buscava regular minuciosa e pretensamente todas as relações entre particulares, alcançando a tão sonhada segurança jurídica – por óbvio, para a classe ascendente ao poder, ou seja, a burguesia. Nesse âmbito, o *Code* situava-se em nível hierarquicamente superior a qualquer outra legislação, até mesmo ao regramento constitucional.

Isto porque a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e definiu as linhas mestras da doutrina tradicionalmente dominante, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas idéias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil destinava-se a assegurar a liberdade de contratar e a franca apropriação de bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, consolidada no século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias

fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado na esfera privada (TEPEDINO, 2006 B, 340-1).

Com a falência do modelo liberal e a conseqüente *publicização* do direito privado, com a intervenção do Estado nas relações entre particulares através da edição de leis extravagantes regulamentando extensas matérias, há o primeiro baque nessa dicotomia. Algumas questões (mesmo que não envolvendo diretamente o Estado), antes deixadas à “livre” e soberana vontade dos particulares, passam a ser tuteladas diferentemente. Caso típico é o reflexo na relação laboral, conforme comenta Pontes de Miranda:

Sobreveio, porém, com a crise provocada pelo capitalismo e a burocracia improdutiva, a crescente criação de novos limites ao auto-regramento da vontade. O contrato de locação de serviços bifurcou-se em *contrato de locação de serviços* e *contrato de trabalho*. Em alguns países, o estreitamento do auto-regramento da vontade foi mais acentuado do que noutros: o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu (diz-se) a produção, a distribuição e o consumo; tabelou preços e salários; regulou o contrato de trabalho até os últimos pormenores. Mais profundamente o fez quando, em vez de em regras legais, se permitiu fazê-lo em provimentos e atos de administração, mais ou menos arbitrariamente (1983, p.60) [grifo do autor].

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ora entendida como norma jurídica, essa distinção, que já vinha sendo mitigada, sofreu o seu grande golpe. Tratando a realidade italiana, análoga à brasileira, Perlingieri refere que o “Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado cada vez mais pelo Texto Constitucional” (1999, p. 6).

Para parte da doutrina, em razão da unidade do sistema jurídico, que tem a Constituição como vértice e que irradia seus valores, em especial a dignidade humana, sobre todos os ramos do direito, essa rígida contraposição perde a razão de ser. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, *inaceitável a rígida contraposição direito-público e direito-privado*. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um “*mondo in frammenti*”, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário (1993, p. 24) [grifo nosso].

De qualquer forma, segundo Rizzatto Nunes, nunca se concebeu um critério satisfatório para essa divisão do direito, já que: “não se vislumbra a linha divisória ao nível de aplicação real e efetiva do Direito; tampouco se conseguia fazê-lo em nível teórico e abstrato. Toda a tentativa revela-se frustrada” (2001, p. 121).

Gustavo Tepedino chega a afirmar que a manutenção dessa dicotomia chega a afetar a efetiva proteção da dignidade humana, pois:

[...] ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte excluiu a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a óptica de solidariedade constitucional. Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado (2006 B, p. 341).

Nessa hermenêutica, compreendendo o Direito como sistema aberto e historicamente engajado, resta superado o paradigma também do Código Civil de 2002, na crítica de Luiz Edson Fachin: “a Constituição de 1988, ao impor ao Direito a concretização da dignidade da pessoa humana, tornou o Código Civil de 2002, com sua preocupação eminentemente patrimonialista, inadequado à nova ordem jurídica” (2003, p. 20).

No mesmo diapasão, Gustavo Tepedino, criticando o então Projeto do Código Civil, que veio transformar-se na Lei nº 10.444, de 10/1/2002, vigente desde 11/1/2003, referiu que

Do ponto de vista social, o retrocesso não é menos chocante. [...] As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista. Os quatro personagens do Código Civil – o marido, o proprietário, o contratante e o testador – que exauriam as atenções (sociais) do codificador, renascem, redivivos, com o Projeto, agora em companhia de mais um quinto personagem: o empresário (1999, p. 438).

Entretanto, não há de ser olvidado o fato de que o novo (já velho) Código Civil está posto, e, como referiu Gustavo Tepedino,

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional (2002, p. XV).

É premissa para a nova postura a despatrimonialização – ou repersonalização – do direito privado, reinterpretando os seus institutos fundamentais (titularidades, trânsito jurídico e projetos parentais), à luz da Constituição (não esta a reboque daquele), ou, conforme à Constituição. Para Ricardo Aronne,

A manutenção da Teoria Geral do Direito Civil, nos moldes orientados pela Pandectista, é uma patologia a ser criticamente

tratada se aquela não se legitima mais no sistema jurídico, ferindo a própria instrumentalidade do Direito, reduzindo-o a uma leitura conceitual, calcada em arquétipos oitocentistas, não condizente com a realidade social hodierna e tampouco com os valores e princípios constitucionais positivados (2001, p. 35).

Alguns autores preferem falar em ressystematização do direito privado à luz da Constituição, tal como fazem Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 77) e Judith Martins-Costa. Desta, colhe-se a seguinte passagem:

A expressão *sistema aberto*, entendida em sua literalidade, constitui, na verdade, *contradictio in terminis*, à medida que a “abertura” completa implicaria assystematização. Por isso, é de maior rigor a expressão *sistema relativamente aberto* ou *sistema de auto-referência relativa*. Esta indica um modelo de sistema que, embora guardando as propriedades fundamentais da reunião dos elementos que o compõem, da *relação ordenada* entre estes (e daí a idéia de *ordem*) e *unidade entre os elementos* – e não a mera justaposição, porque os elementos supõem uma certa identidade, caracterizada em especial sob o aspecto da não-identidade com o que está fora do sistema – permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes, uma permanente *ressystematização* (MARTINS-COSTA, 1999, p. 275).

Nesse caso, porém, o Código Civil permanece como eixo central das formas privadas de trânsito jurídico, de maneira “aberta” e tópica, isto é, alimentada pela concreção das cláusulas gerais no caso concreto.

O pensamento que norteou a comissão que elaborou o Projeto do CC brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto. [...] O CC, como Código central, é mais amplo que os CC tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm “cláusulas gerais”, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente, com novos princípios e normas. O Juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o CC adquire, progressivamente, maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito (COUTO E SILVA, 1987, p. 148-9).

O Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como um “eixo central” e como um *sistema aberto* em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução – de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo (MARTINS-COSTA, 2002 B, p. 117-8).

Assim, pois, nessa perspectiva a idéia é, não de superação da distinção entre direito público e direito privado, mas sim de “reconstrução do direito privado” através de uma “dialética complementaridade”. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

A unidade do ordenamento não significa, contudo, a dissolução ou substituíbilidade das diferentes funções que nela exercem o direito constitucional e o direito privado. Se ao primeiro incumbe fixar, no catálogo dos direitos fundamentais, os valores que determinada comunidade tem como essenciais, ao segundo cabe disciplinar a sua concreta atuação nas relações interprivadas, promovendo a sua efetiva disciplina (2002 A, p. 16-7).

De qualquer modo, o dissenso não é absoluto, segundo Karl Engisch, porque “a distinção entre o método casuístico e o método da cláusula geral é, evidentemente, uma distinção apenas relativa” (2001, p. 230). Assim, permanece o fato de que, independentemente do ponto de que se parta, o certo é que o direito privado recebe os influxos da Constituição, cuja força é impositiva.

Por outro lado, doutrina de vulto, com uma abordagem distinta da dos civilistas acima referidos, porém de valia a esse trabalho, aborda de forma sistemática o “*como e em que medida se dá a vinculação dos preceitos constitucionais aos particulares*”. A análise passa pela perspectiva dos direitos fundamentais, até porque:

É preciso ter presente, que o plano das relações privadas (substancialmente codificadas) é irrigado por Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, e que os particulares, *lato sensu*,

devem observá-los em suas relações (REIS & FISCHER, 2005. p. 50).

Trata-se, pois, da *eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas*, ou perante terceiros que não o Estado, ou, ainda, eficácia horizontal; o que os alemães chamam de *Drittwirkung*.

Numa primeira e descontextualizada análise, pode parecer óbvio conceber que os direitos fundamentais possam influenciar de alguma forma as relações entre particulares. Ocorre que mesmo isso representa considerável mudança de paradigma, já que, historicamente, os direitos fundamentais, ainda no Estado Liberal, pelas razões expostas no primeiro capítulo, foram concebidos como formas de proteção meramente do indivíduo em face do Estado. Porém, ao contrário do que se propugnava no período, constatou-se que não é somente o Estado que tem o poder de ameaçar os direitos fundamentais dos particulares, mas também, aqueles particulares que de alguma forma possuem uma condição de supremacia em relação ao outro, seja ela econômica, social ou por qualquer outro motivo.

O problema é que não se pode simplesmente equiparar essa relação a relação entre o Estado e o particular. O Estado, nesse caso, é sujeito passivo na relação, ou seja, não é titular de direitos fundamentais, é somente destinatário deles. Diferentemente, na relação entre particulares, ambos são titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 1997, p. 511). Diante desse quadro, mostra-se inarredável abordar uma metodologia própria para a questão, que compatibilize os direitos fundamentais com os preceitos próprios do direito privado, especialmente quando conformes à Constituição.

Acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, várias são as correntes conflitantes, porém, neste passo, importam as duas mais trabalhadas, quais sejam, a da vinculação direta ou imediata e a da vinculação indireta ou mediata.

Virgílio Afonso da Silva, assim como outros autores, refere como precursor da teoria da eficácia direta o jurista alemão Hans Carl Nipperdey. De acordo com o professor germano, “os direitos fundamentais têm *efeitos absolutos* e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados”, mesmo em se tratando de relações privadas. Ademais, sustenta que “esse *efeito absoluto* dos direitos fundamentais faz com que sejam também desnecessárias ‘artimanhas interpretativas’ para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator” (SILVA, 2005, p. 87). Ou seja, “os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas” (SILVA, 2005, p. 90).

No Brasil, para os defensores dessa corrente, aceita-se que os direitos fundamentais previstos implícita ou explicitamente na Constituição Federal, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais que a República seja signatária, têm, de acordo com o artigo 5º, § 1º, eficácia imediata, (a) com aplicação direta sobre todas as relações privadas (NEUNER, 2004, p. 12), bem como (b) sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional: (b.a) no caso de elementos novos (posteriores à Constituição), que sejam incorporados em conformidade com a ordem constitucional, e (b.b) no caso de elementos antigos (anteriores à Constituição), que sejam elas reinterpretados e adequados à nova racionalidade (*Verfassungskonforme Äuslegung*).

Na lição de Pietro Perlingieri:

As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, com expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas.

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela

expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos (1999, p. 10-2).

Daí, pode-se dizer que os direitos fundamentais criam concretamente direitos subjetivos aos particulares. Corrobora com essa perspectiva a abertura interpretativa do texto normativo, notadamente da Constituição, na linha preconizada por Häberle. Conforme ressalta BONAVIDES (2003, p. 465-7), a teoria do eminente professor alemão leva a tópicos às últimas conseqüências, inserindo fortemente a democratização no processo interpretativo, alargando o círculo dos participantes do processo. A interpretação deve ser compreendida em seu sentido amplo, abrangendo não somente a interpretação restrita da esfera jurídica (especialmente a interpretação dos Tribunais), mas a interpretação advinda da comunidade de cidadãos. Para tanto, Peter Häberle entende ser essencial a tarefa de todos os participantes da sociedade, como intérpretes autorizados e legitimados pela própria Constituição:

O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*trial and error*”, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e habitualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles (1997, p. 42-3).

Há autores que não aderem a esse entendimento, preferindo outorgar aos direitos fundamentais uma eficácia meramente mediata, ou de aplicação indireta, sobre as relações interprivadas. Dentre eles, o próprio Konrad Hesse:

Importancia decisiva del Derecho Constitucional para el Derecho Privado: eso no significa, sin embargo, que la Constitución hoy haya devenido fundamento de todo el Derecho y por ello también del ordenamiento jurídico-privado. La Constitución no es, por acudir a una observación irónica de Ernst Forsthoff, el origen del mundo, la célula jurídica germinal de la que todo procede”. Ciertamente, están en el centro del Derecho Constitucional y del Derecho Privado los

mismos hombres, en ambos casos se trata de lograr un orden justo para la convivencia humana. Pero, como muestra una simple mirada a la Historia, el Derecho Privado deriva en mayor medida de otras fuentes que del Derecho Constitucional. Incluso si ya no se encarna en un sistema cerrado, aislado de las demás partes del ordenamiento jurídico, sigue siendo un sector jurídico autónomo (1995, p. 81-2).

Günter Dürig defende essa perspectiva a partir do reconhecimento de um direito geral de liberdade, que é tutelado na grande maioria das constituições democráticas ocidentais. “Esse direito impede que os direitos fundamentais tenham um *efeito absoluto* nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado” (SILVA, 2005, p. 75). Em outros termos, pode-se dizer que é a preservação da autonomia privada como princípio basilar do direito privado, pois o seu aniquilamento acarretaria a perda de identidade, autonomia e função desse ramo do direito ante o direito constitucional (STEINMETZ, 2004, p. 187).

De qualquer forma, por esse modelo, a autonomia do direito privado e a liberdade do indivíduo não são absolutas, já que o direito privado deverá ser influenciado por intermédio do seu próprio material normativo. Assim, pois, a inclusão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas se dará (a) mediante inserções legislativas no regramento privado bem como (b) pelo poder judiciário, mediante a concretização das cláusulas gerais existentes na legislação.

Martins-Costa refere que as cláusulas gerais possibilitam ao intérprete incorporar “princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas” (1999, p. 274), relacionando-os com o caso concreto. Daí se diz, nessa conjuntura, que as cláusulas gerais são as janelas por onde os direitos fundamentais irão adentrar na legislação privada.

Wilson Steinmetz sustenta que não será pela eficácia direta dos direitos fundamentais que a autonomia privada será banida, pois (a) assim como os

direitos fundamentais, a autonomia privada é bem constitucionalmente protegido; ademais, (b) a jurisprudência e a dogmática jurídica já produziram referenciais teóricos e metodológicos para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racional e justificável (2004, p. 198).

Porém, isso não quer dizer que o autor aceite de forma irrestrita a teoria da eficácia direta. Pelo contrário, o professor gaúcho refere que as teorias da eficácia imediata e mediata são complementares e não antagônicas. “Onde termina (ou não há) a possibilidade de viabilização da primeira inicia a atuação da segunda. Ambas são exigências da (e garantem a) eficácia dos direitos fundamentais como princípios objetivos de todo o ordenamento jurídico” (2004, p. 266), tendo-se aí uma terceira corrente acerca da *Drittwirkung*, a da complementaridade, ou como diz Steinmetz, uma eficácia imediata “matizada” ou “modulada” (2004).

Até porque, conforme pontua Juan María Bilbao Ubillos:

La polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas. No hay que olvidar que lo que está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y libertades y el principio de autonomía negocial, sobre el que pivota todo el Derecho privado (2005, p. 361).

Sendo complementares entre si as teorias da eficácia direta e indireta, é natural (e recomendável) que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas busque ser feita, num primeiro momento, através da legislação infraconstitucional, ou, como refere Ubillos, “*En cuanto a la eficacia a través del legislador, no cabe duda de que a el incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones ‘horizontales’*” (2005, p. 342). Todavia, no caso de ausência dessas normas, os preceitos constitucionais podem ser aplicados imediatamente nas relações entre particulares. Até porque “*Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. [...] El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador*” (2005, p. 345).

Exatamente nesse Sentido Jorge Renato dos Reis:

O fenômeno da constitucionalização do direito privado, determina que se dê vigência imediata aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, para tanto, naqueles casos em que já há lei infraconstitucional positivando, não resta dúvida da sua aplicabilidade deva ser imediata nas relações interprivadas; naqueles casos, outros, em que ainda não há legislação infraconstitucional a implementar a efetivação do direito fundamental, ou mesmo, naqueles casos, em que a norma positivada infraconstitucional está a impedir a efetivação do direito fundamental, defende-se a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, a título de controle de constitucionalidade (REIS, 2004, p. 1003).

Ou seja, existindo regulação infraconstitucional própria e conforme à Constituição, deve prevalecer, no caso concreto, a sua aplicação. Ou, nas palavras de Steinmetz: “quando há concretização legislativa, específica e constitucionalmente válida, do conteúdo e alcance de normas de direitos fundamentais, dela o juiz e os tribunais não podem se afastar sem mais” (2004, p. 269).

Isso se dá porque, “em virtude dos princípios democrático e de separação de poderes, não está o Poder Judiciário autorizado a sobrepor-se às ponderações do Poder Legislativo ou delas afastar-se sem mais” (STEINMETZ, 2004, p. 273-4). Em outros termos, havendo legislação infraconstitucional regulamentando determinado direito fundamental e sendo essa regulamentação compatível com o sistema, é inarredável a sua incidência, não havendo espaço de discricionariedade ao aplicador da norma.

Todavia, existindo previsões legislativas específicas, podem elas ser afastadas caso: “(i) manifestamente inconstitucionais, (ii) não possíveis de interpretação conforme à Constituição ou conforme às normas de direitos fundamentais e (iii) deficitárias, insuficientes ou lacunosas” (STEINMETZ, 2004, p. 269).

Calha, aqui, agregar um componente ao método propugnado, qual seja, a situação excepcional da não incidência de uma regra por não estar atendendo concretamente a sua função precípua (fundamentos originários), mesmo que abstratamente válida e constitucionalmente adequada. Nas palavras de Humberto Ávila, é o caso que:

(...) depende da ponderação entre razões que justificam a obediência incondicionada à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam o seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra. Essa decisão – eis a questão – depende da ponderação. Somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca de seu fundamento, nos casos que existe uma discrepância entre eles (2006, p. 58).

Pressuposto para isso é a observância dos requisitos materiais e procedimentais estabelecidos por Ávila (2006, p. 115-120) e que anteriormente foram abordados.

Confirmando o que sustenta acerca da complementaridade de ambas as teorias, Steinmetz dispõe que não havendo regulamentação infraconstitucional acerca de determinado direito fundamental ou sendo um dos casos de não observância da norma infraconstitucional, conforme acima referido, adota-se a tese da eficácia imediata, já que se trata de uma teoria constitucionalmente adequada.

A teoria da eficácia imediata *(i)* é uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, *(ii)* é consistente e conseqüente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do estado e da *sociedade*, e *(iii)* está sintonizada com o projeto – um projeto que não é somente jurídico, mas também ético e político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual e injusta socialmente com a brasileira – de uma máxima efetividade social dos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 271).

Porém, frisa-se, isso não significa que a eficácia seja “linear, absoluta, universal, e definida, abstratamente, de uma vez por todas”. Ela será, na verdade,

uma eficácia imediata “matizada” ou “modulada” pela ponderação de bens, auferível pelo princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2004, p. 273). Disso há um desdobramento.

De um lado, tratando-se de relações privadas extracontratuais, poderão existir conflitos entre dois direitos fundamentais, ou seja, colisões em sentido estrito. Refere-se, por exemplo, à legitimidade de um órgão de imprensa em divulgar imagens de uma famosa atriz “global”, que compareceu em determinado evento social, aberto à imprensa, sem suas “roupas de baixo” e que acabou sendo fotografada. No caso, há um conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, impondo-se ao julgador dar ao conflito uma resposta constitucionalmente adequada, fazendo uso da ponderação de bens na forma abordada anteriormente.

De outro, nas relações privadas contratuais, que interessa mais a este trabalho, poderá haver conflitos entre direitos fundamentais e o bem constitucionalmente protegido da autonomia privada (autonomia negocial), ou seja, colisões em sentido amplo. Daí o porquê de se dizer que, em ambos os casos, não havendo solução normativa específica no plano infraconstitucional, a solução será dada mediante a ponderação de bens, já que tanto a autonomia privada quanto os direitos fundamentais têm caráter normativo de princípio.

Como se sabe, a autonomia privada é princípio fundamental do direito privado, em especial do direito civil, e pode ser definida como:

[...] o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulem os seus próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada manifesta-se como de autodeterminação e autovinculação dos particulares. No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres (STEINMETZ, 2004, p. 190-1).

E, por óbvio, mesmo não estando expressamente disposto, é bem constitucionalmente protegido. A fundamentação para tanto pressupõe uma leitura sistemática do texto constitucional brasileiro.

A afirmação dessa tutela resulta do argumento cujas *premissas* são o do direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, *caput*), o direito do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o direito de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º, XXVI), o princípio de proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, *caput*, § de 1º a 4ª) e cuja conclusão é o poder geral de auto determinação e auto vinculação das pessoas tutelado pela Constituição (2004, p. 200).

Somando-se a isso, a tutela constitucional da autonomia privada pode ser deduzida do direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput*, e XXII) e da sua livre disposição; bem como do princípio da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170, *caput*). “Se o exercício do direito de propriedade exige o instituto do contrato, se o instituto do contrato tem por princípio fundamental a autonomia privada e se a Constituição protege o direito de propriedade, então a Constituição protege a autonomia privada”. Ademais, “é lógica e faticamente indispensável e impraticável a livre iniciativa sem a autonomia privada. Logo, ao eleger a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a Constituição também tutelou a autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 201).

No entanto, “dizer que a liberdade contratual [desdobramento da autonomia privada] é um princípio fundamental não significa dizer que ela é um princípio absoluto” (STEINMETZ, 2004, p. 192). Daí porque, dependendo do caso, deverá ser observada em maior ou menor medida. Nos casos de restrição das liberdades negociais, impõe-se uma maior interferência na esfera interna do contrato, seja através da regulamentação legislativa, seja através de correções pelo Judiciário.

Dito isso, impõe-se retomar o método sustentado para solucionar o conflito entre um direito fundamental e a autonomia privada nas relações contratuais. Wilson Steinmetz (2004, p. 216-7) dá como exemplo relação contratual na qual se convencionou uma restrição de direito fundamental (restrição em decorrência da autonomia privada). A parte cujo direito fundamental foi restringido pleiteia

judicialmente a anulação do contrato, surgindo daí um conflito entre autonomia privada (liberdade negocial) e direito fundamental, sem que exista legislação específica regulamentando a matéria, nem cláusula geral aplicável ao caso.

Cotejando os referenciais teóricos e as estruturas metodológicas trabalhadas com o exemplo acima, Steinmetz enuncia as seguintes proposições (2004, p. 217-9):

a) Princípios são mandamentos de otimização que serão realizados na maior medida possível dentre as possibilidades fáticas (determinadas pelos fatos) e jurídicas existentes (determinadas pelos princípios e regras opostos);

b) Direitos fundamentais em colisão entre si ou com outros bens constitucionalmente protegidos têm caráter normativo de princípios;

c) A autonomia privada é bem constitucionalmente protegido;

d) A tensão entre direito fundamental e autonomia privada na relação contratual pode ser entendida como uma colisão de princípios, mormente pela inexistência de regramento específico;

e) Decorrente do caráter de princípio e da proteção constitucional de ambos, não há como se estabelecer uma precedência definitiva entre eles; podendo-se, sim, estabelecer, no caso concreto, uma relação de precedência condicionada;

f) A relação de precedência condicionada que estabelece, no caso concreto, a prevalência de um princípio sobre o outro é auferida pela ponderação, que por sua vez é guiada pelas estruturas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Estabelecidas tais proposições o autor estrutura o método de solução do conflito: ocorrendo, *in concreto*, colisão entre autonomia privada e direito

fundamental, procede-se às seguintes *verificações*: (g1) se existe estrutura relacional meio-fim, onde a medida restritiva de direitos fundamentais (contratual) é o meio, e o objetivo buscado é o fim; (g2) se o objetivo pretendido está em conformidade com os ditames constitucionais; (g3) se a restrição contratual de direito fundamental é adequada, necessária e proporcional ao resultado almejado.

Já as precedências *prima facie* deverão ser observadas na análise da adequação, necessidade e, sobretudo, proporcionalidade em sentido estrito. Isso por se tratar do momento de maior sopesamento das circunstâncias relevantes à verificação da prevalência de um ou outro princípio no caso em questão. Segundo o autor, é nesse momento que se opera a *lei de ponderação*, conforme propugnado por Alexy – “*cuanto mayor es el grado de la satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro*”. (ALEXY, 1997, p. 161)

Para sustentar a tese, Steinmetz identifica três planos de análise:

a) Plano normativo – refere-se à posição preferente dos direitos fundamentais na Constituição e à valoração de peso dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da liberdade (art. 5º, caput, CF) e da igualdade (art. 5º, caput, CF).

b) Plano analítico – refere-se à distinção de direitos fundamentais de cunho pessoal e direitos fundamentais de cunho patrimonial. Direitos fundamentais aqui tratados como aqueles “cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca ou extrinsecamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma” (2004, p. 222). São exemplos de direitos fundamentais de cunho pessoal: liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF); liberdade de consciência ou de crença (art. 5º, VI, CF); liberdade de expressão da atividade intelectual, artística ou científica e de comunicação (art. 5º, IX, CF); a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X, CF); liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art.

5º, XIII, CF); liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz (art. 5º, XV, CF). Por sua vez, os direitos fundamentais de cunho patrimonial podem ser definidos como aqueles “cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos não intrínsecos à pessoa embora relevantes como pressupostos materiais do desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma” (2004, p. 222). São exemplos de direitos fundamentais de cunho patrimonial: propriedade (art. 5º, XXII, CF), propriedade intelectual (art. 5º, XXVII, CF) e a herança (art. 5º, XXX, CF).

c) Plano empírico – Refere-se ao quadro de relações de poder nas quais ocorrem colisões entre direito fundamentais e autonomia privada. Em alguns casos essas colisões se dão num quadro de igualdade fática entre os particulares e outros num quadro de desigualdade fática entre os particulares. No dizer de Steinmetz,

[...] ‘relações de poder’ em sentido amplo, o que compreende aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais que determinam o poder dos particulares de fazer prevalecer, em uma relação contratual, posições de vantagem para si. [...] Em última análise, trata-se de formar um juízo sobre a qualidade do consentimento do particular cujo direito fundamental foi ou é afetado (2004, p. 223).

A partir daí, o autor estabelece quatro precedências (gerais) *prima facie* (frisa-se, mais uma vez, desde que inexista regramento específico, ou se este não for compatível com a Constituição). Em suas palavras:

[1]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condição) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

[2]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condição) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

[3]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condição) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;

[4]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condição) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie*

do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada (2004, p. 224).

Diante disso, em princípio, somente num caso de igualdade fática entre particulares, no qual o direito fundamental colidente for de cunho patrimonial, a autonomia da vontade prevalecerá.

Juan María Bilbao Ubillos trabalha na mesma vertente de Steinmetz, propondo, inicialmente, a observância da legislação regulamentadora e, num segundo momento, sendo caso de inexistência ou insuficiência, através de um juízo de proporcionalidade, poderá o julgador aplicar ou não determinado direito fundamental.

La cuestión es cómo podemos articular y armonizar esa vigencia con los principios y valores específicos del Derecho privado presentes en cada caso. Descartada la hipótesis de una eficacia uniforme o indiscriminada, la clave está en la definición de los criterios que han de orientar esa compleja tarea. Habrá que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (si el derecho no puede operar en ese contexto, ahí acaba la indagación: no existe, por ejemplo, un derecho de acceso a los medios de comunicación privados) y, despejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, y mediante el correspondiente juicio de proporcionalidad, hasta qué punto ha de ser respetado por un particular, porque sostener que un derecho fundamental está en juego en una determinada relación no significa postular que haya de prevalecer a toda costa. En caso de colisión, la ponderación es ineludible y no tiene por qué resolverse necesariamente en favor del titular del derecho fundamental (2005, p. 365).

Da mesma forma, Ingo Wolfgang Sarlet, dispendo que as normas de direito fundamental têm estrutura e natureza de princípio, sustenta a necessidade de ponderação:

A inviabilidade de uma eficácia direta “absoluta” e a necessidade de se adotar soluções diferenciadas decorre, em verdade, também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta – na

esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, *reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação* (2000, p. 157).

Em outro momento o mesmo autor:

Vislumbra-se, no âmbito da problemática da eficácia privada dos direitos fundamentais, que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem uma análise tópica, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um (1998, p. 339).

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva (2005), mesmo entendendo que os direitos fundamentais, no sistema brasileiro, não são uma ordem objetiva de valores, partindo da idéia de Alexy de que os direitos fundamentais têm caráter normativo de princípios (mandamentos de otimização), podem eles, irradiar seus efeitos, tanto de forma mediata, quanto de forma imediata, a todos os ramos do direito, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em sendo assim, havendo mediação legislativa infraconstitucional, impõe-se, *prima facie*, a aplicação indireta dos direitos fundamentais às relações privadas. Aqui, o legislador fez o seu próprio sopesamento dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.

O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais (SILVA, 2005, p. 147).

Todavia, há casos em que somente a incidência imediata irá proporcionar uma solução adequada. São aqueles em que não há mediação legislativa, ou que essa tenha sido insuficiente. O problema aqui, como nas outras

teorias, é compatibilizar a autonomia privada com os direitos fundamentais. Para tanto, Virgílio trabalha com a idéia de princípios formais. Segundo ele, princípios formais são, não normas de conduta, mas sim normas de validade. “A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última” (SILVA, 2005, p. 148). Nessa perspectiva, prossegue o professor, “a autonomia privada é o princípio (meramente forma) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido” (SILVA, 2005, p. 149).

Conforme se viu anteriormente, a técnica mais usada para solucionar a colisão entre princípios é o sopesamento. Porém, para Virgílio, diversamente do que sustentam Steinmetz e a doutrina majoritária, em se tratando da relação entre o princípio formal da autonomia privada e os princípios materiais dos direitos fundamentais, o método será diverso.

O que se faz, ao que me parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado [valoração]. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – *não é, contudo, um sopesamento* (SILVA, 2005, p. 155).

O autor estabelece alguns critérios para valorar a importância da autonomia privada nos casos concretos e, conseqüentemente, auferir se incide ou não determinado direito fundamental:

a) *Assimetria das partes envolvidas* – quanto maior for a desigualdade fática das partes envolvidas, menor importância terá a autonomia privada e maior importância terá o direito fundamental envolvido. Isso significa

(...) que sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisão no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena (SILVA, 2005, p. 158).

b) *Autonomia real e autonomia aparente* – Conforme se vê, importa é o real grau de autonomia que se verifica na situação fática. Assim, a autonomia privada como “princípio formal será tão mais sólido quanto mais real” ela for. Todavia, segundo o autor, não será somente pela simetria de poder entre as partes (sem pressões internas) que será auferida a plena autonomia.

É possível que, embora a relação entre as partes fosse inicialmente simétrica e que não houvesse nenhum tipo de pressão externa, mudanças fáticas não previstas anteriormente por uma das partes, ainda que previsíveis fosse, desequilibrem a relação contratual restringindo ainda mais direitos fundamentais envolvidos podendo autorizar uma intervenção na relação como forma de proteger os direitos envolvidos (SILVA, 2005, p. 159).

c) *Precedência “prima facie” e intensidade da restrição dos direitos* – Dos critérios anteriores se verificou que quanto menor for a real autonomia, maior será a restrição do direito fundamental. Por outro lado, quando não se verificarem os casos de restrição da livre autonomia, “deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos” (SILVA, 2005, p. 159). Vale lembrar que, justamente por ser *prima facie*, pode ser revertida. E o fator essencial

(...) para tal reversão é a *intensidade de restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação*. Ainda que haja simetria de poderes e real exercício da autonomia privada em uma determinada relação entre particulares o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos (SILVA, 2005, p. 160).

e) *Conteúdo essencial da autonomia e dos direitos fundamentais* – Segundo Virgílio, “sempre haverá um núcleo intangível da autonomia privada, contra o qual não caberá oposição de violação de direitos fundamentais” (2005, p. 165). Exemplo disso é o credor exigir pagamento total da dívida em relação a apenas um dos devedores solidários.

Embora divergentes quanto à existência da ponderação, tanto Steinmetz quanto Virgílio exaltam a necessidade de ser verificada a livre manifestação da autonomia privada, especialmente a partir da análise das posições subjetivas do contrato, o que parece essencial. Para os efeitos deste trabalho, prefere-se a primeira perspectiva, porque: (a) se trata um método constitucionalmente adequado, já que leva os direitos fundamentais a sério; (b) alcança ao intérprete referenciais metodológicos para solucionar a questão de forma racional e justificável, sem desconsiderar, por completo, os preceitos fundamentais próprios do direito privado (nem eventual regulamentação específica que este contenha sobre a matéria). Com isso, responde, por exemplo, às angústias de Carlos Alberto Mota Pinto:

Parece conveniente e susceptível de conduzir a resultados mais razoáveis que a aplicação das normas constitucionais a actividades privadas se faça com referência a instrumentos e regras próprias do direito civil. *Assim se chama a atenção para a necessidade de atenuações à plena afirmação de um ou outro princípio constitucional, isoladamente considerado, por força dos princípios fundamentais do direito privado, também eles, obviamente, conformes à Constituição (1999, p. 74) (grifo nosso).*

Resumidamente, a idéia aqui defendida importa o seguinte:

a) Existindo mediação legislativa, ou regulamentação infraconstitucional específica concretizando o direito fundamental, tal é aplicado prioritariamente, em razão do princípio Democrático e da separação dos Poderes.

b) Sendo essa regulamentação (a) inconstitucional, (b) insuscetível de interpretação conforme à constituição ou (c) excepcionalmente não aplicável em decorrência de não atender a sua finalidade; incide imediatamente o direito fundamental.

c) Sendo o caso de incidência imediata do direito fundamental, essa incidência deverá ser “matizada” ou “modulada” pela ponderação de bens, aferível pelo princípio da proporcionalidade.

Entre uma e outra posição, a jurisprudência brasileira já registra precedentes em que se aceitou a tese da vinculação direta dos particulares mesmo no caso da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 201.819-8, ainda que por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal anulou demissão de associado não precedida de direito à defesa. Assim constou na ementa do acórdão, na parte que interessa a este trabalho:

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

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário n.º 201.819-8-RJ, Data do julgamento: 11.10.2005, fonte/data da publicação: DJ 27.10.2006, Relatora originária Min.^a Ellen Gracie, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes)

A partir do voto vencedor, a Corte considerou ser fundamental o direito ao contraditório, mesmo em casos de relações entre particulares. Na situação em comento, associado fora excluído sem ter a oportunidade de manifestação prévia acerca dos motivos que culminaram com sua exclusão do quadro social. A disposição estatutária, com substrato no ato jurídico perfeito e na liberdade de associação, foi interpretada, não obstante, como violadora daqueles outros direitos fundamentais, os quais, ponderados com estes, devem prevalecer no caso concreto.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 12.547 – DF, impediu a prisão civil de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia, sob o fundamento, entre outros, de que a dignidade humana não poderia permitir que alguém devesse passar a sua vida cumprindo obrigação excessivamente onerosa. No caso, tratava-se de dívida que se elevou de R\$18.700,00 para R\$86.858,24 em menos de 24 meses, sem contrapartida da elevação da remuneração do devedor (taxista com renda mensal de cerca de R\$500,00). A absoluta desproporção entre, de um lado, o valor da dívida, e, de outro, o dos rendimentos do devedor e o do próprio veículo (que fora furtado) ensejou a aplicação direta dos dispositivos constitucionais, como ressaltou o Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em voto acompanhado pelos integrantes daquela Corte.

Para melhor compreensão, cabe colacionar trechos da fundamentação do Ministro:

Cuida-se de estabelecer a vinculação entre aquele princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e mais os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade, como norma jurídica a ser aplicada no caso concreto.

3. Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de direito privado. [...]

Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a vinculação ao direito

fundamental. [...] (STJ, Quarta Turma, Habeas Corpus Nº 12.547, Data do julgamento: 01.06.2000, fonte/data da publicação: DJ 12.02.2001 p. 115 - RSTJ vol. 148 p. 387, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem ampliando os limites da discussão sobre o mesmo assunto. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 (ainda não concluído), o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto-vista, acompanhado até então pela maioria dos Ministros da Corte (oito dos seus onze componentes), afastando a aplicação das regras infraconstitucionais sobre prisão civil do depositário infiel (especificamente o art. 652 do Código Civil de 2002) e ponderando diretamente, de um lado, o direito à liberdade do devedor-fiduciante, e, de outro, o direito de crédito do fiduciário. Utilizando os mesmos referenciais teóricos que ora são defendidos, assim se manifestou o Ministro:

A restrição à liberdade individual do fiduciante, neste caso, não é justificada pela realização do direito de crédito do fiduciário. A análise da violação à proporcionalidade em sentido, nesse sentido, é realizada pela **ponderação entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de crédito do fiduciário** (decorrente do direito à propriedade e do postulado da segurança jurídica).

Como ensina Alexy, “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula⁶³ mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”.

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor fiduciante.

Tem-se, aqui, o primado da liberdade individual. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n.º 466.343, Data do início do julgamento: 22/11/2006, Relator Ministro Cezar Peluso)

Impõe-se identificar, assim, uma nova dimensão do contrato, haurida dessa vinculação, que dinamiza e sobreleva a mobilidade das posições subjetivas, a fim de assegurar a igualdade material entre os contratantes. Trata-se de sobrelevar a inserção do contrato no sistema jurídico, o que é feito no capítulo seguinte.

3 INFLUXOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE EM MATÉRIA CONTRATUAL

Traçadas tais lindes, neste terceiro e último capítulo, busca-se concretizar o que foi sustentado, com suas implicações teóricas e práticas na dinâmica contratual, levando-se em conta a igualdade material.

3.1 A igualdade como direito fundamental

O ordenamento constitucional brasileiro elenca como norma de direito fundamental o princípio da igualdade, ao dispor, no caput do seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Pela normatividade dos princípios, pode-se dizer que a igualdade “confere um direito subjetivo (dimensão subjetiva), é um princípio objetivo que se projeta sobre todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios objetivos), tem aplicabilidade imediata (artigo 5º § 1º, CF) (...)”. Ademais, em razão de sua fundamentalidade, “está imune ao poder constituinte reformador (artigo 60, § 4º, IV, CF) e, portanto, ocupa uma posição preferente na ordem jurídica” (STEINMETZ, 2004, p. 231-2).

Numa apressada leitura, pode-se entender que o preceito seria destinado exclusivamente ao julgador. Entretanto, conforme assente na doutrina, vincula também o legislador, já que este não poderá editar normas prevendo tratamento distinto entre as pessoas, ou, pelo menos, sem uma razão constitucionalmente adequada. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo o modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes (1984, p.14).

Buscando concretizar essa norma de direito fundamental, doutrina e jurisprudência estabeleceram três mandamentos: (a) mandamento de tratamento igual, (b) mandamento de tratamento desigual ou diferenciado e (c) proibição de tratamento discriminatório. Segundo Wilson Steinmetz, os dois primeiros decorrem da previsão “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, CF) e se referem à dimensão positiva do princípio da igualdade. Já o último mandamento deflui da previsão “sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, e art. 3º, IV; CF) e se refere à dimensão negativa do princípio da igualdade (2004, p. 235).

Por questão de método, invertendo a ordem exposta, a dimensão negativa do princípio da igualdade refere-se à determinação de proibição de qualquer tratamento discriminatório. Ou, em outros termos, a igualdade é norma de direito fundamental que propicia um direito subjetivo a todos os cidadãos a não sofrerem uma diferenciação injusta – contrária à dignidade humana – decorrente de algum preconceito acerca de determinadas características pessoais ou de grupos de pessoas. Assim, pois, a dimensão negativa do princípio da igualdade busca:

[...] impedir a marginalização ou a ‘guetização’ de pessoas e grupos; impedir a criação e a cristalização de ‘subclasses sociais’ ou ‘subcategorias sociais’ com base em fatores (de discriminação) que o texto constitucional especifica e em outros que ele deixa em aberto à identificação e à valoração do legislador e do juiz (STEINMETZ, 2004, p. 245).

A propósito disso, registra Ingo Wolfgang Sarlet:

Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc. (1998, p. 108).

O princípio da igualdade, em sua dimensão negativa – ou como norma de proibição de discriminação –, opera de forma imediata (direta) nas relações entre particulares. Em decorrência disso, é vedada aos particulares a prática de quaisquer atos discriminatórios entre si, tendo por base cor, idade, religião, raça, origem, sexo ou outros atentatórios à dignidade da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 260), notadamente pelo contido no inciso XLI, do art. 5º da Constituição: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Assim, mesmo não havendo cominação penal para determinado tipo de discriminação, no âmbito do direito privado há a possibilidade da indenização por danos extrapatrimoniais e/ou do restabelecimento do *status quo* anterior. Nesse sentido, Steinmetz menciona julgado do Tribunal Superior do Trabalho (Recurso de Revista nº 426.972) que determinou a reintegração de um trabalhador demitido sem justa causa, em decorrência de ser portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (2004, p. 260-1).

De seu turno, a dimensão positiva do princípio da igualdade, que mais interessa a este trabalho e que engloba o mandamento de tratamento igual e o mandamento de tratamento desigual, é derivada do notório postulado aristotélico de justiça distributiva, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Ora, esse postulado, por si só, é altamente indeterminado (corresponde àquilo que se convencionou chamar de conceito juridicamente indeterminado, ou, para alguns, noção indeterminada de conceito jurídico), provocando o que Bandeira de Mello chama de “intuitiva pergunta que aflora do espírito”: “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. Mais: “Qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos a isonomia – que autoriza a distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos diversos?” (1984, p. 15).

Alexy, com base nos julgados do Tribunal Constitucional alemão, propõe dois mandamentos. Um, dispondo acerca do tratamento igual, qual seja: “*Si no hay ninguna razón suficiente para lar permisión de un tratamiento desigual,*

entonces está ordenado un tratamiento igual” (1997, p. 395). E outro, acerca do tratamento desigual, a saber: *“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*” (1997, p. 396).

Eliseu Jusefovicz sustenta que “o legislador poderá levar a cabo certas discriminações sem violar o princípio da igualdade, desde que apresente *justificadamente* e sob a forma de normas universalistas” (2007, p. 416). E mais adiante, “entre os critérios para assegurar a isonomia constitucional na legislação, afirma-se que é necessário um ‘*vínculo lógico*’ entre a discriminação feita e o objeto a que se destina a lei, tendo em conta a situação fática” (2007, p. 417). Por sua vez, Carlos Alberto da Mota Pinto refere ser possível um tratamento desigual por parte da lei, desde que “fornecida uma justificação *racional e objectiva*, não arbitrária, da limitação do regime legal àquelas situações” (1999, p. 80). Na mesma senda, Bandeira de Mello alega que:

[...] aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações. [...] O que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois só neles podem residir diferenças. (1984, p. 41-2).

Steinmetz diz que a justificação racional e objetiva da diferenciação ou tratamento desigual deverá ser obtida mediante um juízo de proporcionalidade, da seguinte forma:

Antes de pôr em movimento o controle de proporcionalidade, identifica-se qual é, clara e precisamente, a relação meio-fim e examina-se a *constitucionalidade* do fim que se persegue ou se pretende promover com o tratamento desigual. Realizados esses exames prévios, examina-se, então, sucessivamente, (i) a *adequação* entre o meio (a própria diferenciação) e fim almejado (ii) a *exigibilidade* do meio e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito* entre os graus de afetação e de realização dos direitos e/ou bens constitucionais que estão em questão em virtude do tratamento

diferenciado. Se a diferenciação ou tratamento desigual for reprovado no exame de proporcionalidade, então estará ordenado o tratamento igual (STEINMETZ, 2004, p. 239-40)

Conseqüentemente, o princípio da isonomia, além de ser um mandamento passivo, passa a ser, também, um mandamento ativo. Ou seja, além da tradicional determinação de não discriminar, o princípio da igualdade, hoje, impõe ao Estado que adote medidas, através da legislação, em prol da redução das desigualdades materiais. “Passa-se a reconhecer que os homens não só têm direito a serem tratados igualmente, mas também o de se tornarem *mais iguais*” (ROSA, 2006, p. 459).

Vale dizer, a postura ativa do Estado não é mera conveniência; é, isto sim, um dever. Conforme alhures referido, é pressuposto do Estado Democrático de Direito, por erigir a fundamento a dignidade humana, atuar positivamente, promovendo a igualdade material mediante intervenções legislativas na órbita das relações privadas. Nas palavras de Morais:

O *Estado Democrático de Direito* emerge (...) como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade (...) (2002, p. 38)

Assim, para o autor gaúcho:

Enquanto o modelo liberal incorporava uma idéia de soberania como poder incontestável, próprio a uma sociedade de “indivíduos livres e iguais” para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudica a *idéia de uma comunidade solidária*, onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de *patrocínio da igualdade* transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a *solidariedade*. O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superar as desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda (2002, p. 31).

Em suma, em se tratando da dimensão positiva, pode-se afirmar que são duas as análises a serem feitas: (a) se há ou não há razões suficientes para empregar um tratamento diferenciado; (b) havendo razões suficientes para regulamentar diferentemente, qual é o conteúdo normativo capaz de mitigar as desigualdades existentes. E justamente essa adequada avaliação propiciará a igualdade material entre as partes: *“La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa”* (ALEXY, 1997, p. 388).

Nesse sentido, a igualdade material é princípio basilar e cogente, inclusive, nas relações contratuais, justificando uma tutela diferenciada do Estado à parte vulnerável (presumida ou comprovada), a fim de restabelecer o equilíbrio contratual, garantindo as justas expectativas das partes contratantes. Isso justifica a dinâmica e a mobilidade das posições subjetivas nos contratos, o que é alvitrado no próximo ponto deste trabalho.

3.2 Igualdade material em contratos tipicamente de consumo: não-necessária incidência do Código de Defesa do Consumidor

Como premissa terminológica para compreensão do sentido buscado no trabalho, é necessário lembrar que, na prática, a tutela da parte vulnerável equivale à tutela do “hipossuficiente”, daí por que os termos são tratados normalmente como sinônimos.

Há, claro, autores que diferem tais conceitos. Assim, para Tânia Lis Tizzoni Nogueira (2001, p. 97-8), bem como para José Reinaldo de Lima Lopes (1996, p. 77), a vulnerabilidade é uma condição de todos os consumidores imposta pela lei, ao passo que a hipossuficiência é *plus* à vulnerabilidade, ocorrendo em casos de agravamento da situação (relação envolvendo, por exemplo, crianças ou idosos). Já Cláudia Lima Marques limita o termo hipossuficiência a aspectos processuais, relacionando a vulnerabilidade a aspectos materiais (2002, p. 274). Em

qualquer caso, a premissa deste trabalho trata a vulnerabilidade, por ser mais abrangente.

Dito isso, é de sentir que a eficácia dos direitos fundamentais na visão hermenêutica integradora das formas privadas de trânsito jurídico implica redimensionar, em última análise, a dinâmica das posições subjetivas nos contratos (VALE, 2004, p. 122). As condutas devem ser redimensionadas, para Ingo Wolfgang Sarlet, porque:

Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as feições de um Estado democrático (e social) de Direito já se aceita – inobstante as possíveis ressalvas já referidas – que nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais “poderoso” encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população. De fato, é perfeitamente viável questionar até que ponto o assim denominado Estado social e democrático de Direito, entre nós e ao menos para a maior parte da população, não passou até agora de um mero projeto insculpido na Constituição formal. *No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdades substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual* (2000, p. 152-3).

A liberdade contratual, que se consubstancia na máxima manifestação da autonomia privada, pode ser exercida em quatro níveis: (a) liberdade positiva e negativa de contratar, ou seja, liberdade de escolha se contrata ou não; (b) liberdade de escolha com quem contratar; (c) liberdade de escolha do tipo do contrato; e ainda (d) liberdade de escolha de conteúdo do contrato (STEINMETZ, 2004, p. 192).

Com efeito, tais manifestações da liberdade contratual valem em sua integralidade exclusivamente para aqueles contratos ditos paritários, nos quais ambos os contratantes se encontram no mesmo nível negocial (igualdade material) e a sua gênese se dá através de longa e detalhada negociação. Obviamente essa não

é, há tempos, a regra em nossa sociedade. As contratações em massa, decorrentes da produção e consumo em grande escala, implicaram o uso dos chamados contratos de adesão, nos quais um dos contratantes tão somente adere a um contrato previamente estabelecido pela outra parte, sem qualquer ingerência no seu conteúdo. Por outro lado, há fornecedores que detêm o monopólio de determinados produtos e serviços, ou seja, não há sequer a possibilidade de escolha.

Nesse panorama, nas relações de consumo (especialmente, mas não exclusivamente nelas), pode haver um evidente cerceamento à liberdade contratual da parte vulnerável; no caso, a liberdade é restrita a contratar ou não contratar e, por vezes, nem isso. Acerca da questão Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, ambos co-autores do anteprojeto do Código consumerista:

Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno (1994, p. 6).

Buscando suprir esse anseio, como principal concretização legislativa do princípio da isonomia na esfera contratual, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990). No caso, há uma tutela diferenciada do consumidor em face do fornecedor, buscando a adequação do contrato às *justas* expectativas das partes, ou, “reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado” (GRINOVER & BENJAMIN, 1996, p. 7).

Essa diferenciação se dá pela presunção de que o consumidor, parte vulnerável nessa relação, ao contratar, teve a sua autonomia privada restringida em razão da superioridade do fornecedor. Pelo Código de Defesa do Consumidor, a tutela da parte presumidamente vulnerável trata-se de distinção legítima e constitucionalmente adequada, de vez que busca o restabelecimento da isonomia entre os contratantes, observando, por consequência, a dignidade humana.

Em suma, a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor que regulamentou o intervencionismo do Estado na economia interna do contrato é tutelar especialmente o contratante débil, concretizando assim, os ditames da isonomia. “Trata-se (...) de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco” (MARQUES, 2002, p. 218).

Alinne Arquette Leite Novais fala em princípio de tutela ao contratante débil:

Outro importante princípio que norteia a nova teoria contratual é o princípio do contratante débil, isto é, aquele que se encontra em posição de inferioridade na relação contratual.

Na verdade este princípio aparece como corolário indispensável do princípio constitucional da igualdade das pessoas, disposto no *caput* do artigo 5.º da nossa Carta Magna de 1988 (2001, p. 84).

A autora adverte sobre a importância da concretização desse princípio através da regulamentação, no caso, pelo Código de Defesa do Consumidor:

Entretanto, esse princípio não passaria de mera formalidade jurídica se o Estado não tratasse de trazê-lo para o mundo real, através da edição de norma garantidoras dessa igualdade, não obstante entendermos, com o Prof. italiano Pietro Perlingieri, a aplicação direta das normas constitucionais – e nesta categoria maior estão inseridos também os princípios constitucionais – às relações interprivadas (NOVAIS, 2001, p. 85).

Nesse microssistema legislativo, na busca pelo equilíbrio das prestações, é nítida a redução da autonomia da vontade, já que os inúmeros dispositivos da Lei são, declaradamente, de ordem pública e, dessa forma, não podem ser alterados ou restringidos por convenção das partes. Na verdade, o Código Consumerista “celebra, antes de mais nada, o reconhecimento, pela legislação civil, da alteração do conceito de ordem pública, que assume um sentido emancipatório, pretendido pelo Texto Maior, voltado para a redução das

desigualdades sociais e para a plena realização da pessoa humana” (TEPEDINO, 2006 B, p. 351).

Diante disso, ressalta Cláudia Lima Marques:

O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativa à máxima *pact sunt servanda*.

A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas, que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual (2002, p. 766).

Nesse particular, ganha relevância a função do Poder Judiciário na dinâmica contratual:

Também o Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimarão ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial, o controle das cláusulas abusivas (MARQUES, 2002. p. 308-9).

Logo, impõe-se a intervenção estatal, no caso, pelo Poder Judiciário, a fim de proteger a vontade do sujeito mais fraco na relação e garantir o justo equilíbrio das prestações. Na lição de Cláudia Lima Marques: “Garantir uma *autonomia real de vontade* do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito” (2002, p. 168).

Questões que se colocam são: (a) como e (b) em que medida o Judiciário, quando acionado, poderá intervir na esfera interna do contrato, a fim de realizar a justiça contratual.

Quanto à primeira parte da indagação (o *como*), a resposta está calcada na nulidade das cláusulas abusivas, até porque é onde se evidencia a desigualdade na esfera contratual, no dizer de Cláudia Lima Marques: “a

abusividade da cláusula contratual é o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações àquele contrato específico” (2002, p.148).

O Código de Defesa do Consumidor trata as cláusulas abusivas no artigo 51,⁵ em rol que o *caput* se encarrega de qualificar como meramente exemplificativo (AGUIAR JUNIOR, 1994, p. 20), e cuja sanção é a nulidade de pleno direito. Afinal, como registra Nelson Nery Junior:

As normas do CDC são *ex vi legis* [art. 1º do CDC] de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição (2004, p. 220-1).

⁵ Art. 51 do CDC: são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (VETADO); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (VETADO). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que e o representante requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Todavia, a exegese da amplitude dos poderes do Estado para tal controle tem sido vacilante na jurisprudência. De um lado, há manifestações autorizadoras da intervenção oficial, como acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. EXAME DE OFÍCIO. ART. 51, IV, CDC. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITAÇÃO AO PACTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO VALOR EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. - A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública. (...) (STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp 645902/RS, Data do julgamento: 28/09/2004, fonte/data da publicação: DJ 17.12.2004 p. 542 - REPDJ 01.02.2005 p. 556 Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

Logo, por se tratar de norma de ordem pública, é possível a decretação de ofício da nulidade mesmo em grau de recurso, afirmou o Tribunal de Justiça gaúcho:

Nesse contexto, autorizando a Lei 8078/90 a declaração de nulidade de pleno direito daquelas cláusulas, torna-se obrigatório o reconhecimento de ofício do pactuado abusivamente, mesmo que não haja manifestação das partes, de acordo com o disposto no art.146, § único, do CCB (TJ/RS, Décima Quarta Câmara Cível, Apelação Cível nº 70009188483, Relator Des. Rogério Gesta Leal, Data do Julgamento: 28.04.2005).

De outro lado, porém, no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, há acórdão da Segunda Seção a reduzir o poder do Estado, no exame das cláusulas abusivas, ao primeiro grau de jurisdição, inviabilizando seu exame de ofício em grau de recurso. Assim consta na ementa do provimento: “Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*” (STJ, Segunda Seção, Recurso Especial n.º 541.153 – RS, Relator Min. César Asfor Rocha, Data do Julgamento: 12.06.2005, Data da publicação / fonte: DJ 14.09.2005 p. 189).

Quanto à segunda parte da indagação (*em que medida*), a redefinição da igualdade na esfera das relações interprivadas depende da vulnerabilidade de um dos sujeitos da relação, a ser aferida pelo Estado no caso concreto. É dizer: circunstâncias especiais relacionadas à saúde, idade, conhecimento ou condição social devem ser levadas em conta na concreção do julgador, fazendo concreta a noção indeterminada do conceito de vulnerabilidade, assim mencionado por Cláudia Lima Marques:

Por fim, trabalhando no contexto constitucional, mister igualmente refletir sobre a existência de consumidores “especiais”, mais vulneráveis que os outros consumidores “comuns” ou *standart* e a própria possibilidade de discriminação entre os consumidores. Observo que a origem do CDC são os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/88), da igualdade (art. 5.º, I e XXXII, da CF/88) e a liberdade (art. 170, V, da CF/88), mas mesmo neste esforço de reigualdade menciona o CDC expressamente a “idade, saúde, conhecimento ou condição social” do consumidor (art. 39, IV, do CDC) e, especificamente, as crianças (art. 37, § 2.º, do CDC) como consumidores especialmente vulneráveis (MARQUES, 2002, p. 314-5).

E isso estende às pessoas jurídicas a noção de vulnerabilidade, vez que também essas podem sofrer abuso pela imposição de cláusulas e condições abusivas pela outra parte. Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre

fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (STJ, Terceira Turma, REsp 476428/SC, Data do julgamento: 19/04/2005, fonte/data da publicação: DJ 09.05.2005 p. 390 Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Nesse contexto, como premissa à concretização da igualdade material, deve-se observar a lição de Gustavo Tepedino: “O Código de Defesa do Consumidor fala em hipossuficiência econômica, conceito que deve ser entendido sempre de forma relativa, isto é, na concreta contraposição entre ambos os contratantes” (1999, p. 77).

Trata-se de arredar a concepção clássica que analisa abstratamente o sujeito, alocando-o dentro de determinadas categorias (consumidor/fornecedor, locador/locatário, arrendador/arrendatário, entre outros – o que não deixa de ser critério meramente formal de igualdade). Passa-se agora para a análise concreta do sujeito, entendendo-o como tal e levando em conta as suas particularidades. Na lição de Teresa Negreiros:

Opõe-se à forma abstrata e atomizada com que a teoria clássica concebe o sujeito contratante, reconhecendo na disparidade de poder negocial, provocada pela vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, um fundamento para que a relação contratual sofra intervenções heterogêneas, seja por meio de normas cogentes, seja por meio de medidas judiciais.

Neste sentido, o mencionado “paradigma material do contrato” influi na concepção que se passa a ter do sujeito contratante. Materializa-se o contratante à medida que a pessoa que contrata é considerada como tal, isto é, em relação a seus aspectos pessoais (concretos), imperscrutáveis sob a capa de categorias abstratas de “devedor”, “devedor”, “comprador”, “locatário” etc. (...) a apreensão concreta da pessoa do contratante faz parte da lógica de proteção à parte vulnerável diante dos abusos de liberdade contratual praticados pelo contratante forte, permitindo verificar-se a disparidade de poder negocial e, como consequência, a imposição dos necessários mecanismos de tutela. (2006, p. 319)

Acerca da concepção que concebe o sujeito de forma abstrata e atomizada, continua a autora: “tais normas são apenas *aparentemente* baseadas em circunstâncias pessoais, já que, numa relação jurídica entre, por exemplo, consumidor e fornecedor, pode acontecer que o consumidor seja a parte efetivamente forte” (NEGREIROS, 2006, p. 322). Assim, “mesmo o caso do direito de proteção ao consumidor é uma derrogação apenas parcial dos esquemas clássicos, já que, ao fim e ao cabo, também o conceito de consumidor resta abstrato” (NEGREIROS, 2006, p. 327).

Conseqüência disso é que, mesmo nas relações tipicamente de consumo, se o julgador, ao analisar o caso concreto, não verificar a vulnerabilidade do consumidor (por ser ele hipersuficiente), não poderá tutelá-lo de forma diferenciada. Afinal, é certo que a proteção especial ao consumidor é direito fundamental, elencado na carta constitucional em seu art. 5º, XXXII, não sendo possível, de regra, abdicar do tratamento protetivo estabelecido no CDC. Ocorre que a proteção especial ao consumidor pressupõe, a partir de uma análise minimamente sistemática do ordenamento constitucional, a condição de vulnerabilidade. Não se verificando essa condição, não há que se falar em tratamento diferenciado.

Em outros termos, pode-se entender, em dado caso concreto, que não persiste a razão constitucionalmente adequada que levou o legislador a proteger a classe dos consumidores, tutelando-os diferentemente em prol da igualdade material: a opção legislativa é afastada, então, porque a parte, mesmo sendo destinatário final da relação de consumo, não se mostra vulnerável.

E para a não aplicação das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor na circunstância referida, impõe-se entender que as regras, assim como os princípios, possuem uma dimensão de peso e, conseqüentemente, podem ser afastadas sem que isso implique a sua completa retirada do sistema. Ou seja, as regras da legislação consumerista podem continuar válidas abstratamente, porém concretamente não serão aplicadas, pois, no caso, não estarão atendendo a sua função precípua (fundamentos originários) de dirimir as desigualdades. Ao invés

disso, estarão a gerá-las em favor de quem não necessita delas (o consumidor hipersuficiente).

Faz-se empréstimo da teoria propugnada por Humberto Ávila (2006, 114-120): identificando as razões que impõem a observância da regra protetiva, “ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam o seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra” (ÁVILA, 2006, p. 58), escolhe-se o segundo caminho.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça tem feito eco a tal tese, como se vê pelos acórdãos ementados a seguir:

COMPETÊNCIA. Cláusula de eleição de foro. Equipamentos médico-hospitalares. Empresa de porte. A clínica médica que adquire equipamento de valor acima de um milhão de dólares tem, presumidamente, condições de exercer a sua defesa no foro de São Paulo, previsto no contrato. Precedente. Recurso conhecido e provido. (REsp 457398/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12.11.2002, DJ 09.12.2002 p. 357)

Processual civil. Competência. Foro de eleição. Contrato para aquisição de modernos equipamentos médico-hospitalares. Hipossuficiência não configurada. Precedente da 2ª Seção. Decisão agravada confirmada. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 561853/MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27.04.2004, DJ 24.05.2004 p. 270)

Isso, longe de afetar a justiça geral, corolário da dignidade humana (do que a igualdade material é vetor), mais a reafirma, harmonizando as tensões do sistema, visto que, se a aplicação da regra protetiva pressupõe a vulnerabilidade do consumidor, não existindo esta, não deverá ser aplicada aquela, sob pena do risco inverso (violar-se a dignidade do fornecedor). A aplicação pura e simples do diploma protetivo seria grave arbitrariedade, aprofundando a desigualdade entre os contratantes, não pela sua condição, como no Estado liberal, mas sim (de forma mais ultrajante ao Direito), pela força da lei.

3.3 Igualdade material em outros contratos: a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor

Na esteira da concretização da isonomia substancial nas relações contratuais, impõe-se indagar ainda: (a) como pode (ou deve) ocorrer essa concretização nas relações notadamente desiguais e que não se enquadram na tipificação tradicional de relação de consumo? e (b) no caso de ausência de intermediação legislativa própria, poderá o princípio da igualdade, em sua dimensão positiva, incidir diretamente nas relações privadas que evidenciem disparidades?

Diferentemente da dimensão negativa da isonomia (cujas eficácia direta ou imediata nas relações entre particulares é ponto pacífico na doutrina), põe-se em dúvida a possibilidade de atuação judicial em prol da concretização imediata da dimensão positiva da isonomia. Nas relações interprivadas, a regra é a prevalência da liberdade contratual, decorrente da autonomia privada. Assim, distintamente das relações entre o Estado e o particular, no âmbito privado não carece ao particular dever, *sempre*, justificar racional e objetivamente um tratamento igual ou desigual, até porque, se o fizesse:

[...] seria, na prática, restringir e até mesmo eliminar o direito de fazer escolhas fortuitas, a pautar a sua conduta social por preferências de foro íntimo, a decidir movido por sentimentos de simpatia, empatia e antipatia; em suma, seria restringir ou eliminar o direito de ser livre para conduzir-se segundo motivações não racionalizáveis ou não controláveis intersubjetivamente. Nesse sentido, a título exemplificativo, o testado não está obrigado a dividir em partes iguais os bens que compõe a fração disponível, o comerciante de dar desconto no preço de uma mercadoria para amigos e para não-amigos, o esportista a conceder entrevista a todas as empresas de comunicação, o jornal a publicar na coluna de opinião todos os artigos que recebe, o professor a manifestar igual simpatia ou amizade por todos os alunos, o médico cirurgião a cobrar igual preço de todos quando igual for o procedimento, o locador de conceder iguais descontos ou carências para todos os seus locatários, etc (STEINMETZ, 2004, p. 262).

Juan María Bilbao Ubillos tem a mesma preocupação:

Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado (2005, p. 362).

Mais adiante, adverte o jurista espanhol: “*extender al ámbito de las relaciones jurídico-privadas el principio constitucional de igualdad, una regla ajena a este mundo, puede acarrear consecuencias absurdas e insoportables*” (2005, p. 362). Até porque, mesmo para os partidários da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, como o próprio Ubillos, o princípio da igualdade, como norma de direito fundamental, não é absoluto:

La existencia de determinados límites no tiene nada de extraordinario. Los derechos fundamentales tampoco son ilimitados cuando se esgrimen frente al poder público. En esta dimensión, ningún derecho se impone de forma absoluta e inapelable, automáticamente, en cualquier circunstancia (UBILLOS, 2005, p. 363).

E é justamente por isso que, quase sempre (e recomendável que seja), a limitação da autonomia privada decorrente do princípio da igualdade é feita mediante legislação infraconstitucional, como, por exemplo, na situação antes referida (do Código de Defesa do Consumidor). Relembrando, trata-se de um sopesamento prévio do legislativo, (a) elegendo quais os casos que merecem distinção e (b) indicando como será feita essa distinção de forma a mitigar as desigualdades existentes.

Não obstante, há situações que, desprovidas de mediação legislativa, exigem tratamento diferenciado aos desiguais, em virtude das peculiaridades da relação. Aqui, a razão constitucionalmente adequada é a disparidade entre os contratantes, levando-se em conta, não a simples condição de consumidor, empregado, arrendatário ou locatário, mas sim, a situação concreta de

vulnerabilidade. Sendo assim, quanto maior for a assimetria na relação, menor terá sido a real manifestação da vontade do contratante débil e, conseqüentemente, maior deverá ser a necessidade de sua proteção, restringindo, dessa forma, a autonomia privada.

Aliás, Ubillos refere que o primeiro critério a ser observado para restrição da autonomia privada é justamente a disparidade entre as partes:

Dos criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la capacidad de penetración de estos derechos en la esfera privada debería ser mayor cuando se detectase una relación asimétrica, análoga a la que se establece entre ciudadanos y poderes públicos. Es decir, cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso” (Alfaro), dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. (...) En segundo lugar, la incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o trascendencia social del acto lesivo (2005, p. 263).

Para Steinmetz, excepcionalmente, em alguns casos, os particulares estão vinculados à dimensão positiva do princípio da igualdade, independentemente de legislação infraconstitucional. Segundo ele, casos tais carecem de justificação racional e objetiva, mensurável pelo princípio da proporcionalidade. O professor gaúcho relaciona algumas dessas situações excepcionais:

(i) Nos casos em que o particular (pessoa física ou jurídica) detém posição monopolista ou oligopólio (e.g., companhias de energia elétrica, de telefonia, e de abastecimento) ou forte poder social (e.g., meios de comunicação social, associações profissionais, sindicatos

e até mesmo partidos e igrejas). (ii) O mandamento de igualdade também se impõe nas relações em que (ii.a) se negociam bens e serviços essenciais e de interesse público (e.g., hospitais, farmácias, clínicas médicas para atendimento de urgência, universidades, escolas e empresas de transporte coletivo) ou (ii.b) há uma emissão pública e geral da vontade de contratar (e.g., restaurantes, bares, confeitarias, casas de espetáculo, hotéis e pousadas). (ii) O princípio da igualdade em sentido positivo também vincula imediatamente os particulares concessionários ou permissionários de serviços públicos (2004, p. 263).

Do rol exemplificativo acima, deduz-se que o requisito intrínseco à distinção é a vulnerabilidade de uma das partes, o que se coaduna com o que ora se sustenta.

Assim resolvido o primeiro problema – vulnerabilidade fática como razão suficiente para um tratamento desigual –, impõe-se agora passar à análise da segunda questão proposta, qual seja, como concretamente deverá incidir o princípio da igualdade em sua dimensão positiva. Como visto alhures, na esteira de Steinmetz, inexistindo legislação infraconstitucional que concretize o direito fundamental, ou sendo o caso de inobservância dessa legislação, a incidência do direito à igualdade é imediata, sendo, entretanto, “matizada” ou “modulada” pela ponderação de bens, aferível pelo princípio da proporcionalidade.

Na situação posta, a constatação óbvia, em primeiro plano, é transpor a primeira fase e mensurar como se dará a aplicação da igualdade, com a conseqüente restrição à autonomia privada, mediante o princípio da proporcionalidade. Observa-se que “nesses tipos de situação há uma precedência *prima facie* do princípio da igualdade e um ônus de argumentação para o princípio da autonomia privada” (STEINMETZ, 2004, p. 263).

Parece, entretanto, desnecessário recorrer a tanto; tratando especificamente o princípio da isonomia nas relações contratuais, pode-se dizer que o legislador já fez essa ponderação quando da gênese do Código de Defesa do Consumidor. Conforme se pôde observar até aqui, a razão constitucionalmente adequada para tratamento distinto entre partes contratantes, relação de consumo ou

não, é a mesma, ou seja, primar pelo restabelecimento da isonomia material entre as partes, preservando, por conseguinte, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF). Por conseguinte, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações em que uma das partes se mostra concretamente vulnerável, independentemente da abstrata condição de consumidor.

Com essa percepção, Teresa Negreiros refere:

A “vocação expansionista” do CDC, ou, por outras palavras, a influência do chamado “direito do consumidor” sobre o direito civil em geral (justificada pela coerência constitucional dos princípios ali estabelecidos) leva   extensão dos mecanismos de prote o a todo e qualquer contrato que se verifique um análogo desequilíbrio de forças entre os contratantes. (...)

Esta tomada de consciência repercute necessariamente no direito contratual em geral, constituindo a mais significativa influência dos princípios formulados no âmbito da prote o ao consumidor sobre o direito dos contratos em geral (...) (2006, p. 314-5).

Na mesma senda, Eliseu Jusefovicz, sustenta a aplica o analógica da legisla o consumerista às rela es nas quais se evidencia uma disparidade entre os sujeitos:

As normas protetivas contra cláusulas abusivas estipuladas no CDC não têm natureza excepcional. Sendo assim, sempre que se possa caracterizar a similitude de situa es, em harmonia com o princípio segundo o qual casos semelhantes devem ter tratamento similar, será possível a aplica o analógica. Ou seja,   possível a extensão dos preceitos que estabelecem o controle das cláusulas abusivas no Direito do Consumidor a hipóteses que ultrapassam o âmbito deste, sempre que se possa dizer que as razões da soluço neles adotada são também procedentes para o caso omissis. Era nesta hipótese que tradicionalmente se colocava em prática a chamada *analogia legis* (2007, p. 429).

Calha dizer que a op o pela legisla o consumerista nestes casos de vulnerabilidade fática mostra-se mais adequada do que a op o pela pondera o do intérprete, e isso por três razões: (a) a segurança jurídica, (b) o comprovado alcance do fim almejado e (c) o mandamento de tratamento igual aos iguais.

Considerando a maior determinação das regras, é inegável que um sistema constituído majoritariamente por essas normas propicia maior segurança jurídica aos seus destinatários do que um sistema constituído predominantemente por princípios, estes caracterizados pela indeterminação. Quanto mais o conteúdo da norma for difuso e, conseqüentemente, essa mensuração ficar a cargo do julgador, menor será a previsibilidade da decisão (ALEXY, 1997, p. 115-135). Acerca disso, dispõe Ana Paula de Barcellos:

Com efeito, é possível identificar uma relação, no âmbito do sistema romano-germânico ocidental, entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico (2006, p. 79).

Todavia, de nada valerá tal segurança se as regras não responderem aos anseios da justiça no caso concreto. Anseios propiciados pela adequada aplicação das normas princípios, conforme prossegue a jurista carioca:

A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada (2006, p. 79).

Na situação em comento, não há de se olvidar que o Código de Defesa do Consumidor está entranhado de cláusulas gerais que, de certa forma, oxigenam o sistema. Ademais, esse microssistema veio justamente densificar normativamente o princípio da isonomia material, dessa forma, *prima facie*, ele estará atendendo aos anseios da justiça. Por outro lado, caso não atenda, conforme foi anteriormente sustentado, também as regras, excepcionalmente, podem ser ponderadas.

E este último argumento se relaciona com a segunda razão para preferência aplicativa do Código em face do princípio de forma imediata, ou seja, a inegável constatação de que a legislação consumerista está cumprindo com o seu intento. Com ela, “Sonhava-se com um mundo mais isonômico no mercado de

consumo e se procurava exorcizar, a todo o custo, a lógica individualista (que se supunha perene) do direito privado” (TEPEDINO, 2006 A, p. 406). Em sua vigência, “desempenhou, então, o CDC o papel deflagrador de um repensar crítico do direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como *consumerismo*, que procura se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil tradicional” (TEPEDINO, 2006 A, p. 405).

Por fim, como última razão à preferente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, está o mandamento de tratamento igual aos iguais, ou, como refere Alexy: “*si no hay ninguna razón suficiente para lar permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*” (1997, p. 395). Ora, se concretamente o consumidor e o contratante *débil*, mesmo não consumidor, são iguais, ou seja, ambos possuem a mesma “‘identidade’, no aspecto *decisivo para valoración jurídica*” (situação concreta de vulnerabilidade) (JUSEFOVICZ, 2007, p. 430), impõe-se o mesmo tratamento da lei. Em outros termos:

[...] em muitos casos há similitude de situações que reivindicam igual tratamento entre relações de consumo e relações alheias ao consumo, tornando possível, ou melhor, por coerência lógica, exigindo designar o mesmo benefício aos mais fracos, também fora das relações de consumo (JUSEFOVICZ, 2007, p. 420).

Feita essa abordagem, calha dizer, neste passo, que a doutrina consumerista já trava essa discussão, porém sob outra ótica; a do conceito de consumidor.

O artigo 2º da Lei nº 8.078, de 11.09.1990, estabelece o conceito legal de consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (...)”. A partir de uma leitura isolada e exegeta do referido dispositivo de lei, poder-se-ia concluir que todos aqueles contratantes que não adquirem o produto para uso pessoal e de sua família não estão protegidos pelas normas da legislação protetiva. No entanto, a doutrina se divide em duas vertentes. A primeira, chamada de finalista (ou minimalista), sustenta

justamente essa conclusão. Assim é, por exemplo, a lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

De qualquer modo, apesar desse alargamento do conceito de consumidor, o CDC traça alguns limites para a aplicação de suas normas à empresa-consumidora. Só merecerão a proteção especial as pessoas jurídicas que adquirirem ou utilizarem o produto ou serviço "como destinatário final". Adotou-se, então, o critério da destinação, como caracterizados da qualidade de consumidor. Conseqüentemente, qualquer que seja a natureza jurídica do consumidor econômico (pessoa física ou jurídica), não atinge ele a qualidade jurídica de consumidor se a aquisição ou propensão à aquisição não se fizer como "destinatário final" (2007, s.p.).

Na mesma linha de pensamento, José Geraldo Brito Filomeno sustenta a limitação da proteção da Lei consumerista aos destinatários finais:

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial (1996, p. 25).

Em jurisprudência, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que restringe a figura de consumidor àquele que adquire um produto para uso próprio (destinatário final):

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (STJ, Segunda Seção, REsp 541867/BA, Data do julgamento: 10/11/2004, fonte/data da publicação: DJ 16.05.2005 p. 227, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro)

Porém, a teoria finalista foi mitigada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, ao estender a proteção da Lei nº 8.078 a empresa comprovadamente vulnerável e destinatária final da relação:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (STJ, Terceira Turma, REsp 476428/SC, Data do julgamento: 19/04/2005, fonte/data da publicação: DJ 09.05.2005 p. 390 Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Aproxima-se, aqui, da segunda vertente doutrinária, dita maximalista, em que o conceito de consumidor deve ser amplo. Resumidamente, leciona Antônio Carlos Efig:

Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores, Segundo esta corrente, a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se é pessoa física ou jurídica

tem ou não tem fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o 'destinatário fático' do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome.

Diante desta conceituação não resta dúvida de que nos filiamos à corrente maximalista (...) (2000, p. 46).

A tese não parece ter correspondência, no entanto, com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, vez que, ali, claramente, há opção pelo destino "final" do produto ou serviço adquirido ou contratado. Aliás, essa confissão é feita por Alinne Arquette Leite Novais, em dissertação de mestrado orientada pelo Professor Gustavo Tepedino, na qual propõe a incidência das regras protetivas consumeristas para todo e qualquer contrato de adesão, independentemente de o aderente ser, ou não, destinatário final da relação, em virtude, não do artigo 2º, mas do artigo 29 daquele Código, cuja redação é esta: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Isto é: a autora parte do pressuposto de que o aderente de um contrato elaborado prévia e unilateralmente é presumivelmente vulnerável (2001, p. 152 - 60).

Existem contratos de adesão em que o aderente não se encontra em posição de destinatário final, não estando, portanto, enquadrado na definição de consumidor do art. 2.º, *caput*, do CDC, o que não o torna menos vulnerável, já que a sua posição na relação contratual de adesão, não obstante não ser ele destinatário final, é de desvantagem, de hipossuficiência em relação ao outro contratante, não podendo discutir as cláusulas constantes do contrato.

A posição do aderente, independente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação [...].

Nesse sentido, então, elaborou o legislador brasileiro o conceito de consumidor equiparado constante no artigo 29 do CDC, o qual disciplina que às normas especiais do Código de Defesa do Consumidor estão submetidas todas as pessoas expostas às práticas previstas nos Capítulos V e VI, estando neste último a previsão dos contratos de adesão, por entender que o aderente, sendo ou não destinatário final do produto ou serviço, está em posição de hipossuficiência.

[...] entendemos e defendemos que, diante dessa previsão legislativa, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser considerado um microsistema aplicável somente às típicas relações de consumo, já que, no caso específico do contrato de adesão, que nos interessa a princípio, esta barreira foi transposta e as normas constituem direito obrigacional comum, pelo fato da

vulnerabilidade em que se encontra qualquer aderente. (NOVAIS, 2001, p. 28 - 30).

Discordando da posição acima transcrita, Cláudia Lima Marques, eminente defensora da corrente finalista, ao prefaciá-la obra da citada autora, sustenta:

Em sua obra Alinne Arquette Leite Novais analisa com propriedade as teorias finalistas e maximalistas e conclui que o método de contratação por adesão *per se* levaria o julgador a considerar (de consumo) a relação mesmo que interempresarial, uma vez que foi a superioridade econômica e fática de um que permitiu a utilização desse método e a elaboração unilateral do contrato por aquele na posição mais forte (*Machtposition*), a caracterizar suficientemente a vulnerabilidade do outro, como exige o art. 4º, I, do CDC.

Data maxima venia, discordo. A interpretação finalista, que defendo, tem sua base na vulnerabilidade (presumida ou comprovada) do sujeito de direitos tutelados e restringe conscientemente a figura do consumidor *stricto sensu* àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família e permite a equiparação dos arts. 17 e 29 do CDC somente com base em prova de equiparação. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Assim, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para esses vulneráveis. Assim, a jurisprudência seria construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos, mencionados nesta obra, de contratos de adesão entre profissionais – consumidores, que reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede (NOVAIS, 2001, p. 19,20).

Cotejando os sólidos argumentos trazidos pelas autoras, discorda-se da afirmação de Aline Novais de que a simples adesão a um contrato com cláusulas pré-estabelecidas é suficiente para presumir a vulnerabilidade da parte e, conseqüentemente, tutelar diferentemente este contratante. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques:

O simples fato de se utilizar um contrato pré-elaborado por um dos co-contratantes profissionais não deve ser suficiente para presumir a vulnerabilidade do outro, mister a prova no caso concreto. A contratação por adesão entre profissionais, nacional e internacionalmente, não pode ser suficiente para presumidamente transformar todo o comércio em consumo, apesar das eventuais semelhanças (NOVAIS, 2001, p. 20).

De outro lado, em consonância com o que foi sustentado até aqui, conclui-se assistir razão a Alinne Novais no que tange à ampliação da incidência do Código de Defesa do Consumidor, “em virtude da unidade do ordenamento jurídico, assegurado pela própria Constituição Federal” (NOVAIS, 2001, p. 30). Trata-se de realizar a hermenêutica integradora, partindo do princípio de que o sistema jurídico é um conjunto único de normas que tem a Constituição como norma fundamental. Logo, é possível sustentar a ampliação da incidência das regras protetivas-consumeristas a partir de uma interpretação maximalista do artigo 29 do CDC, não na condição de aderente contratual, mas na condição de parte vulnerável, segundo as circunstâncias do caso concreto. As teses, assim, são complementares e não excludentes entre si.

Com o mesmo entendimento leciona Tepedino:

O princípio da vulnerabilidade, antes enunciado, informado pela solidariedade social constitucionalmente assegurada, deve servir de critério interpretativo do conceito de consumidor equiparado. Com efeito, se a proteção do consumidor é instrumental à tutela da dignidade da pessoa humana, a situação de vulnerabilidade de pessoas atingidas por acidentes de consumo ou por práticas comerciais abusivas mostra-se suficiente para atrair os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a um tempo justificando as normas de expansão do sistema e disciplinando a sua interpretação. Consumidor equiparado será a pessoa que, embora não consumidora (no sentido de destinatário final de produtos e serviços, a teor do art. 2º) mostra-se vulnerável e como tal, sofre efeitos negativos dos contratos de consumo, justificando-se, assim, a aplicação da lei de proteção dos consumidores. (...) E se assim é, a expansão das normas protetivas, tendo por objeto a redução das desigualdades sociais e regionais, representa um passo importante e benfazejo em favor da dignidade da pessoa humana e da promoção dos valores existenciais constitucionalmente tutelados (2006, p. 134).

E, ainda, Eliseu Jusefovicz:

O art. 29 do CDC cria a categoria dos “consumidores equiparados” e, ao indicar-lhes uma tutela ampla, nos capítulos V e VI, abre um largo leque de possibilidades para coibir cláusulas abusivas fora das relações contratuais de consumo. Assim, conclui-se que está

equivocado o entendimento de que o universo dos destinatários da norma do art. 29 do CDC seria constituído apenas pelos “potencialmente consumidores”. Contratantes que não podem ser tutelados com base no art. 2º do CDC, por não serem “destinatários finais”, ou porque as relações não se caracterizam como de consumo, têm naquele dispositivo a oportunidade de serem albergados pela extensão da tutela. Esse é um poderoso instrumento a ser invocado pelos “consumidores equiparados”, a fim de combater as estipulações contratuais abusivas (2007, 430).

As teses avultam de importância mesmo após a promulgação do Código Civil de 2002, cujo escopo, na concepção do Professor Miguel Reale, são os valores ético-solidaristas (MARTINS-COSTA & BRANCO, 2002. p. 130-60). Com efeito, são inegáveis os dispositivos trazidos pela nova legislação civil buscando dirimir um pouco a disparidade entre os contratantes, merecendo destaque os artigos 421 que trata da função social do contrato, 422 que trata da boa-fé objetiva, 423 que trata da forma de interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos de adesão e 424 que, também se referido aos contratos de adesão, dispõe serem nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Todavia, em relação ao controle de cláusulas abusivas, o legislador civil foi tímido. Limitou-se ao referido artigo 424, cuja incidência está restrita aos contratos de adesão. Por evidente, existe enorme lacuna em relação às demais relações, nas quais o contrato não se configure tipicamente como de adesão, e nas quais poderá ocorrer, entretanto, a vulnerabilidade de um dos contratantes.

De fato, um olhar direcionado à legislação civil e empresarial dos contratos perceberá que, apesar do reconhecimento do aderente como parte mais fraca (CC, arts. 423 e 424), falta a especificação das garantias e das possibilidades de intervenção judicial para a proteção dos mais fracos com a abundância de detalhes relativos à igualdade substancial, como fez a legislação consumerista (JUSEFOVICZ, 2007, p. 423).

Pelo que ficou registrado, fica claro que a falta de previsão expressa no Código Civil não significa deixar ao desamparo a parte vulnerável. Além da incidência do princípio da isonomia substancial, Código Civil e Código de Defesa do

Consumidor não se excluem. Ao invés, complementam-se pelo chamado “diálogo das fontes”, conforme dispõe Gustavo Tepedino:

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais (2006, p. 406).

E Nelson Nery Junior:

Diálogo das fontes

O CC regula as relações jurídicas civis e comerciais; o CDC fixa o regime jurídico da relação de consumo. Ambas as leis interagem e têm aplicação subsidiária e extensiva, naquilo que for cabível. Isso quer dizer que não é incompatível com o microsistema do CDC, por exemplo, a aplicação das cláusulas gerais da *boa-fé objetiva* (CC 422), da *função social do contrato* (CC 421), da *função social da empresa*, (CF 170, CC 421, 422 e 981), da *função social da propriedade* (CF 5ºXXIII e 170 III; CC 1.228), assim como também são aplicáveis às relações civis e comerciais reguladas pelo CC as disposições do CDC sobre as cláusulas contratuais abusivas (CDC 51). Ambas as leis (CC e CDC) têm, hoje, a natureza de serem corpos normativos constituídos de *socialidade*, em que avulta o interesse social, coletivo, em detrimento do meramente individual (2004, p. 223).

Diante dessas circunstâncias, afirma Tepedino que o novo diploma civil:

destina-se a regular relações estabelecidas entre contratantes paritários, voltando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor para a disciplina dos contratos de consumo e das práticas comerciais entre partes desigualmente situadas (TEPEDINO, 2006, p. 408).

A nova racionalidade, que tem como vértice a Constituição, constrói, assim, um sistema aberto e móvel, no qual a proteção da parte mais vulnerável é adequada à realidade do caso concreto. Isso implica aumento do poder do magistrado, buscando a equidade pelo controle das cláusulas abusivas no direito contratual como um todo, intervindo na esfera interna do contrato a fim de primar pelas justas expectativas dos contratantes.

Diante da omissão do legislador em adaptar suficientemente o Direito dos Contratos pela Lei 10.406/02, acolhendo as dessemelhanças para um tratamento desigual, a “inviolabilidade do direito à igualdade” (CF, art. 5º, *caput*) está a exigir que os juízes façam, nos casos concretos, o tratamento desigual necessário para assegurar a igualdade substancial. O tratamento favorecido aos mais fracos, tendo em conta as circunstâncias do caso, visando uma aplicação coerente dos princípios da Constituição, não significa nenhum juízo de conveniência e oportunidade. Como diria Ronald Dworkin, trata-se de uma decisão política de princípio (JUSEFOVICZ, 2007, p. 422).

É necessário, pois, mudança na compreensão do papel do Estado/Juiz no controle da igualdade, e é necessário, também, mudança no próprio conceito de igualdade, tornado dinâmico. Só pode ser aferido diante das peculiaridades dos sujeitos envolvidos na relação contratual, preservando, com isso, a dignidade das pessoas envolvidas em tais formas privadas de trânsito jurídico, valor maior do qual decorrem todos os outros elementos axiológicos e principiológicos do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A racionalidade contratual liberal, na qual se presumia a igualdade formal dos contratantes, é um modelo ultrapassado, posto que falacioso diante dos fatos sociais. O respeito irrestrito ao contrato, decorrente da livre manifestação da vontade, não é – nem pode ser – visto como dogma inabalável. A exteriorização da vontade na sociedade cada vez mais desigual e injusta nem sempre é tão livre quanto propugnado pelos liberais, e conseqüentemente não corresponde necessariamente à vontade real da parte.

As intervenções pontuais na legislação contratual efetivadas pelo Estado dito “Social” mostraram-se insuficientes, especialmente no Brasil, por manterem o valor da pessoa pelo ter e não pelo ser, e por preservarem os interesses da sociedade capitalista, ao invés de diminuir as desigualdades sociais.

Com isso, entra em crise também a própria fonte do Direito por excelência, a lei, entendida aqui como código. Idealizado sob os auspícios de um racionalismo intransigente, que tornava o legislador o único intérprete autorizado a exprimir a vontade do Estado, é colocado em xeque pelas novas condições humanas e sociais, não contidas em incunábulo. Constata-se então a distinção entre texto e norma, já que a interpretação é algo mais que mera subsunção, ou operação lógico-formal de caráter dedutivo.

Neste passo, a participação do intérprete, com sua pré-compreensão, é essencial à obtenção do sentido do texto para o caso concreto. E a referência maior para a interpretação está na Constituição Federal, elemento fundante e vértice do sistema jurídico. Fala-se, pois, em Estado Constitucional, numa revolução copernicana, visto que é justamente a Constituição Federal de 1988 que assume

uma postura de transformação da realidade social, irradiando sobre toda a ordem jurídica os seus valores democráticos.

Passam a importar os direitos fundamentais como núcleos da Constituição, com estrutura normativa de princípios, aí assumindo lugar imprescindível a *dignidade humana*, de que é consectário a igualdade (material e não meramente formal). Todavia, a validade e a eficácia das declarações contidas no texto constitucional dependem da forma de sua aplicação às diversas situações interpretadas, notadamente aqui às relações contratuais.

Crê-se que a aplicação das normas jusfundamentais às relações entre particulares deva ocorrer de forma diversa, conforme exista ou não exista legislação infraconstitucional. Assim é que, havendo mediação legislativa (ou regulamentação específica concretizadora do direito fundamental), deverá aquela, em princípio, ser aplicada, respeitando a separação dos Poderes e o princípio democrático.

Se, no entanto, a regulamentação específica for inconstitucional ou insuscetível de interpretação conforme à Constituição (*Verfäßungskonforme Äuslegung*), deverá ser aplicado diretamente o direito fundamental, mediante recurso à ponderação de interesses (aferível por proporcionalidade e seus desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O mesmo pode ser dito, de maneira abrangente, se restar demonstrada a dissociação entre a regulamentação específica e a finalidade para a qual foi projetada, isto é, se não existir correspondência entre o caso concreto e a hipótese (fundamento originário levado em conta pelo legislador) de incidência da regra. Neste caso, a ressalva diz respeito apenas à questão da segurança jurídica, visto que de exceção não se pode transformar em corriqueira. E aqui também se faz uso da ponderação, assim, não permanecendo exclusiva para os princípios, mas restando ampliada – em casos excepcionais – para as regras. Na colisão, a regra, em si, continua válida; no caso concreto, porém, sua incidência será afastada, de

acordo com determinadas condições materiais e procedimentais (em especial, justificativa e comprovação condizentes).

Nessa perspectiva, importantes influxos sofre o contrato, abeberado agora em onda na qual lhe cumpre ser elemento de dinâmica e não de estática social. A hermenêutica crítica e socialmente justificada e justificável deixa ao intérprete a possibilidade de, concretamente, dirimir desigualdades materiais entre os contratantes.

A abertura hermenêutica para redimensionar as relações contratuais é dada, mais uma vez, pela ponderação entre o direito fundamental afetado e a autonomia privada, esta última também constitucionalmente tutelada. Aqui, a colisão remete às precedências *prima facie*, as quais, ao levarem em conta três planos (normativo, analítico e empírico), permitem estabelecer que, em caso de relação contratual de particulares em situação, quer de igualdade, quer de desigualdade fática, haverá precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada. Da mesma forma, estando-se diante de relação contratual de particulares em situação de desigualdade fática, o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial terá precedência *prima facie* diante do princípio da autonomia privada.

Apenas no caso de a relação contratual dar-se entre particulares em situação de igualdade fática, e tendo conteúdo patrimonial o direito fundamental, é que se poderá falar em precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada em relação àquele direito fundamental considerado.

Já no caso específico da igualdade material, há que se considerar que, para além da dimensão fundamental negativa (proibição de discriminação), revela-se hoje conteúdo eminentemente positivo, com a necessidade de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. E, passo essencial, tem-se o Código de Defesa do Consumidor, que, ao tutelar diferentemente a parte vulnerável (aqui protegida de forma explícita), pondera previamente a colisão em matéria contratual.

A mediação legislativa exercida pelo Código Consumerista controla cláusulas abusivas e intervém na dinâmica contratual para garantir as justas expectativas das partes contratantes. Quanto menor for a autonomia, maior será a necessidade de proteção pelo Estado, o que remete à aferição da vulnerabilidade de acordo com o caso concreto.

Assim, quando não houver vulnerabilidade do contratante (ainda que, teoricamente, pudesse ser enquadrado em categoria protegida de forma expressa, como consumidor, empregado, etc.), tem-se aí razão suficiente para o afastamento da norma protetiva. Afinal, não só os princípios, mas também as regras possuem uma dimensão de peso e, conseqüentemente, podem ser afastadas sem que isso implique a sua completa exclusão do sistema.

Ao invés, mesmo nas relações em que não há típica relação de consumo, é possível incluir, sob o manto da proteção consumerista, toda parte que, ainda que não autêntica “consumidora” (por não estar subsumida no artigo 2º do CDC), esteja em situação de vulnerabilidade frente à outra. Como razões suficientes a tanto, entram em voga, de um lado, a segurança jurídica (pela maior determinação das regras, com reflexos na previsibilidade das decisões judiciais), o comprovado alcance do fim protetivo almejado e o mandamento de tratamento igual aos iguais, e, de outro lado, a interpretação maximalista do conceito de consumidor (decorrente do artigo 29 do CDC).

Em resumo: a aplicação ampliada e protetiva do CDC, porém matizada de acordo com o caso concreto, é um importante vetor de concretização da hermenêutica principiológica constitucional, tornando dinâmicas as posições subjetivas contratuais. Através de tal aplicação, consubstancia-se a busca da igualdade material, por tanto tempo restrita ao âmbito de mero regramento formal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In:

BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O código brasileiro de proteção do consumidor*. Disponível em < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9471> > acesso em 15 dez. 2007.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilado por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 645.902 – RS*. Banco Santander Meridional S.A. e Aline Baistorph da Silva. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 28 de setembro de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 12.547- DF*. William David Ferreira e Des. Rel. do Habeas Corpus nº 2000002001 0410 do TJ/DF. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. 28 de setembro de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 476.428 - SC*. Agipliquigás S.A. e Gracher Hotéis e Turismo Ltda.. Relatora Ministra Nancy Andrihi. 19 de abril de 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 541.153 - RS*. BCN Leasing Arrendamento Mercantil S.A. e Urgeped Clínica de Atendimento Infantil. Relator Ministro César Asfor Rocha. 08 de junho de 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 541.867 - BA*. American Express do Brasil S.A. e Central das Tintas Ltda. Relator Ministro Barros Monteiro. 10 de novembro de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 457.398 - SC*. Hercílio Loewen Júnior e Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. 06 de outubro de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 561.853 - MG*. Nuclear Medcenter Ltda e General Electric Company. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 27 de abril de 2004. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 269.579 - RS*. Caixa Econômica Federal e Jovenil Pereira Pontes e outros. Relator Ministro Celso de Mello. 26 de setembro de 2000. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > acesso em 05 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 201.819 - RJ*. União Brasileira de Compositores e Arthur Rodrigues Villarinho. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. 11 de outubro de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > acesso em 05 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP*. Luciano Cardoso Santos e Banco Bradesco S.A.. Relator Ministro Cezar Peluso. Pendente de votos. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > acesso em 20 dez. 2007.

BREDIN, Jean-Denis (apres). *Code civil des Français, bicentenaire: 1804-2004*. Paris: Dalloz, 2004.

BRÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducion de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. 2^a ed. Traduzido por Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CEZNE; Andréa Narriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronad Dworkin e Robert Alexy. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, n. 52, p. 51-67, jul. 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 128-49, jul. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, p. 5-13, jan-fev. 1952.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 8. ed. 7. reimp. Madrid: Taurus, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17^o imp. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Traduzido por João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n^o 94, p. 201-211, mar. 1994.

_____. (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Apreciação crítica do código civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 304, p. 17-22, fev. 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 39-52, jul. 1987.

_____. *A interpretação sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FROMM, Erich. *Ter ou ser?* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

FROSINI, Vittorio. Verbete: Diritto positivo In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol XII P. 653-659. Milano: Giuffrè Editore, 1963.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas técnicas para o trabalho científico*. 12^a ed. Porto Alegre: Dácio - Plus, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Traduzido por Antônio Manuel Botelho Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

GONDINHO, André Osório. Codificações e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, abr.-jun. 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Visão geral do código. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

_____. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. 11. reimp. Traduzido por Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

JUSEFOVICZ, Elizeu. *Contratos – proteção contra cláusulas abusivas*. Curitiba: Juruá, 2007.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armada de Saint-Maurice, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Traduzido por José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIBERTINI, Mario. Il vincolo del diritto positivo per il giurista. In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 18, p. 77-93, abr./jun. 1996.

_____. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Traduzido por Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, p. 135-155, outubro-dezembro. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

_____ (Org.). *A reconstrução do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo III.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes*. 2. ed. Traduzido por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-33, jul.-set. 1993.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *A crise do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NALIN, Paulo. *Do contrato – conceito pós moderno*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código civil e legislação extravagante em Vigor*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, p. 218-297, abril-junho. 2004.

NEUNER, Jörg. O Código civil da Alemanha (BGB) e a lei fundamental. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 326, p. 7-26, dez. 2004.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *Contrato verbal de consumo*. Curitiba: Juruá, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PENTEADO JÚNIOR, Cássio M. C. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, p. 148-161, abril-junho. 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Traduzido por Vergínia K. Pupi. Revisão de tradução Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil – constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ªed. Coimbra: Coimbra, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2004. t. 4.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2005. t. 5.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70009188483*. Banco do Brasil S.A. e Indústria de Calcário Vigor Ltda. Relator Desembargador Rogério Gesta Leal. 15 de dezembro de 2004. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br> > acesso em 9 mai. 2006.

ROSA; André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição - *Verfassungskonforme Auslegung* - no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, v. 143, p. 19-33, jul.-set. 1996.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Código Civil, os chamados micro sistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil - Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de direito civil. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 341, p. 11-27, março. 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares a los derechos fundamentales?. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 98, p. 333-67, junho. 2005.

VALE, André Rufino do. Constituição e direito privado: Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. I, n. 6, p. 94-122, out.-dez. 2004.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Prefácio François Terré. Traduzido por Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 130, p. 39-55, abr.-jun. 2003.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisado por Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1991.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Traduzido por Antônio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZACCARIA, Giuseppe. Presentazione In: ZACCARIA, Giuseppe (Org.). *Diritto Positivo e Positività del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1991.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)