

**Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Faculdade de Direito**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**Antônio Lopes de Carvalho Filho**

**O CONTRATO SOB O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA**

**os reflexos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da filosofia da  
linguagem**

**Juiz de Fora – MG**

**2016**

**Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Faculdade de Direito**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**Antônio Lopes de Carvalho Filho**

**O CONTRATO SOB O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA**

**os reflexos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da filosofia da  
linguagem**

**Juiz de Fora – MG**

**2016**

**ANTÔNIO LOPES DE CARVALHO FILHO**

**O CONTRATO SOB O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: os reflexos da  
eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da filosofia da linguagem.**

**Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito e Inovação, da  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
como pré-requisito parcial para a  
obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Área de Concentração: Direito e Inovação**

**Orientador: Professor Doutor Flávio  
Henrique Silva Ferreira.**

**JUIZ DE FORA**

**2016**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca  
Universitária da Universidade Federal de Juiz de Fora – MG, com dados fornecidos  
pelo autor.



**ANTÔNIO LOPES DE CARVALHO FILHO**

**O CONTRATO SOB O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: os reflexos da  
eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da filosofia da linguagem.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação, da Universidade Federal de Juiz de Fora como pré-requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito e Inovação, submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Professor Doutor César de Castro Fiuza

---

Professor Doutor Denis Franco Silva

---

Professor Doutor Flávio Henrique Silva Ferreira – Orientador

Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Aprovado em: Juiz de Fora, 30 de maio de 2016.

Ao professor Flávio Henrique Silva Ferreira.

A todos aqueles que sofrem as mazelas de  
nossa sociedade.

## **Resumo**

A presente dissertação tem como proposta compreender a problemática do contrato sob o paradigma pós-positivista. Nesse cenário contemporâneo, no qual a ordem jurídica incorporou em si valores morais eleitos pela sociedade, e no qual fora evidenciada a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais também às relações privadas, seja em razão de sua multiplicação e pulverização, seja pela sua complexidade e potencialidade de causar danos à pessoa, torna-se imperioso repensar o fenômeno do contrato, em razão de que o seu objeto, as suas partes ou o modo como fora atingido o seu consenso poderão fazer com que essa eficácia se dê em maior ou menor grau. Também a Filosofia da Linguagem serviu como subsídio nessa empreitada, em razão de possibilitar ao intérprete o instrumental necessário para entender o contrato como um fenômeno de extensa riqueza significativa, no qual o arranjo de palavras em que se consubstancia pode conter muito mais do que a sua interpretação literal deixa transparecer. Por fim, concluiu-se que a interpretação de um contrato ultrapassa a sua compreensão como um instrumento de transação entre iguais, em razão de que a realidade encerra vetores que direcionarão a sua compreensão para um paradigma mais social ou mais liberal, a depender de suas peculiaridades.

**Palavras-chave:** Solidariedade. Pós-positivismo. Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Filosofia da Linguagem.

## **Abstract**

The purpose of this work is to understand the problem of contracts under the post-positivism paradigm. In this contemporary scenario, in which the legal system has incorporated moral values as elected by society, and in which there is a need to extend the effectiveness of fundamental rights also to private relationships, whether due to its multiplications and spread or to its complexity and potential to cause harm to the person, it is imperative to rethink the Contract phenomenon, given that its object, its parts or the way its consensus was reached may cause this effectiveness to be a greater or lesser degree. Also, the Philosophy of Language served as a support in this endeavor, because it empowers the interpreter with the necessary instruments to understand the Contract as phenomenon of extensive and rich meaning in which the arrangement of words on which it is based may contain much more than its literal interpretation reveals. Finally, it was concluded that the interpretation of a Contract exceeds its understanding as a transaction instrument amongst equals, because reality contains vectors that guide its understanding towards a more social or more liberal paradigm, depending on its peculiarities.

**Keywords:** Solidarity. Postpositivism. Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights. Philosophy of Language.

## Sumário

<b>Introdução</b> .....	10
<b>1 – Subsídios Teóricos</b> .....	13
1.1 O Impacto do Pós-Positivismo Jurídico .....	16
1.2 A Relação entre o Direito e a Linguagem .....	23
1.3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas .....	27
<b>2 – A Problemática do Contrato</b> .....	32
<b>3 – O Entendimento dos Tribunais Superiores</b> .....	44
<b>Conclusão</b> .....	59
<b>Bibliografia</b> .....	64

## Introdução

A realidade contemporânea tem evidenciado que as relações entre os sujeitos de direito podem alcançar patamares elevadíssimos, tanto em relação à sua pulverização, criando uma teia bastante densa e repleta dos mais diversos atores, quanto em sua complexidade, expondo problemas e necessidades não imaginados em períodos pretéritos. Por tudo isso, o ser-humano é levado a pensar, a se repensar, e, neste processo de compreensão dos novos tempos, a perceber que soluções antigas não servem para problemas novos, de modo que o ineditismo de um problema há de requerer uma solução também inédita, ainda que esteja baseada em consagradas concepções. Dessa forma, há que se entender que a experiência humana deve ser usada como uma base sobre a qual se ajustará um novo instrumental de compreensão da realidade.

Nessa atualidade complexa, sem margem para dúvidas, um de seus pontos relevantes é a problemática do contrato. Como compreender a sua prática massiva, rotineira e pulverizada. Como dar conta de sua imensa expansão, em razão de o consumo ter sido alçado a um nível não imaginado em épocas anteriores. Como entender o fato de que posições existenciais, que antes estavam somente a cargo do Estado, agora estão, também, a cargo de particulares, garantidas pelo acordo de vontades entre seus atores. Por tudo isso, percebe-se que o contrato tornou-se um instrumento polivalente, que adentra as mais diversas esferas da realidade humana, desde áreas de indubitável equiparação entre as partes, até áreas nas quais os contratantes se encontram em extremo desequilíbrio de posições.

Por tudo isso é imperioso estudar o contrato à luz dessa nova realidade, de forma a compreender melhor a problemática do contrato cujo objeto seja afeto a algum direito fundamental de suas partes, no qual elas estejam em posições de desequilíbrio que não possam ser creditadas a comportamentos desidiosos ou negligentes seus, e que uma compreensão rasa da normativa contratual possa levar a um resultado que seja aberrante à *communis opinio* de justiça social. Em síntese, o que se propõe é a ponderação entre a propriedade privada, que apesar de ser um direito fundamental de elevada magnitude e que requer uma tutela firme, a fim de garantir um ambiente negocial fértil e próspero, pode ter que ceder frente a determinados direitos fundamentais contratualmente

garantidos, como, por exemplo, os direitos de saúde, educação e outros que tutelem situações existenciais da pessoa contratante.

Para fazer esse cotejo entre a solução que seria dada ao caso em uma ordem jurídica avaliativa, desprovida de juízos morais, e a opinião social de justiça, entende-se como necessária a busca dos subsídios do pós-positivismo, de modo que, à frieza da normativa jurídica, serão acrescentados os valores morais e de justiça da sociedade política, de forma que o resultado possa ser racionalmente explicado e moralmente justificado. Por tudo isso, mostra-se necessária a ponderação entre a propriedade privada e a outra situação assegurada pelo contrato. Em razão de esta comparação entre os interesses das partes contratuais ser imprescindível à percepção daquele interesse que deve prevalecer em uma situação na qual seja impossível a realização de ambos a contento.

Quanto à filosofia da linguagem, de início, acredita-se ser ela importante em razão de apresentar os subsídios necessários a uma compreensão mais profunda do ajuste de vontades que consubstancia o contrato. Quer isso dizer que o ajuste de vontades tal como fora documentado, pode ser apenas uma parte de um todo muito maior, no qual estarão depositados anseios, pretensões, e outros interesses, legítimos ou não, que as partes tinham quando concertaram suas vontades.

Já em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem-se como importante, porque é a justificação sem a qual não se poderia pensar soluções diferentes daquelas tradicionalmente postas para a resolução dos conflitos de um contrato que fora inadimplido. Quer isso dizer que os direitos fundamentais devem ser percebidos, não só como valores fundantes da ordem jurídica democrática, mas também como um direcionamento que a sociedade política se impõe.

De nada adiantaria a consagração de direitos a serem respeitados na relação estado-cidadão, se nas relações entre particulares tudo fosse permitido. Por isso, há que se compreender que, embora haja um maior espaço de liberdade nas relações puramente particulares, haverá valores e direitos que não poderão ser desconsiderados, sob pena de o contrato sair deslegitimado, em razão de não possuir função social.

Dessa forma, quando se percebe que os direitos fundamentais devem incidir nas relações entre particulares, que a ordem jurídica atual, ou seja, pós-positivista, requer um ideal de justiça e promoção humana mais incisivo, não se contentando com expressões

meramente retóricas, e que a filosofia da linguagem é capaz de clarear o entendimento acerca das vontades e suas declarações, percebe-se que o fenômeno contratual é muito maior que a simples criação de uma relação jurídica pelo poder da vontade das partes. Isso ocorre em razão de no contrato estarem inseridos desequilíbrios humanos de toda sorte, tais como o de conhecimento, de poder econômico, de situação conjetural, fazendo necessária a sua análise como instrumento de promoção da pessoa. O que leva a perceber que os problemas e atritos surgidos entre as partes podem encerrar detalhes, que não serão percebidos por um olhar menos atento e despreocupado com as posições existenciais das pessoas. Afirma-se, sobretudo, que o contrato somente terá razão de ser quando estiver em consonância e dentro dos limites de sua função social<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Lei 10.406 de 2002, art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

## 1 – Subsídios Teóricos

O presente trabalho propõe-se a realizar uma investigação acerca de como os direitos fundamentais se relacionam com o ambiente dos contratos entre agentes privados. Essa temática mostra-se bastante atual em razão da complexidade das relações intersubjetivas contemporâneas, que cada vez mais vinculam atores sociais bastante díspares, seja economicamente, seja por outros fatores igualmente relevantes, tais como a detenção de conhecimento técnico, de informação e de possibilidades conjecturais.

Essa investigação torna-se sobremaneira relevante em razão do surgimento da sociedade de massa, e de todas as suas implicações, como, por exemplo, o contrato de massa, concertado através da adesão a um contrato tipo pensado unilateralmente por um dos agentes. E, também, pela homogeneização das pessoas que passam a ser consideradas partes pretensamente iguais, sem que sejam percebidas e consideradas as suas peculiaridades e debilidades.

Esse ambiente contemporâneo, por tudo isso, mostra-se extremamente complexo, além de ser possuidor de relações jurídicas inimagináveis quando do surgimento do instrumental teórico dos direitos humanos, de modo que se torna necessário repensar essa temática, que aqui será discutida somente naquilo que for pertinente aos direitos fundamentais, visto que são direitos, com forte carga valorativo-filosófica, consagrados dentro da Constituição da República Federativa do Brasil como garantias dos cidadãos.

Faz-se necessária essa delimitação temática, em razão de a investigação sobre a influência do direito objetivo brasileiro ser aquilo que mais diretamente toca ao sujeito de direitos nacional, e, também, pelo fato de que a gramática dos direitos humanos, apesar de ser a fonte primeira dos direitos fundamentais, apresenta certos traços eurocêntricos que se mostram bastante dissociados das peculiaridades sociológicas nacionais. Quer isso dizer que o processo de formação do Brasil e de seu Direito, apesar de ter uma relação bastante estreita com as fontes europeias, apresenta outros traços bastante marcantes em sua formação, como por exemplo, as riquíssimas contribuições de outros povos, mormente, os africanos e os indígenas brasileiros.

Dessa forma, a temática dos direitos fundamentais, por ser uma matéria estritamente constitucional e por dar a tônica do estado democrático de direito, deve ter

solidificado o seu entendimento tanto pelos seus intérpretes mais imediatos, juízes, advogados e toda a comunidade jurídica, quanto por toda sociedade, vez que o Direito apresenta-se como linguagem e possui seu instrumental firmado nas bases culturais de um povo, de modo que não pode ser entendido, tampouco delimitado em sua abrangência sem que se recorra ao seu entendimento enquanto instrumento de cultura e de trânsito de informação. Sendo assim, é mister que sejam verificados os pressupostos teóricos da filosofia da linguagem.

Por tudo isso, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas será investigada como algo que é, ou seja, algo relativo à ontologia, mesmo que em algumas situações, e em razão da sua criação como linguagem cultural fortemente carregada de valores filosóficos, seja necessário perceber a sua importância como instrumento voltado à concretização de uma realidade que melhor promova a pessoa em todas as suas potencialidades.

Aqui perceber-se-á que, em algumas situações, o resultado interpretativo acerca dos direitos fundamentais, ou seja, a norma jurídica, não poderá ser havido como leitura possível sobre determinado texto normativo, em razão de ser mais amplo ou de representar compreensão aquém do que fora perpetuado na lei. Por isso, propõe-se perceber os direitos fundamentais através da lente do direito como manifestação cultural, sempre tendo em conta a sua concretização como algo palpável, ou seja, como algo construído e sedimentado pelos tribunais, dentro da concepção social acerca daquele direito.

Com isso, o presente trabalho visa investigar a influência dessa relação complexa entre a manifestação cultural de um povo, no caso, o povo brasileiro, e a sua compreensão dos direitos fundamentais enquanto balizas de atuação das pessoas no ambiente negocial. Sendo assim, refuta-se, peremptoriamente, a possibilidade da existência de duas lógicas ou de dois sistemas de enquadramento, a depender da qualidade dos sujeitos envolvidos, vez que não pode ser crível que ainda se entenda como passível de influência dos direitos fundamentais somente as relações do cidadão com o ente estatal. Há que se ressaltar, no entanto, que os direitos fundamentais não incidirão em todas as relações com a mesma intensidade, vez que a qualidade das partes, se não afasta a sua incidência, consegue esmaecer ou amplificar essa intensidade, de modo que se não está em questão uma lógica binária de tudo ou nada, mas sim uma lógica de escala de “cinza”, na qual a tonalidade

da influência será obtida através da consideração de diversos fatores, dos quais pode ser adiantado o objeto contratual.

Isso ocorre em razão de a pessoa ao interagir com outros sujeitos privados, o que efetivamente faz em muito maior quantidade de vezes, poder estar exposta a uma gama de explorações e desequilíbrios muito maior e mais danosa do que aquela de quando lida com o Estado propriamente dito, razão pela qual o ambiente privado não deve ser imune aos influxos dos direitos fundamentais. Sendo assim, percebe-se a obrigatoriedade dessa influência como delimitador da ação privada, de modo que somente restará a ser pesquisado o modo como essa influência se dará, ou seja, se de maneira imediata, simplesmente em razão da consagração constitucional do direito, ou se de maneira mediata, dependendo, então, de uma interposição legislativa.

Aqui parte-se da hipótese de que, mesmo no ambiente privado, e tendo-se em consideração a concepção do Direito como uma manifestação cultural e um entendimento compartilhado por toda a sociedade, os direitos fundamentais sempre influenciarão as relações privadas, sendo relevante apenas perquirir em que grau essa influência se dará, uma vez que poderá ser em grau mínimo, quando presentes partes que se equivalham em poderio negocial e o substrato contratual seja direitos que não afetem posições existenciais dos envolvidos; ou em maior grau, quando estejam envolvidas situações afetas à personalidade e ou posições existenciais dos envolvidos, vez que a maior proximidade do objeto contratual com essas situações exigirá maior tutela dos direitos fundamentais.

Essa problemática da influência dos direitos fundamentais no direito dos contratos far-se-á levando em consideração o paradigma pós-positivista, de modo que toda a ordem jurídica será considerada e pensada como um sistema impregnado de uma ética humanista carregada de valores que focalizam a pessoa natural como o fim primordial do Estado. Além disso, as decisões judiciais serão importante meio de percepção de como o direito objetivo é concretizado, vez que não bastam textos legislativos, sendo mais consentânea à realidade do cidadão o modo como o Direito é aplicado e o *quantum* de proteção que ele consegue perceber na ordem jurídica. Em verdade esse ponto de vista corresponde ao refinamento do positivismo jurídico e à reflexão de que não basta a sistematização do Direito para que ele possa assegurar um ambiente material de promoção humana. Sendo necessário que, sem o menosprezo das opções dogmáticas da sociedade, o intérprete

tenha, no momento da hermenêutica, o pensamento de que valores racionais orientam a ordem jurídica, de modo que, muito além de repudiar as barbáries, ela somente subsista quando tome para si o encargo de criar condições materiais de promoção da pessoa natural.

Dessa forma, servirão de subsídio as teorias do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e das regras e princípios de Robert Alexy. A partir dessas linhas de pensamento, que preconizam que a hermenêutica jurídica distancia-se do decisionismo e ou do subjetivismo do intérprete, para se aproximar de um método racional, escalonado em etapas bem definidas e organizadas de modo a tornarem factível a tomada de uma decisão mais acertada, tentar-se-á verificar qual é o âmbito de influência dos direitos fundamentais no direito dos contratos. Nesta tarefa de verificação, serão considerados o texto normativo, as contingências contemporâneas, e, também, os valores morais compartilhados pela sociedade brasileira, de forma que a construção dogmática será pensada como parte de um amálgama que também encerra outros vetores e valores.

## 1.1 - O Impacto do Pós-Positivismo Jurídico

Dworkin<sup>2</sup> (2003) evidencia que a decisão judicial, bem como qualquer atividade interpretativa do sistema jurídico, tem sempre a possibilidade de ser a mais certa possível dentro das opções dogmáticas da sociedade, de suas contingências históricas, e de seus valores morais. O autor demonstra a superação do positivismo jurídico e da alargada discricionariedade do intérprete, que, diante de um *hard case*<sup>3</sup> poderia ter várias “opções” como viáveis para a tomada de decisão, quando, na verdade, havia somente uma resposta que atenderia melhor às peculiaridades do caso.

Essa busca por uma resposta melhor, utilizando um processo racional de tomada de decisão, obstaculiza o subjetivismo judicial e atenua a imprevisibilidade da resposta judicial. Ao agir assim, o pós-positivismo, supera o positivismo jurídico que, além de não ter defesa contra o subjetivismo daqueles que detêm o poder de dizer qual é a vontade da

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>3</sup> Caso difícil (tradução livre), aquele caso no qual o texto normativo, em uma análise superficial, parece indicar várias respostas como juridicamente possíveis.

sociedade política, também abre campo para que a decisão seja extraída em um cotejo analítico entre o fato e, somente, o texto normativo, podendo gerar, assim como já gerou, casos em que a legalidade encobrisse e compactuasse com as mais horrendas atrocidades.

Nesse ponto é necessário citar o regime nazi-fascista que assombrou a Europa até o término da 2ª Guerra Mundial e que foi responsável por um giro conceitual em toda a teoria do Direito. Radbruch<sup>4</sup>, catedrático afastado de suas atividades docentes pelo 3º Reich, afirmou em 1946, em razão das atrocidades do regime totalitário alemão, sua famosa fórmula, que enuncia que injustiças extremas não são Direito. Ao demonstrar que o Direito deveria servir a um ideal de justiça e que uma legislação que desconsiderasse, em demasia, essa relação necessária não poderia ser considerada correta, o professor alemão deixou claro que o positivismo jurídico não poderia subsistir sem que incorporasse valores morais que fizessem essa ligação entre o sistema positivado e a sua função necessária de promoção da pessoa humana.

Dessa forma, como resposta às falhas do positivismo jurídico, e ciente da necessidade de integrar ordem normativa e valores morais, Dworkin (2003) oferece como resposta o Direito como Integridade. Nesse modo de ver e pensar a ordem jurídica, o intérprete atentará às opções dogmáticas e aos textos normativos como um todo e os integrará aos valores morais que possam ser havidos como implícitos na ordem jurídica, de modo que, muito além de um sistema jurídico acromático ou inerte, o intérprete perceberá que a ordem jurídica possui caráter instrumental de salvaguarda e promoção humana e encerra em si os dilemas e as opções morais que a sociedade possui. Há que se considerar, também, que o Direito como Integridade possui certos mecanismos contra-majoritários como forma de fazer oposição às majorias transitórias ou não relevantes do ponto de vista moral. Maiorias que não possam ser consideradas como aptas a garantir a todos e quaisquer grupos sociais os mesmos direitos e subsídios. Aqui observa-se que o papel do Poder Judiciário apresenta grande importância, pois está incumbido de realizar a manutenção e o equilíbrio entre as forças majoritárias e as necessidades contra-majoritárias, de maneira a garantir que as opções morais da sociedade sejam aptas a garantir a todos os indivíduos as mesmas potencialidades. Um exemplo pode ser esclarecedor: os direitos das minorias devem ser considerados como de importância igual aos direitos dos grupos majoritários, apesar de em uma análise quantitativa ser factível

---

<sup>4</sup> Em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Radbruch\\_formula](http://en.wikipedia.org/wiki/Radbruch_formula)>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

que os direitos dos grupos majoritários possam prevalecer, ainda que por meio de força bruta.

Não seria correta, sob o ponto de vista da Integridade, a opção por um caráter de discriminação que não revelasse coerência prática e conceitual com a ordem jurídica, só que esta não é mais somente o texto normativo, mas a sua integração com os valores morais da sociedade política. Valores esses que possam ser racionalmente percebidos e reconhecidos.

Para realizar esta operação argumentativa de percepção de qual seria a melhor resposta para o problema posto em análise, Dworkin (2003) oferece a figura do juiz Hércules, que seria um julgador com sensibilidade aguçada, paciência extrema e incansável busca pela melhor solução para o caso. É verdade que essa é uma figura ideal, mas ela serve para direcionar e demonstrar que a atitude de reflexão diante do problema posto é indissociável da postura de um intérprete que pense o Direito como Integridade, vez que é indispensável que se atente às opções morais da sociedade e as coloque sob prova. Outro ponto importante é a necessidade de se cotejar analiticamente as possíveis respostas à indagação posta, de modo que as opções possíveis sejam testadas em um discurso racional, capaz de fazer crer aos envolvidos e aos destinatários que aquela era realmente a melhor solução para o caso.

Para Hércules seria possível chegar à resposta ideal, todavia para os intérpretes reais, que sofrem as contingências da história, da escassez de tempo para reflexão, de recursos e mesmo de conhecimento, ela é somente um norte. A resposta correta será aquela que possa ser racionalmente havida como a melhor dentre as possíveis na tarefa argumentativa de integrar texto normativo e valores morais da sociedade. Sendo assim, faz-se necessário que se refinem os métodos de interpretação do Direito, pelo fato de que o método gramatical, que ainda é necessário, mostra-se como o mais pobre na tarefa de identificação do Direito como Integridade, vez que só dá conta de explicitar o texto normativo, que, não raras vezes, não coincide com a norma que encerra.

Esse método de Dworkin (2003) para a busca da melhor resposta à indagação jurídica é bastante refinado e analítico, todavia não apresenta delimitação precisa de etapas a serem seguidas, de forma que o intérprete teria a seu dispor a conveniência ou

inconveniência dessa flexibilidade de atuação. Alexy<sup>5</sup> (2008), entretanto, organiza um método de análise no qual o intérprete teria necessariamente de seguir um rígido caminho para resolver o conflito normativo, de modo que a racionalidade da resposta seria extraída desse método estrito que não abriria margens para a subjetividade do sujeito. Dessa forma, a resposta seria a mais correta não por ser proveniente de alguma cabeça iluminada, mas sim por seguir etapas previamente definidas que a tornariam compreensível para seu destinatário, e a justificariam dentro da racionalidade do sistema.

De início, Alexy (2008) distingue as normas em dois tipos de naturezas diferentes, regras e princípios. As regras são aqueles mandamentos categóricos que não admitem temperamento, devendo ser cumpridas de acordo com a lógica binária do tudo ou nada, conforme a situação fática se enquadre ou não em seu âmbito de abrangência (subsunção). Os princípios, no entanto, diferenciam-se das regras pela possibilidade de gradação em sua atuação, vez que em situações conflituosas um não afastará peremptoriamente o outro, ambos irão irradiar seus efeitos na medida da proporcionalidade, que refletirá a racionalidade das escolhas dogmáticas e morais da sociedade em que se insere.

Como tem sido afirmado, os princípios são mandamentos de otimização, devendo agir na maior medida possível. Com essa construção teórica da norma princípio, Alexy (2008) consegue superar o lugar comum que existia entre os constitucionalistas ao afirmarem que certas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que fossem mais generosas em suas promessas e que estivessem em descompasso com a realidade social e econômica da época, fossem taxadas como normas programáticas, e, portanto, não vinculantes à atuação do Estado. A natureza principiológica da norma faz com que, pelo menos, ela atue como um parâmetro de aferição de constitucionalidade e revogação de normas e políticas públicas em contrário. Isso ocorre em razão do fato de toda a ordem jurídica dever ser interpretada de maneira a impulsionar a força normativa da Constituição. Não há mais lugar para promessas inconsequentes do legislador.

Canotilho (2003, p.475) também adere à superação dos direitos fundamentais como normas programáticas, vez que, ao enunciar os modelos de positivação desses direitos, elenca a possibilidade de os direitos sociais estarem configurados como garantias

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Constitutional rights and legal systems**. *The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library*, Leiden Boston, v. 31, p. 03-15, 2008.

institucionais ou como direitos subjetivos públicos<sup>6</sup>. No primeiro modelo impor-se-ia ao legislador o encargo de respeitar a essência dos direitos e de protegê-los em face de dados sociais, econômicos e políticos. Não se trata de alçar os direitos sociais à categoria de direitos subjetivos, posto que eles permanecem na esfera do direito objetivo, porém demonstram inequivocamente as opções e interesses da comunidade política. Os direitos sociais somente serão considerados direitos subjetivos quando o modelo de positivação for aquele que os classifica como direitos subjetivos, vez que nesse caso a sua força vinculante será máxima. Nesse ponto fica evidente que poderá haver conflitos entre os direitos consagrados na Constituição.

Para resolver os potenciais conflitos entre direitos fundamentais, Alexy (2008) construiu a teoria da ponderação, de forma que a prevalência de um ou outro princípio possa ser racionalmente justificada. Para tanto criou os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No exame da adequação verifica-se se a intervenção é apta a realizar o fim a que se destina, no da necessidade se é preciso que a intervenção ocorra para que o fim previsto seja implementado, e por fim, no exame da proporcionalidade em sentido estrito faz-se a sintonia fina entre os prós e os contras da intervenção, de modo que uma intervenção adequada e necessária ainda tem que demonstrar a sua razoabilidade prática e jurídica.

Tendo em consideração os subsídios teóricos do pós-positivismo e a força normativa dos direitos fundamentais e sociais (Canotilho, 2003. p.473) é possível perceber que:

Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por **pressupostos de direitos fundamentais**. Consideram-se **pressupostos de direitos fundamentais** a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento económico e o nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os *Realien* (os “dados reais”)

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p.475.

condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos<sup>7</sup>. (grifos originais).

Percebido que os direitos fundamentais e sociais podem ser direitos subjetivos dos cidadãos, mas que se condicionam ao que Canotilho (2003) chamou de pressupostos de direitos fundamentais tem-se que a normatividade constitucional e ou infraconstitucional não é capaz de sozinha fazer com que o direito subjetivo tenha eficácia prática, tampouco de delinear os contornos dessa proteção constitucional. Sendo assim associam-se à normatividade jurídica outros aspectos econômicos e sociológicos, assim como opções de políticas públicas. Nesse contexto complexo de convergência de várias forças autônomas, faz-se necessário o que tem sido chamado de ativismo judicial, que é a prática de os juízes adentrarem ao mérito de algumas escolhas políticas para fazerem o juízo de constitucionalidade destas mesmas escolhas. Não se trata de intromissão nas competências alheias, mas de uma postura ativa do Poder Judiciário de sindicância dos atos dos outros poderes, de forma a que não se encubra sob o manto de uma suposta discricionariedade administrativa uma negligência contumaz às opções dogmáticas e morais da Constituição. Em verdade, o que é posto sob apreciação não é a discricionariedade natural e salutar do Executivo, mas sim a consonância entre a opção política e a ordem jurídica, de modo a explicitar que a decisão conforma-se à legalidade e às opções morais da sociedade organizada.

Em razão desses pressupostos de direitos fundamentais tornou-se comum a afirmação de que os direitos sociais (direitos a prestações materiais) condicionam-se à reserva do possível<sup>8</sup> (Mendes et al. 2007, p.250). Essa contingência seria responsável por colocar a eficácia prática desses direitos parelhada com as possibilidades fáticas da sociedade política. De modo que a implementação dos direitos fundamentais e sociais somente ocorreria na medida do progresso econômico do Estado.

A espera por um cenário ideal atuaria como a busca pela linha do horizonte, por mais que se aproximasse dela, ela sempre se afastaria na mesma proporção. Dessa forma, a reserva do possível tornou-se um argumento retórico apto a justificar a ineficiência estatal na concretização de direitos consagrados na Constituição, vez que atribuiria essa não implementação a contingências outras que não às vontades legislativa e

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p.473.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 250.

administrativa. Esta resposta pronta tornou-se, então, lugar comum no discurso político, de modo que a eficácia normativa dos direitos fundamentais sofreu uma corrosão que lhe tirou bastante de sua normatividade.

É certo, porém, que os movimentos político-sociais, bem como ideológicos, apresentam dialeticidade. Sendo assim, em um primeiro momento afirma-se irrestritamente a existência de direitos fundamentais. Em contraposição vem os pressupostos de direitos fundamentais, que ao exigirem a superação de diversas contingências dificultam a plena concretização dos direitos assim como afirmados, isso quando não os afasta totalmente. Tendo havido, então, a tese e a sua oposição pela antítese, surge a síntese que é o refinamento do argumento fático da reserva do possível, de modo que a inexistência de recursos financeiros somente poderia ser alegada quando se comprovasse que era de tal monta que impossibilitava totalmente a implementação do direito, sem que outro de hierarquia igual ou superior restasse prejudicado pela divisão dos recursos.

Essa necessidade de implementação ainda que mínima do direito afirmado vem confirmar a força normativa da Constituição, de forma que a simples afirmação de um direito tem força suficiente para, pelo menos, direcionar a atuação estatal no sentido de sua implementação. Independentemente do modelo de positivação dos direitos, se Institucional ou de Direitos Subjetivos, o grau mínimo de efetividade gera, pelo menos, a necessidade de concretização do núcleo essencial.

Entende-se por núcleo essencial a esfera mínima do direito capaz de assegurar a sua identidade jurídica. Quer isso dizer que o núcleo essencial não pode ser tolhido ou afastado sem que isso importe o próprio afastamento do direito, vez que já foi tão reduzido que conserva somente aqueles caracteres que lhe são insuprimíveis. Tendo já perdido tudo aquilo que lhe preenchia a estrutura, o direito não pode perder mais nada, sem que a sua essência sofra desvirtuamento.

## **1.2 - A Relação entre o Direito e a Linguagem**

A comunicação entre duas pessoas somente pode ocorrer por meio do uso de signos aos quais tenham sido atribuídos significados que sejam do conhecimento dos dois falantes, ou que, pelo menos, possam ser descobertos com a interpretação minuciosa do contexto comunicativo.

Ao entendimento pela linguagem pertence não só uma concordância nas definições, mas também (por mais estranho que isso possa soar) uma concordância nos juízos. Isto parece abolir a lógica; mas não o faz. – Uma coisa é descrever o método da medida, outra coisa é achar e dizer os resultados da medição. Mas o que chamamos “medir” é determinado também por uma certa constância dos resultados da medição<sup>9</sup>.

Percebe-se que a linguagem e a comunicação humana dependem de signos convencionais e de significados que sejam, da mesma forma, fruto de uma convenção entre os falantes. Fosse de maneira diversa não poderia haver comunicação e trânsito de ideias, vez que o receptor da mensagem, ao desconhecer o significado que o emissor atribuiu ao signo emitido não conseguiria decodificar aquilo que lhe fora comunicado.

Tendo em consideração esse ambiente de caos e isolamento no qual a pessoa estaria inserida, as comunidades humanas trataram de criar signos com o objetivo de poder realizar a comunicação, em razão de possibilitar ao receptor da mensagem a decodificação daquilo que fora dito, escrito, ou melhor, comunicado. Por isso mesmo, a linguagem não prescinde desse caráter arbitrário e facilitador, qual seja, a atribuição, de certo modo inflexível, de um conteúdo para cada signo da comunicação.

Ocorre que a rigidez da significação é apenas parcial, ou seja, é dado ao intérprete um certo campo para decodificar a mensagem sem que seja arbitrário o seu agir. Isso é dado em razão da fluidez da linguagem e de sua relação íntima com a sua época e seu contexto social. De forma que, considerado aquele núcleo rígido de significação, caberá ao falante completar o processo de comunicação com a percepção de outros fatores externos que também atuem neste processo, como, por exemplo, o contexto da comunicação, o tom de voz e também a linguagem corporal. A partir deste somatório de vetores será conseguida a significação daquele arranjo de signos convencionais.

---

<sup>9</sup> Wittgenstein, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução Marcos G. Montagnoli; revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. 9 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2014. p. 123. (Coleção Pensamento Humano).

Por isso, percebe-se que a comunicação é um fenômeno sobremaneira complexo, no qual deve se atentar não só ao significado dos signos usados, mas também ao modo como esse arranjo fora feito e transmitido, daí a aproximação da filosofia da linguagem à norma do art. 112 do Código Civil<sup>10</sup>. Há que se entender, no entanto, que os signos usados e o modo como foram arranjados impõem certa direção para a interpretação, de modo que a intenção do comunicador não poderá ser dissociada da gama de significações que poderiam ser extraídas daquele contexto comunicativo. O Superior Tribunal de Justiça oferece uma interpretação bastante proveitosa para o problema em questão:

(...) Aplica-se, no particular, a correta hermenêutica do art. 112 do Código Civil de 2002, que não se apegou nem à vontade psíquica do agente nem à literalidade da manifestação, mas à intenção consubstanciada nas declarações. Assim, o intérprete deve partir das declarações externadas para alcançar, na medida do possível, a manifestação efetivamente desejada, sem conferir relevância, dessa forma, à vontade omitida na declaração<sup>11</sup>.

Desse modo, não há que se perquirir aquilo que está preso dentro dos limites do espírito do emitente e que não fora, ainda que minimamente, externado, tem-se, no entanto, que se considerar a relação convencional entre signo e significado, e também o modo como o receptor recebe aquela mensagem, desde que dentro de um campo razoável. Isso ocorre em razão do fato de que o emitente tem que considerar o receptor da mensagem como alguém que, pelo menos, possua o mesmo entendimento seu acerca de algum signo linguístico, pois, do contrário, não haverá a transmissão de mensagem. Sendo assim, o emitente deverá sempre ter em conta aquilo que o receptor da mensagem e a sua vivência de mundo atribuem a certo signo. É certo que o emitente não precisa conhecer em minúcias aquilo que o receptor atribui a certo signo, todavia, deve conhecer o núcleo rígido daquela palavra para ter a previsão de como a mensagem pode ser interpretada. Um exemplo pode ser esclarecedor: um brasileiro falante de língua portuguesa deve compreender que o signo “rapariga” possui significados muito distintos quando dirigidos a um falante nordestino e a outro sulista, de modo que um entenderá como mulher dada à prostituição, enquanto que o outro entenderá simplesmente como moça. É dever do emitente da mensagem considerar essas peculiaridades para que consiga fazer a sua mensagem ser compreendida pelo receptor.

---

<sup>10</sup> Art. 112 do Código Civil: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

<sup>11</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 1182533/MS, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26 de maio de 2015.

Se pronuncio a frase com os significados trocados, desintegra-se para mim o sentido da frase. – Bem, desintegra-se *para mim*, mas não para o outro, a quem faço a comunicação. O que é que isto pode prejudicar. – “Mas, na pronúncia ordinária da frase acontece justamente alguma coisa determinada *diferente*” – Nisso *não* ocorre aquela “exibição do significado”. (Wittgenstein, 2014. Grifos originais).

Considerando-se que o emitente deve ter especial cuidado no uso das palavras para que a sua mensagem seja entendida pelo receptor, percebe-se que cabe a ele o ônus de usar dos signos linguísticos de forma que o receptor da mensagem compreenda aquilo que fora comunicado dentro dos padrões normais daquele idioma e das circunstâncias da comunicação. Assim, quando o emitente emite uma fala, ou melhor, emite uma mensagem valendo-se de signos linguísticos usuais, mas usados com significação diferente ou inacessível ao receptor da mensagem, caberá ao primeiro o ônus de não ser compreendido ou de o ser de forma diversa da que esperava.

Percebe-se, então, que a comunicação somente pode ocorrer quando os seus agentes partilhem a mesma compreensão acerca dos signos usados no processo de emissão da mensagem, isso ocorre em razão de o receptor da mensagem ser uma psique a qual o emissor não tem acesso. De forma que, se não houver a comunhão de compreensão, a mensagem não poderá ser entendida, vez que cada um dos agentes não possui acesso aos meandros da psique e à intenção do outro, razão pela qual é necessário um mínimo de acordo entre eles.

É claro que não haverá uma comunhão plena de entendimento, vez que, mesmo com a atribuição convencional de significado aos signos linguísticos, a cada um dos falantes será dada uma certa liberdade de compreensão e de percepção da mensagem emitida ou a emitir-se. Ocorre que esse espaço de maior liberdade dos comunicantes pode gerar, em algumas situações, um desvio de compreensão da mensagem, de modo que a mensagem emitida pode ser diversa daquela que o emitente tinha em mente ao comunicar-se. Nesses casos nos quais haja a diversidade de sentidos, a comunicação será havida como feita e percebida através da compreensão usual do arranjo de signos linguísticos que foram efetivamente exteriorizados pelo emitente, em razão de que não cabe ao receptor perquirir e envidar excessivos esforços no sentido de adentrar à *psique* do emitente.

Com isso, fica claro que a comunicação envolve riscos, que fazem com que o emitente tenha claro para si que deverá intentar ser o mais conciso e claro possível,

fazendo do idioma a sua ferramenta. Nesse passo, a simplicidade deverá ser vista como um elevado grau de sofisticação, em razão de que, para transmitir ao outro a sua mensagem, o emitente deverá fazê-lo de forma que evite, o mais possível, entendimentos equívocos, ambíguos ou tautológicos.

Isso ocorre pelo fato de que o receptor da mensagem é um território no qual o emitente não conseguirá adentrar. Poderá somente direcionar a sua compreensão por meio de escolhas bem feitas e racionais do arranjo de signos linguísticos, em razão de a escolha indevida desse arranjo poder fazer com que não haja comunicação, ou que ela não ocorra nos moldes pensados pelo emitente. Quer isso dizer que o receptor pode não compreender a mensagem, caso um falante de português receba uma mensagem, por exemplo, em hebraico, ou pode decodificá-la de modo diverso da intenção do emitente, caso qualquer um dos falantes perceba aquele arranjo de signos de modo diverso do outro. Esse último caso evidencia a necessidade de especial atenção do emitente para o contexto fático dos receptores, suas vivências e entendimentos acerca do instrumental usado.

Acontece, porém, que a sociedade hipercomplexa atual, possui uma gama imensa de idiossincrasias pessoais e peculiaridades regionais, culturais, etc. que repercutirão na comunicação entre os indivíduos, como, por exemplo, o domínio mesmo do idioma e os regionalismos que a linguagem apresenta, dessa forma, caberá àquele que tenciona ser compreendido entender a necessidade de se manifestar de forma mais clara possível, sem o que estará descoberto aos danos de um possível mau entendimento de sua mensagem. Situação na qual possuirá responsabilidade pelos desencontros comunicativos.

Por tudo isso, cabe ao emitente de qualquer mensagem tentar entender e desvendar os mistérios do território que a sua mensagem desbravará. Ou seja, o receptor da mensagem será o ponto focal da comunicação, sem o qual não haverá o trânsito de ideias e tampouco a compreensão de uma mensagem. Em função disto, percebe-se que, em qualquer situação da vida de uma pessoa, deverá ela buscar o máximo de informações, processando-as de modo que o outro, embora seja um território que não possa ser colonizado, não seja um território desconhecido e inacessível.

Este estudo acerca da comunicação tem sua razão de ser no fato de que a celebração de um contrato baseia-se no consenso entre duas partes, que é o objetivo de todo um trânsito prévio de informações, no qual os envolvidos, baseados na dialética, deverão buscar uma síntese entre as suas proposições. Ocorre, todavia, que, manifestado

esse consenso, as intenções das partes somente serão relevantes se puderem ser encontradas nas declarações de vontade emitidas, ou seja, a intenção do agente quando não for minimamente externada não poderá ser considerada, assim como preconiza a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do art. 112 do Código Civil.

### **1.3 - A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**

Os Direitos Fundamentais inicialmente foram concebidos como liberdades públicas e direitos de proteção do cidadão contra o Estado. Com essa lógica liberal inicial, o cidadão, por meio do apelo aos direitos fundamentais, tinha a possibilidade de não ter sua esfera própria de liberdade afetada pela ingerência estatal. Essa é a 1ª geração dos direitos fundamentais, preocupada com uma igualdade formal entre os cidadãos e direcionada a criar um ambiente negocial favorável ao estabelecimento e solidificação de uma sociedade capitalista.

Em um segundo momento, os direitos fundamentais passam a ser considerados, também como um imperativo estatal de proteção dos cidadãos, fazendo com que o Estado tenha a obrigação de legislar e criar um ambiente favorável ao desenvolvimento das potencialidades de seus súditos. Com isso faz-se mister que tanto a legislação quanto as atividades administrativa e jurisdicional tenham em conta o papel estatal de promoção da pessoa de uma maneira material, ou seja, a concessão e o respeito a uma esfera de liberdade formal do cidadão não são mais bastantes ao imperativo constitucional. Isso ocorre em razão de a consideração, tão somente, da igualdade formal, como o ponto final do objetivo estatal, ser incapaz de criar o ambiente necessário à requerida promoção humana. Criando, em boa verdade, um ambiente de crueldade velada, no qual a pessoa é submetida a fatores de pressão que não pode vencer, como por exemplo, a força do capital econômico, cultural e de informação. Com isso surge a 2ª geração de direitos fundamentais, que são aqueles direitos mais afetos à materialidade da igualdade dos cidadãos, que, mesmo sendo incapazes de garantir uma equiparação absoluta, objetivam pelo menos a eliminação de diferenciações extremas e odiosas, entendidas como tais aquelas que se mostram de difícil superação e estejam baseadas em fatores que não apresentem justificativa racional tolerável.

Apesar de essas duas gerações não serem as únicas do processo de sedimentação dos direitos fundamentais, e tampouco sejam a nomenclatura adequada, em razão de transmitirem uma ideia de superação de uma fase pela outra, quando na verdade a segunda veio acrescer-se à primeira, são elas suficientes para a compreensão do raciocínio proposto neste trabalho.

Percebidos, então, os direitos fundamentais como liberdades públicas e imperativos de tutela por parte do Estado, verifica-se a consolidação de um entendimento no qual todas as funções de poder estatal estarão vinculadas ao respeito e à promoção dos direitos fundamentais, fato que é corroborado pelos parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Ocorre, porém, que essa vinculação estatal plena aos direitos fundamentais, somada ao fato de que as relações privadas aumentaram tanto quantitativa quanto qualitativamente, fez com que se passasse a perceber que também estas últimas estariam sob a abrangência dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Esse debate toma forma na década de 1950, principalmente na Alemanha, com o caso Lüth. Onde começa a jurisprudência e a doutrina a perquirirem se essa vinculação se daria de forma imediata, ou por meio da interposição de uma lei ordinária.

Em torno desse debate o Tribunal do Trabalho alemão (Mendes, 2012) assim decidiu:

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.

Isso levou parte da doutrina alemã a aderir ao entendimento mais solidário da eficácia imediata dos direitos fundamentais, apenas ressalvando que essa eficácia sem mediação se daria em função da natureza do direito em questão, uma vez que alguns direitos seriam passíveis de aplicação às relações privadas, enquanto que outros somente poderiam incidir nas relações entre estado e particular, como, por exemplo, o direito fundamental de não sofrer uma pena cruel, em razão de o monopólio estatal do direito de punir afastar peremptoriamente o particular do polo ativo desta relação específica.

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

Opondo-se a esse entendimento bastante solidário de eficácia imediata, parte da doutrina objetou que essa eficácia representaria a derrogação da autonomia privada, em razão de fazer com que o particular assumira um dever de tutela e promoção do outro que seriam incompatíveis com as suas próprias aspirações. Um exemplo pode ser esclarecedor: um empregador privado ao ofertar uma vaga de emprego, possui certa discricionariedade e compreensão daquilo que seriam as qualidades almejadas em seu futuro empregado, qualidades estas, que nem sempre, coincidem com padrões de igualdade e impessoalidade próprios do Estado. Dessa forma, poderia optar por candidatos que apresentassem certas peculiaridades em detrimento de outros que talvez não se encaixassem no perfil imaginado. Para ser mais claro. Uma loja de roupas voltada ao público jovem poderia optar por uma candidata mais nova e bonita, em detrimento de outros candidatos homens, ou mulheres de idade mais avançada e aparência menos viçosa, mesmo estando a candidata escolhida em posição posterior na fila de entrevistas. Isso, que no ambiente privado é comum e representa a preponderância, por exemplo, de lógicas econômicas ou psicológicas, para uma seleção realizada pelo Estado seria algo odioso e inconstitucional.

Sendo assim, os opositores da eficácia imediata anteviram a criação de um ambiente no qual os particulares deveriam agir fundamentados em rigorosos *standards* de conduta, fato que gerou forte contrariedade à imediata eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em razão de poder gerar o engessamento do ambiente negocial e obstar a atuação natural do sistema capitalista vigorante na economia.

Somado a isso também estava o fato de que a história dos direitos fundamentais apontava para a vinculação somente do Estado, e de que do texto da constituição alemã nada poderia ser inferido que pudesse vincular as relações particulares aos direitos fundamentais. Dessa forma a visão da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas perdeu um pouco de sua visibilidade. Ocorre, porém, que as relações privadas quando forem objeto de lides serão levadas à apreciação do poder judiciário, que por ser um poder estatal deverá proferir seu julgamento tendo, necessariamente, em conta a solução que os direitos fundamentais, vistos como regras ou princípios, darão ao caso posto em julgamento. Em razão disso, não se pode afastar peremptoriamente uma eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, ainda que se verifique que essa eficácia possa se dar em grau mínimo.

Consideradas as dificuldades apontadas à eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina ofereceu como resposta a eficácia mediata destes mesmos direitos, que deveriam incidir nas relações entre particulares todas as vezes que houvesse a interposição de uma lei que garantisse a sua aplicabilidade, contanto que fossem logicamente afetos ao caso em questão.

Essa intermediação de lei ordinária seria necessária para garantir a previsibilidade de sua incidência em tal ou qual relação particular, e com isso garantir segurança jurídica ao trato negocial, de modo que um *standard* de conduta mais solidário e fraterno não fosse imposto sem que houvesse uma causa que o impusesse normativamente. Nesse ponto fica a ressalva de que a consagração constitucional de um direito fundamental não seria capaz de criar o dito *standard* de conduta em razão de sua elevada abstração e generalidade, além do fato de que toda a tradição dos direitos fundamentais é voltada para o Estado como sujeito passivo, de forma que a colocação do particular nessa posição, por representar um rompimento com a tradição, acarretaria o ônus argumentativo ao seu agente, que somente seria possível de ser superado com a ajuda de uma lei que fizesse as vezes de uma ponte a ligar o direito fundamental extraído da constituição à relação entre dois particulares.

Considerando, então, que a lei ordinária é a fonte primeira do direito que rege as relações privadas e que, necessariamente, por ser um produto do poder legislativo, que é vinculado ao respeito e à promoção dos direitos fundamentais, assim como qualquer outra função do estado, bastaria às relações entre os particulares o respeito à lei para que fosse criado um ambiente propício à afirmação e promoção da pessoa humana. Ocorre que a história tem mostrado que nem sempre a legislação ordinária repercute os valores da ordem constitucional, de modo que, mesmo havendo uma lei que regesse a relação privada, não se poderia olvidar a necessidade de realizar uma ponderação de valores para que fosse demonstrada a correspondência entre os valores consagrados na lei e aqueles valores constitucionais.

Percebe-se com isso, que as duas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais apresentam certas deficiências dogmáticas, de modo que tanto a primeira quanto a segunda devem ser consideradas e seguidas com temperamentos. Quer isso dizer que não se deve chegar às raias de constitucionalizar qualquer relação privada, negligenciando-se o que fora determinado na lei, sob pena de aumento exponencial dos

litígios e da insegurança jurídica, tornando o Tribunal Constitucional um tribunal de revisão da totalidade dos casos, como também não se deve negligenciar o rol de direitos fundamentais afirmados constitucionalmente, de modo que seja possível recorrer-se à ponderação de valores para que se assegure que determinada lei guarde consonância concreta com a ordem valorativa da constituição.

Há, portanto, que perceber que a lei ordinária deverá ser a concretização da ordem valorativa constitucional, mas sem que a sua ausência seja um salvo-conduto para a atuação egoísta do particular, vez que os direitos fundamentais deverão ser tidos como a terem eficácia mínima quando da ausência de lei que os concretize, de modo que, mesmo assim, deverão ser ponderados para a consecução do *standard* de conduta que a realidade do caso requeira.

## **2 – A Problemática do Contrato**

A realização de contratos tem sido um dos meios principais de o sujeito de direitos conseguir incrementar a sua qualidade de vida. É pelo contrato que a pessoa consegue a titularidade de bens e dinheiro necessários para a vida com qualidade dentro de uma sociedade capitalista. Pelo contrato são feitas trocas de mercadorias, de serviços e de informações que estimularão o desenvolvimento financeiro e a criação de riquezas.

Percebido que o contrato é uma fonte de divisas, os mais diversos atores sociais passaram a realizar, cada vez em maior medida, contratos para a consecução dos mais diferentes fins. Dentre esses contratos que inundam a realidade econômica atual, alguns requerem uma especial atenção, são os contratos que possuem como objeto uma situação existencial de uma de suas partes. Pode-se exemplificar estes contratos com os contratos de plano de saúde, que contrapõem os interesses econômicos de cooperativas de médicos, hospitais e grandes seguradoras, aos interesses de resguardo da saúde, e de tranquilidade da parte credora da obrigação<sup>13</sup>. Outro exemplo é o contrato de prestação de serviços educacionais, por ele, na maior parte das vezes, os pais entregam crianças e adolescentes a escolas, sob a contrapartida de um preço, para que a criança receba, em determinado período, uma formação técnica e informacional, concretizando o seu direito fundamental à educação.

Existem, todavia, diversos outros contratos nos quais as partes convencionam que, mediante certo preço, o devedor irá proteger, cuidar, estimular, segurar, dentre outras coisas, interesses e direitos fundamentais da parte credora. Nesses contratos, a parte credora da obrigação entrega à contraparte um direito fundamental seu, que deverá receber um estímulo ou qualquer outra benesse, em troca do pagamento de um preço. Em todos esses contratos, não importa qual direito fundamental seja o seu objeto, percebe-se que para a parte credora o contrato encerra o resguardo de uma situação existencial sua, enquanto que para a parte devedora somente estarão em jogo interesses patrimoniais, de modo que há, pela própria natureza dos interesses das partes, um desequilíbrio entre os contratantes. Esse desequilíbrio entre as partes existe primordialmente em razão da importância que o interesse posto em questão possui para cada uma delas. Para a parte credora da obrigação, o bom cumprimento do avençado é imprescindível para o resguardo do interesse contratual, de forma que o seu direito fundamental somente será protegido se o contrato for cumprido a contento. Ocorre que para a contraparte, somente está em questão interesse econômico, que está bem assegurado pelo fato de que realiza contratos

---

<sup>13</sup> Nesses contratos de plano de assistência à saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que em situações nas quais for negada injustamente a assistência contratada, poderá haver direito ao ressarcimento de danos morais, em razão de que a injustiça da negativa de cobertura, somada a situação de especial fragilidade do assistido podem resultar em ofensa à sua dignidade. Neste sentido o Agravo Regimental no Recurso especial 1254952, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15 de setembro de 2011, rel. Min. Sidnei Beneti; e o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1169523, julgado também pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 18 de agosto de 2011, rel. Min. Sidnei Beneti.

em massa, de forma que o inadimplemento de um contrato pode ser minimizado e ter o prejuízo causado diluído por todos os outros contratos realizados.

Visto esse desequilíbrio de interesses, e atentando-se para o fato de que a propriedade também é um direito fundamental (art. 5º XXII, CRFB), percebe-se que há nesses contratos um embate entre direitos de mesma hierarquia constitucional, todavia, há que se entender que a propriedade é um direito instrumental, ou seja, somente tem razão de ser, dentro de uma ordem jurídica democrática, quando atender à sua função social, qual seja, a promoção da pessoa natural.

Esses contratos, cujo objeto encerra um embate entre a propriedade e uma situação existencial, em grande parte das vezes, são contratos de massas, ou seja, são contratos concertados por meio da oferta pública massiva realizada pelo devedor da obrigação, que realizará o contrato com todo aquele que se sujeitar aos termos da proposta realizada, aos quais a parte credora simplesmente aderirá, sem que tenha a possibilidade de realizar uma contraproposta. Dessa forma, fica bem evidente que a propriedade assume uma posição de prevalência sobre a situação existencial da parte credora, em razão de ser ela que definirá os termos do contrato a ser feito. Às pessoas naturais caberá somente se curvar à força do capital, ou, então, não realizar o contrato, que, em determinadas situações, pode se mostrar imprescindível, ou muito difícil de ser afastado.

A se considerar, também, o fato de esses contratos possuírem vínculo de sinalagma, ou seja, as partes credoras da obrigação ajustada irão dar uma contrapartida pecuniária à parte devedora, a fim de que esta assuma, mediante um preço, os encargos de proteger, resguardar, segurar, etc. as posições existenciais que forem objeto do contrato. A remuneração será a causa da assunção deste dever, que a parte devedora da obrigação, na maior parte das vezes, assumirá de forma profissional, tendo, pois, um controle bastante extenso de todas as variantes do negócio, desde as estatísticas de inadimplência, até a certeza daquilo que pode gerenciar, ainda que de forma ilegítima, para reduzir, ao extremo, os seus custos e maximizar seu potencial de lucro.

Considerando, então, toda essa ampla *expertise* da parte devedora acerca do ambiente negocial em que atua, combinada com o seu conhecimento técnico sobre o contrato, fazem com que seja necessário uma especial influência da cláusula geral de boa-fé contratual, para que a parte credora da obrigação avençada receba especial proteção jurídica, a fim de minimizar as disparidades fáticas que lhe reduzem a sua esfera de

benefícios decorrentes do contrato. Um exemplo pode ser esclarecedor: a mora no cumprimento da obrigação pode ter consequências diversas para cada uma das partes, levando a diferentes tipos de inadimplemento.

Para a parte credora da obrigação o descumprimento contratual pode resultar em consequências catastróficas, levando ao inadimplemento absoluto, como no caso de uma pessoa que possua um contrato de seguro de saúde que seja indevidamente descumprido pela seguradora, vindo, em razão disso, por não ter tido a assistência médica adequada e tempestiva, a falecer, de modo que não haverá mais razão de ser para o contrato, pois o que seu objeto pretendia resguardar já não existirá mais. Nessa situação, de que se trataria: de um mero inadimplemento contratual, com a imposição de perdas e danos arbitradas na forma como o contrato prevê, e lembre-se que o contrato muito provavelmente foi feito pela seguradora; ou de um dano muito maior, em razão de transcender o contrato em si, atingindo a própria pessoa. Há que se considerar, todavia, que se o contrato é observado do ângulo da parte devedora da obrigação, a mora contratual simplesmente representará a postergação do recebimento de um certo preço, causando um incômodo meramente econômico que, em razão de cálculos atuariais e mecanismos empresariais, pode ser diluído no adimplemento dos outros contratos, representando tão somente mais um custo empresarial, assim como a carga tributária, por exemplo.

Atentos a essa problemática do fenômeno contratual, e em consonância com o paradigma pós-positivista, tanto o legislador, quanto a doutrina iniciaram um movimento de constitucionalização do Direito Civil, no qual a legislação de direito privado, bem como a sua interpretação, sofreram os influxos de diretrizes éticas, voltadas à promoção de uma ordem jurídica mais justa e interessada no estímulo de todas as potencialidades da pessoa natural. Houve a quebra de paradigmas e velhas verdades, em razão da verificação de que uma ordem jurídica democrática e de direito deve estar fundada em um ambiente jurídico no qual a pessoa natural seja o fim da atuação estatal. Com essa mudança de ótica, percebeu-se mais facilmente os desequilíbrios de mercado e a necessidade de correção das diferenciações odiosas<sup>14</sup> por meio de instrumentos jurídicos,

---

<sup>14</sup> Entende-se como diferenciação odiosa toda aquela discriminação que não seja racionalmente explicada, nem moralmente justificável, como por exemplo a redução de direitos da pessoa natural baseada, tão somente, em motivos de raça, cor, credo, situação econômica, dentre outros.

de modo que o Direito teve que assumir um papel de protagonismo para a realização do objetivo de criar uma sociedade livre, justa e solidária (CRFB, art. 3º I)<sup>15</sup>.

Com essa mudança de paradigma o legislador houve por bem criar cláusulas gerais para a regência dos contratos, de modo que a liberdade de contratar passou a ser exercida em razão e nos limites de sua função social (Lei 10406, art. 421). Com isso, o contrato deve ser compreendido como um instrumento jurídico de promoção da pessoa natural, somente tendo legitimidade quando for meio, não só de produção de riqueza econômica, mas também de promoção de benefícios sociais. Essa cláusula geral atende à diretriz de eticidade que orienta o Código Civil, e a sua fluidez garante a sua operabilidade, necessária à sua perenidade, em razão de o conceito de função social ser compreendido em diálogo estreito com os pressupostos de direitos fundamentais, assim como definido por Canotilho. Tanto podendo ter alargado o seu significado, em épocas de bonança, como o ter estreitado em períodos nos quais a escassez assim determinar.

Percebe-se, então, que o contrato passou a ter a sua legitimidade aferida em razão de sua função social, daí ser possível a inferência de que, a depender do contrato, poder-se-á ter *standards* de função social diferentes. Isso ocorre em razão de que a legitimidade do contrato é aferida em razão de sua função social, e a sua função social encontra-se diretamente relacionada com o seu objeto. Não é difícil perceber que a maior ou menor importância do objeto contratual determinará *standards* de conduta mais rígidos ou flexíveis. E, apesar de não haver hierarquia entre direitos fundamentais, há de se concordar que um contrato que encerre um valor mais caro à pessoa humana, e aqui não se está a falar de valores financeiros, há de gerar a necessidade de uma conduta mais leal das partes, assim como terá melhor função social que um contrato que encerre um valor mais frívolo.

Nesse ponto, bom que fique claro, não se menospreza os contratos que encerram interesses mais simples e cotidianos, também esses contratos são de importância capital para o bem viver da pessoa natural, todavia, contratos que contenham valores existenciais, lastreados no catálogo de direitos fundamentais, são contratos que, pela importância de

---

<sup>15</sup> São também objetivos da República Federativa do Brasil, que apontam para a necessidade de estruturação de uma sociedade solidária na qual a promoção da pessoa natural seja um fim primordial, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB, art. 3º III e IV).

seu objeto, requerem especial atenção do ordenamento jurídico, sob pena de se tratar de forma igual, situações sobremaneira diferentes. Dessa forma, fica evidente que a função social de um contrato, que tem relacionamento estreito com o catálogo de direitos fundamentais, é tanto maior quanto mais caro à dignidade da pessoa humana for o objeto contratual.

Isso ocorre em razão de ser o contrato um instrumento de consecução de fins diversos, de forma que a análise do objeto contratual está indissociavelmente ligada à análise de sua função social. Observe-se: a compra e venda de entorpecentes, apesar de evidenciar um consenso existente entre duas partes para, mediante um preço, alienar substâncias psicotrópicas, não encerra um contrato válido, eis que a Lei 10406 enuncia que a validade de um contrato está atrelada à licitude de seu objeto, de modo que objetos ilícitos acarretarão a nulidade do contrato, que, em hipótese alguma, poderá ser convalidada (art. 104 II, Lei 10406). Percebe-se, de imediato, que a lei cria já duas diferenciações: contratos válidos, por terem objeto juridicamente lícito dentre outros requisitos; e contratos nulos, por terem objeto ilícito. Ocorre, todavia, que dentre os contratos válidos haverá uma infinidade de objetos, desde os mais mezinhos até aqueles de cunho mais existencial, de forma que não é possível crer que a ordem jurídica preveja somente uma normativa para reger situações tão díspares.

Atento a essa disparidade de objetos contratuais, e ciente de que o dogma da pandectística não mais sobrevive, em razão da tomada de consciência de que a realidade é tão complexa e plural que qualquer tentativa de conhecê-la exaustivamente seria infrutífera, houve por bem o legislador inserir na normativa contratual a cláusula geral de boa-fé. Ela traz a obrigatoriedade de atuação proba, entre as partes, de forma objetiva, ou seja, não se trata de sentimentos pessoais e subjetivos de agir conforme um código pessoal de conduta, mas sim da imposição de condutas corretas, objetivamente aferidas, para o agir contratual.

O art. 422 da Lei 10406 assim dispõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Neste artigo olvidou-se o legislador da fase pré-contratual, todavia, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmarem que também nesta fase ela deverá incidir, sob pena de uma contradição lógica, afirmando possível em uma fase tudo aquilo que é expressamente vedado nas seguintes.

Probidade e boa-fé são mandamentos para a vida em geral, sendo, em boa verdade, uma diretiva para quaisquer atos da vida da pessoa. Dessa forma, compreende-se ela como a criação de um imperativo fluido de conduta, que, em razão de sua objetividade, ostentará um conteúdo mínimo, mas, que oscilará, em razão de peculiaridades conjecturais da época em que for aplicado. Assim, há que se entender que os pressupostos de direitos fundamentais serão uma das determinantes sobre o modo como a boa-fé será compreendida em seu tempo, em razão de eles representarem um diálogo entre o mundo jurídico e a realidade social.

Entendidas, então, a função social e a boa-fé contratual como cláusulas gerais aptas a realizarem um necessário diálogo entre o mundo jurídico e a realidade social, percebe-se que o catálogo de direitos fundamentais será um dos determinantes dos *standards* de conduta a serem observados no ambiente negocial, em razão de serem matéria estritamente constitucional, além de valores fundantes de toda ordem jurídica, de forma que qualquer atividade interpretativa deverá ter em conta as diretrizes constitucionais, ou seja, de que o Brasil estabeleceu uma ordem jurídica pautada na primazia da pessoa natural, firmada sob o imperativo da solidariedade, com vistas à criação de uma ordem jurídica justa e fraterna. Fica evidente que sob o paradigma pós-positivista é impossível conter a primazia dos direitos fundamentais ao ambiente público, em razão do fato de que todo o ambiente em que o direito incide é um ambiente em que o direito deve ter a mesma lógica fundante, ou seja, é impossível conceber um ambiente privado em que as pessoas possam desconsiderar valores fundamentais do estado, ao mesmo tempo em que possam exigir do ente público uma atuação voltada à promoção da pessoa natural.

A concepção constitucional de promoção da pessoa natural, ao mesmo tempo em que estabelece um mecanismo de defesa contra arroubos totalitários e degradantes, impõe um imperativo de coerência entre as atitudes dos cidadãos, de modo que a lógica de promoção da pessoa natural seja um imperativo para qualquer relação interpessoal. De forma a admitir apenas sua gradação a depender dos sujeitos envolvidos. Quer isso dizer que é imprescindível um agir pautado sob o respeito aos direitos fundamentais, podendo somente haver um respeito mais evidente e estrito, a depender dos sujeitos envolvidos e do direito em questão, ou um respeito mais brando, que imporá *standards* menos rigorosos de conduta. Sendo assim, é de clareza solar que não se pode desconsiderar a

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em razão de essa eficácia sempre existir, o que estará em questão será, entretanto, a sua gradação.

Visto, então, que as cláusulas gerais de função social e boa-fé objetiva são, para o direito contratual, o fator de diálogo com a ordem constitucional, buscando subsídios no catálogo de direitos fundamentais, percebe-se que é necessário, para a concretização da eficácia dos direitos fundamentais, entender agora que essa eficácia tem a ver com certos fatores que estarão presentes na relação jurídica de modo que acarretarão uma aproximação ou um distanciamento dos *standards* de conduta mais rigorosos em questão de probidade contratual e respeito à dignidade da pessoa humana.

Para essa empreitada de compreensão da escala de eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais é importante que se retome os subsídios da filosofia da linguagem, em razão de aclararem, por meio da decomposição dos elementos da linguagem, o real consenso estabelecido entre as partes, de modo que fique mais evidente, não só o teor literal daquilo que fora ajustado, mas também toda a compreensão de mundo das partes que concorreram para o ajuste da obrigação em análise.

Esse recurso será importante na análise da eficácia das características individuais dos contratantes para o estabelecimento de *standards* mais incisivos ou flexíveis de boa-fé negocial, de modo que, dever-se-á estabelecer um olhar crítico e sistematizador, pois, como a realidade tem demonstrado às escâncaras, os sujeitos são extremamente diversos e idiossincráticos, sendo que muitos deles necessitam especial proteção jurídica, sob pena de terem sistematicamente os seus direitos violados ou negligenciados pelos outros.

Outro ponto que será sobremaneira importante refere-se ao modo como o contrato será redigido pelas partes. A filosofia da linguagem, na tentativa de desvendar os mistérios da articulação das palavras, apresenta subsídio importante para a análise daquilo que o contrato efetivamente encerra, daí a importância de se valorizar a simplicidade da redação contratual, em razão do fato de que, no mais das vezes, o instrumento contratual tem sido artificialmente complicado no intuito de obstar ou restringir direitos que seriam legitimamente esperados daquele tipo contratual.

O art. 112 da Lei 10406, ao enunciar que a intenção das partes deve preponderar em relação ao teor literal daquilo que fora escrito, visa justamente trazer à tona o consenso que fora ajustado, mas que, em razão de imperícia na redação ou de outros interesses

obscuros, foi escondido nos vales da linguagem. Dessa forma, o imperativo de simplicidade e a certeza de que a clareza é um alto grau de sofisticação servirão como norteadores para a interpretação contratual, de modo que a parte que tenha orquestrado o contrato deverá ter em mente que a equivocidade daquilo que redigira não lhe poderá ser útil, em razão de a boa-fé contratual impedir que uma pessoa se beneficie da própria torpeza. Nesse sentido, e especificamente acerca dos contratos de adesão relativos ao Direito do Consumidor, o art. 54 da Lei 8078 de 1990<sup>16</sup> impõe especial dever para a parte que redigirá o contrato, passando desde a necessidade de especial destaque às cláusulas restritivas de direitos até a imposição de tamanho mínimo do corpo da fonte, de forma que a pequenez de sua letra não seja empecilho para a leitura e compreensão do contrato.

Fica evidente, então, que a linguagem, ou melhor, o texto contratual, assim como o seu objeto, serão responsáveis por tornarem flutuantes e relativos os padrões de interpretação do contrato. Quer isso dizer que uma mesma pessoa poderá ter *standards* distintos de conduta de acordo com o objeto que escolha para o seu contrato, de forma que um ajuste que envolva uma doação puramente graciosa deverá ser interpretado estritamente, ao passo que um contrato de compra e venda (com vínculo de sinalagma) será interpretado de acordo com a regra geral, ou seja, mais atento àquilo que se quis dizer que ao que fora efetivamente dito, desde que seja possível essa percepção de sentido naquele texto contratual.

Percebida, então, a importância do objeto para a interpretação contratual, verifica-se que a legislação civil tem se mostrado bastante conservadora, apresentando, ainda nos dias de hoje, uma normativa bastante tradicional, de forma que a propriedade ainda é vista como a expressão por excelência do homem, acarretando diferença de tratamentos entre os contratos gratuitos e aqueles com vínculo de sinalagma. Ocorre, todavia, que essa flexibilidade de tratamento restrita à propriedade muito além de não afastar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem o poder de confirmá-la, em razão de demonstrar

---

<sup>16</sup> Lei 8078, art. 54: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovados pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

**§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.**

**§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (Grifo nosso)**

que o conteúdo de direito fundamental do contrato não lhe é indiferente. Pode, então, surgir a dúvida: porque a flexibilidade interpretativa restringe-se ao modo como a propriedade é transferida, ou seja, se se a transfere gratuitamente a interpretação será estrita, se se a transfere por meio de sinalagma contratual a interpretação será padrão. Isso ocorre em razão de o Direito Civil ser um dos ramos mais antigos e de maior maturação conceitual do Direito, de modo que toda essa tradição gerou uma refração a novas ideias, ainda que a jurisprudência e doutrinas atuais estejam conscientes da constitucionalização do Direito Civil, e ainda pelo fato de que essa construção teórica surgiu em época anterior à consagração da pessoa natural como possuidora de todo um plexo de direitos fundamentais. Quer isso dizer que a percepção da necessidade de flexibilização de toda interpretação contratual ser restrita ao modo como é transferida a propriedade, somente demonstra que, em uma sociedade que não conhecia outros direitos fundamentais, o único direito conhecido era capaz de modificar a normativa contratual. Hoje, como o catálogo de direitos fundamentais cresceu exponencialmente, há de se ter a consciência que também os outros direitos consagrados constitucionalmente serão responsáveis por flexibilizar a interpretação contratual.

Quanto à pessoa da contraparte, fica possível entender que também ela será importante para a verificação do *standard* de conduta que o contratante deverá ter. Isso em razão do fato de que para a realização de um consenso entre duas partes exige-se a percepção do outro como pessoa, e essa percepção passa, necessariamente, pela adaptação da linguagem empregada nas tratativas à linguagem que a contraparte conseguirá compreender, de forma que, ao se contratar com uma pessoa menos letrada, caberá à parte um especial dever de se tornar suficientemente clara a fim de compensar as deficiências linguísticas da contraparte.

Essa necessidade de se atentar às pessoas envolvidas no ajuste independe do objeto contratual, em razão de o respeito à pessoa e a consideração do outro serem também valores fundamentais do ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido estão os arts. 1º III e 3º I CRFB<sup>17</sup>, que impõem um trato interpessoal fundado na percepção do outro como sujeito dotado da mesma dignidade pessoal, de forma que, sendo iguais em

---

<sup>17</sup> Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana; Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária.

dignidade, não pode um tentar colonizar o outro, por meio de atitudes eticamente reprováveis, ou mesmo pela consideração de que uma fragilidade explícita da contraparte, longe de criar um dever de cuidado e consideração seja um terreno fértil para o lucro fora do comum.

Aqui não se está a propor uma solidariedade tamanha que gere um dever de cuidado paternal entre as partes. É sabido que os contratantes possuem interesses distintos e cada um zelará somente pelo seu. O que se propõe é a obrigatoriedade de ajuste do agir contratual em consideração à qualidade da contraparte, em razão de isso não ser indiferente ao ordenamento jurídico. De fato, cada contratante tentará fazer com que o contrato lhe seja fonte das maiores benesses, todavia, há de se ter em mente, também, que a heterogeneidade das pessoas, assim como a diversidade de graus de instrução e até mesmo a conjectura econômica fazem com que a pessoa tome atitudes que não representem bem o seu próprio interesse. Nesses casos nos quais seja evidente para o proponente que o aceitante dá seu consentimento, mas não age imbuído de liberdade necessária, que somente seria atingida com o conhecimento real dos prós e contras do ajuste, deverá haver a imposição de um *standard* de conduta mais rígido, sem o qual não se poderá falar que houve atenção à boa-fé objetiva. Nesses casos, o proponente terá consciência de que a contraparte age por meio de uma declaração de vontade viciada, de forma que a sua atitude é moralmente reprovável e vai contra o imperativo de solidariedade interpessoal que rege o estado democrático que é o Brasil.

Um exemplo pode ser esclarecedor: observe aquelas instituições financeiras que colocam, na rua, prepostos agindo de maneira bastante incisiva na contratação de empréstimos para públicos sabidamente vulneráveis, como se tem chamado na gramática dos direitos humanos certos grupos minoritários, como, por exemplo, os idosos. Essas instituições financeiras impõem metas altíssimas de contratação, de forma que o preposto passa a se ver pressionado a fazer o maior número de contratações, ainda que perceba, claramente, que o aceitante não age de forma livre. Nesse cenário de pressão econômica, o aceitante realiza a contratação, criando para si todo um plexo de obrigações que podem ser extremamente desproporcionais, sendo que, depois de ter manifestado sua aceitação, se vê preso em uma teia criada dolosamente para dificultar ao máximo a possibilidade de distrato.

Ainda a perceber que, especificamente ao grupo das pessoas idosas, é bastante comum, o analfabetismo completo, ou, pelo menos, o funcional, de forma que fica impossível compreender toda a complexidade de um contrato de empréstimo quando se é laçado na rua por meio da sedutora proposta de dinheiro fácil e sem análise de crédito, devendo realizar a contratação naquele impulso e sem que tenha a possibilidade de discutir os termos contratuais com o proponente, vez que o contrato é de adesão, e sem que possa mesmo compreendê-lo em razão de não dominar a linguagem como requer a interpretação de um contrato bancário, nem poder ser assistido por alguém de confiança.

Não se alegue que esse idoso é plenamente capaz e que por isso consegue perceber todas as nuances daquela manifestação de vontade. Isso é uma ficção, que somente serve ao propósito de legitimar a prática moralmente reprovável daquele empresário que coloca o seu propósito pessoal à frente de tudo que restar, ainda que sejam valores muito mais caros à ordem jurídica.

Ainda sobre esse contrato de empréstimo dirigido especialmente ao público idoso, verifica-se, na maioria das vezes, que ele se dá através da convenção de autorização de desconto das prestações na própria fonte de receita do mutuário, de modo que o mutuante passa a ter uma segurança muito maior do que os contratos de mútuo em geral possuem. Pode-se dizer que nesses contratos somente a morte do mutuário geraria o inadimplemento, mas mesmo nesse cenário o mutuante está bem assistido, em razão de os contratos serem realizados em massa, de modo a diluírem possíveis inadimplementos e falecimentos na globalidade das contratações. Por fim, há que se dizer que esses contratos tendem a ser direcionados aos idosos mais jovens, que ainda não tenham superado a expectativa média de vida do brasileiro, colocando, mais uma vez, as estatísticas à favor do capital.

Observada essa disparidade de posições, há que se perceber, que, sob o paradigma pós-positivista, ou seja, de uma ordem jurídica carregada de valores morais consagrados pela sociedade política, vocacionada à promoção da pessoa natural, não haverá outra conclusão, senão aquela que impõe ao contratante em melhor situação conjectural o dever de agir com especial isenção, de forma a cumprir o imperativo de boa-fé objetiva.

Claro é que se não imporá a perda da parcialidade do contratante, isso seria vocacionado ao insucesso, em razão de ser uma ingerência artificial na ordem natural das coisas, mas é imprescindível que haja a consideração que uma situação explícita de

fragilidade não pode ser desconsiderada sob a ficção de uma igualdade liberal, que não existe no mundo dos fatos. Dessa forma, deve haver a consideração da realidade por meio de sua substância, dando-se a devida ênfase àquelas situações de evidente desproporção de poderes contratuais, sem que o conforto de uma realidade inexistente seja a justificativa de um agir autocentrado. Isso ocorre em razão de que a opção de privilegiar a pessoa natural em uma sociedade solidária necessariamente impõe o dever de agir segundo padrões mais rigorosos de conduta, ou seja, a probidade do contratante, diversamente de ser tida como qualidade, deve ser vista como necessária ao tráfego negocial. Outra não é a função da cláusula aberta de boa-fé objetiva, senão a de fazer o diálogo entre o mundo negocial e os valores consagrados pela sociedade política, de modo que também nos contratos haja a irradiação daqueles valores essenciais da sociedade, em razão de se não conceber um mundo com duas lógicas distintas e opostas. Uma pública e solidária, e outra privada e individualista. Há que se ter coerência e apenas um padrão de conduta, ainda que, no ambiente privado, em razão de suas peculiaridades, se admita que os imperativos éticos sejam mais flexíveis, todavia, não é possível crer que se os afaste peremptoriamente.

### **3 – Alguns Exemplos de Decisões dos Tribunais Superiores**

O Supremo Tribunal Federal considera a eficácia horizontal dos direitos fundamentais uma realidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na esteira de outros países ocidentais, também o Brasil tem afirmada a necessidade de se estender às relações privadas os imperativos éticos consagrados no catálogo de direitos fundamentais, pois, como anteriormente fora afirmado, em um ordenamento jurídico pós-positivista, faz-se imperativa a conjugação de legalidade e valores consagrados pela sociedade política organizada, de modo que o Direito seja um fator de promoção da pessoa. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no RE 201.819-RJ, de relatoria da Eminente Min.

Ellen Gracie, relator para o acórdão o Eminent Min. Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma em 11 de outubro de 2005, assim decidiu:

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.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. **As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal.** A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. **A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.** A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e

Este julgado possui clareza solar no que se refere à plena eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, estando em pleno acordo com o que aqui se propõe. Por isso, importante que se observe que a realidade não é descurada pelo julgador, em razão da observação da potencialidade lesiva do agente privado, que, muitas vezes, pode ser maior até que a potencialidade do Estado, de forma que é imperativa a salvaguarda dos direitos fundamentais frente ao capital e às outras formas de ingerência de atores privados sobre a pessoa. Desconhecer essa característica da contemporaneidade seria favorecer o potencial causador de dano em razão de uma ficção jurídico-social. Seria mesmo um ato de má-fé filosófica, que, diante de uma situação nova que requer uma solução nova, trataria de negligenciar pontos sobremaneira relevantes da realidade com o claro intuito de manter a coerência conceitual de um cenário que não mais subsiste. Por tudo isso não há como considerar que os direitos fundamentais restringem-se à relação súdito-Estado, em razão de esse esquema conceitual ter surgido em um momento inicial da sociedade capitalista ocidental, quando o capital apenas dava seus primeiros passos e as relações interpessoais ocorriam em menor número e complexidade.

Digno de nota, também, a assunção de posição vanguardista por parte do Supremo Tribunal Federal, em razão da afirmação de que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata às relações privadas independentemente de substrato legal a realizar essa ponte entre a normativa constitucional e a realidade dos fatos. Ao sedimentar sua jurisprudência nesse sentido, a corte constitucional dá mostras de que a Constituição não é indiferente à realidade social, tratando de reger todas as relações sociais, ainda que não haja normativa infraconstitucional a densificar normativamente o direito em questão. Sendo assim, quando não houver legislação infraconstitucional a reger a matéria, deverá o intérprete buscar os subsídios diretamente na Constituição, não podendo afirmar que o silêncio do legislador ordinário equivale a uma inaplicabilidade do direito. Nesse sentido está o art. 5º § 1º CRFB<sup>18</sup>, que, ao conferir aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, impõe a necessidade de respeito ao direito, pelo menos em grau mínimo quando sua abstração não permitir aplicação mais incisiva, de modo que a simples consagração de um direito tem eficácia suficiente para trazer a necessidade da consideração da carga valorativa daquele direito ao caso concreto.

---

<sup>18</sup> Art. 5º § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em relação ao objeto da relação dos particulares, o Supremo Tribunal Federal percebe a sua importância e influência na solução do conflito de interesse. Seria realmente curioso considerar irrelevante o objeto da relação e tratar de forma equivalente situações que poderiam ser extremamente díspares. No caso analisado pelo STF, a exclusão do compositor da União Brasileira de Compositores teria o efeito de tornar impraticável para o excluído o recebimento de seus direitos autorais, o que inviabilizaria mesmo a sua atividade profissional e a sua própria subsistência, pois, como é de conhecimento geral, a vida exige que a pessoa tenha recursos financeiros para fazer frente às suas necessidades. Dessa forma, há que se entender que se não trata simplesmente de exclusão de uma associação, mas sim do impedimento de um compositor receber seus direitos sobre suas produções musicais. Nesse cenário de muito maior complexidade, mister que se considere a possibilidade de exclusão do associado somente quando houver a possibilidade efetiva de ele defender-se e ter a sua versão dos fatos considerada. Sem o que haverá uma exclusão arbitrária e de efeitos efetivamente graves. Por tudo isso, é dever do intérprete observar a relação jurídica para além daquilo que esteja óbvio. Há que se perquirir se a problemática evidente não encobre uma situação de maior complexidade, que possa repercutir de forma mais grave e nociva ao interesse de qualquer uma das partes. Impossível que o intérprete se apegue a uma solução fácil, quando a realidade dos fatos exigir uma solução mais apurada. Esse é o imperativo dos últimos tempos, que, por a vida ter se tornado mais complexa, passou a exigir soluções mais complexas.

No caso específico que fora analisado pelo Supremo Tribunal Federal se não veda peremptoriamente o desligamento do compositor do quadro associativo da União Brasileira de Compositores, isso seria um desatino, em razão de ir contra o inciso XX do art. 5º CRFB<sup>19</sup> que é também um direito fundamental. Percebe-se, então, haver um conflito de direitos fundamentais, fazendo-se imprescindível o uso da técnica da ponderação, de modo a se encontrar o resultado que o ordenamento jurídico dá ao caso. Ao se ponderar, então, os dois vetores do caso, que são a possibilidade de a associação desligar compulsoriamente alguém de seus quadros quando verificar que sua presença é nociva aos interesses da associação, e o interesse do associado de permanecer naquele corpo social, de modo a ter acesso ao rateio do produto da arrecadação de direitos autorais pela execução de obras musicais, percebe-se que a solução passa necessariamente pelo ponto que fora observado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, a

---

<sup>19</sup> Art. 5º XX CRFB: Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

imprescindibilidade do respeito às garantias de ampla defesa e do contraditório no procedimento de exclusão, pois assim, haveria a possibilidade de o pretense excluído demonstrar que a sua conduta não é contrária aos interesses do corpo social, de forma que a exclusão não seria a solução adequada para o caso. Fosse, no entanto, uma conduta de elevada gravidade, nesse caso seria possível a exclusão, em razão de o associado não ter salvo conduto para agir conforme queira, mesmo sendo nocivo para o corpo social, pelo simples fato de que a sua exclusão seria bastante gravosa aos seus interesses individuais. O cerne da questão está no fato de que a repercussão da exclusão, por ter efeitos extremamente gravosos, exige que seja considerada como um conflito de direitos fundamentais, de modo a que o intérprete se não acomode na facilidade de uma solução míope, que não perceba com clareza a magnitude do conflito em questão.

Há que se perceber, então, que o Supremo Tribunal Federal está atento ao imperativo de se compreender os conflitos contemporâneos conforme a sua magnitude jurídica requeira. Nesse sentido, o Tribunal Pleno julgou em 10 de junho de 2015 a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4815-DF<sup>20</sup>, de relatoria da Eminente Min. Cármen

---

<sup>20</sup> ADI 4815-DF. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de

Lúcia na qual se discutia a necessidade, ou não, de autorização prévia do biografado para a possibilidade de publicação de sua biografia. Percebeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal o conflito entre o direito à privacidade e intimidade do biografado e os direitos à liberdade de informação, liberdade artística, liberdade cultural e liberdade de expressão, sem que tenha sido descurado o fato de que pessoas notórias têm esmaecida a sua proteção à intimidade, em razão do fato mesmo de sua notoriedade pública. Nesse julgado conferiu-se interpretação conforme à Constituição para os arts. 20 e 21 da Lei 10406 de 2002, no sentido de serem inexigíveis quaisquer autorizações prévias do biografado para a publicação de sua biografia.

Esse julgado é importante pelo fato de reconhecer que as liberdades, de expressão, artística, de informação, e cultural também valem em cima de relações entre particulares. Ora, se um escritor tem o direito de redigir uma biografia de alguém, sem que o biografado, ou sua família, caso já tenha falecido, possam impedir a publicação, é fato que, também entre os particulares, os direitos fundamentais terão aplicabilidade, pois, do contrário, a clareza textual dos artigos 20 e 21 da Lei 10406<sup>21</sup> impediria qualquer solução no sentido da que fora dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Interessa perceber, então, que o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, adota a teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em razão de considerar imprescindível que a interpretação dos arts. 20 e 21 da Lei 10406 seja conforme à Constituição. Aqui não haveria como subsistir a alegação de que os direitos fundamentais necessitariam de interposição legal para serem aplicáveis aos casos concretos, pois, como se pode perceber, a solução adotada vem de encontro ao texto normativo. Ora, para

---

se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

<sup>21</sup> Lei 10406, art. 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são as partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

aqueles que defendem a imprescindibilidade de interposição legislativa, como se há de justificar o fato de que a lei deve ser compreendida conforme os valores constitucionais mesmo quando o seu texto dificilmente comportar tal interpretação. O fato é que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, requerendo tão somente que a lei lhes confira densidade normativa, que, caso não exista, apenas implicará na busca de seus subsídios interpretativos exclusivamente na Constituição.

Por isso a técnica da interpretação conforme a Constituição. Ela existe para que, em textos normativos que comportem diversos significados, a corte constitucional verifique qual deles possa ser havido como inferência da Constituição, de modo que todas as outras possibilidades sejam consideradas inconstitucionais. Quer isso dizer que se pinçará a interpretação que se amolde aos imperativos constitucionais e se excluirá todas as outras. Ocorre, porém, que só muito dificilmente se pode inferir dos arts. 20 e 21 da Lei 10406 o fato de ser inexigível a autorização prévia por parte do biografado para a realização de biografias. Em razão disso essa interpretação do Supremo Tribunal deve ser vista como uma diretiva, para os operadores do Direito e para toda a sociedade, de que o catálogo de direitos fundamentais tem força para determinar toda a interpretação do Direito vigente, ainda que não haja lei a densificá-los normativamente, ou que o texto normativo esteja em aparente conflito com a Constituição.

Em relação a essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, de forma que ambos os tribunais de superposição possuem jurisprudência firme no sentido de que as relações privadas não podem furtar-se à imperatividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido está o Recurso Especial 1365279-SP, julgado em 25 de agosto de 2015 pela quarta turma, de relatoria do Eminentíssimo Min. Luis Felipe Salomão, cuja ementa, pela sua clareza, se transcreve:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. **EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** PENALIDADE ANULADA.

1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: "O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar

incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia".

**2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF.**

3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (Grifo nosso).

Esse julgado, apesar de ser relativo às relações travadas no seio do condomínio edilício, é bastante esclarecedor em razão de ser explícito ao dizer que as relações particulares sofrem a incidência dos direitos fundamentais. Não poderia mesmo ser diferente, em razão de que a colocação da pessoa como vértice do ordenamento jurídico, segundo o paradigma pós-positivista, faz com que ele assuma caráter instrumental.

A razão de ser da ordem jurídica passa, com a simbiose entre legalidade e ordem valorativa, a ser a tutela da pessoa, de modo que a problemática da realidade deverá sofrer a incidência do Direito para ter resolvido o conflito em questão. Ocorre, todavia, que a resolução desse conflito somente subsistirá se atentar para a necessidade de consideração dos valores relativos à pessoa.

O fato é que atualmente não bastam soluções arbitrárias, e “arbitrário” aqui é tomado somente com o sentido de uma solução que não considere outros valores, senão a necessidade de se chegar a um termo sobre o conflito. Assim sendo, a solução de qualquer impasse social deverá conciliar a necessidade de se chegar a um resultado, ainda que escolhido dentre vários outros possíveis de acordo com a vontade política, com o

procedimento para se chegar a essa solução. Percebe-se, então, que no caso posto em análise pelo Superior Tribunal de Justiça, semelhantemente ao que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 201.819-RJ, não é impedida a aplicação de penalidade ao condômino antissocial, mas somente condiciona-se essa penalização à necessidade de respeito às garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Há que se perguntar, então, qual a razão deste condicionamento do processo punitivo. Ela está em que, mesmo nas relações privadas, o resultado da punição pode ser bastante gravoso à pessoa do punido, podendo gerar obrigações e sujeições também bastante intensas, de modo que deve ser posta a ele a possibilidade de participar do processo de tomada de decisão acerca da punição, como forma de garantir que o processo punitivo não seja orientado por vetores obscuros.

Essa necessidade contemporânea de compatibilização entre várias esferas autônomas de titularidade de direitos deve, então, ser regida pela eficácia dos direitos fundamentais, em razão de ser essa eficácia um fator de conciliação entre legalidade, e os diversos interesses contrapostos da realidade. Por meio, então, da ponderação, se chegará a um resultado que conjugue a legalidade com os imperativos éticos eleitos pela sociedade política, de forma que a solução de um problema subsista racionalmente e tenha sempre em conta que um conflito de interesses sempre pressupõe um embate entre duas pessoas, que não poderão ser tratadas como objetos, em razão do fato de que o instrumento é a ordem jurídica. Pensar de modo diverso seria uma inversão de valores.

Nesse sentido de proteção contra arbitrariedades e necessidade de conciliação de vários interesses contrapostos, também está o HC 97336-RJ de relatoria do Eminentíssimo Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15 de junho de 2010, onde foi dito que “o Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares”.

Apesar de ser um julgamento de matéria penal, ele possui um interessante significado, que é a demonstração da transposição de fronteiras. Os direitos fundamentais não conhecem limites para a sua incidência, de modo que, onde houver necessidade de tutela e salvaguarda da pessoa, lá estarão os direitos fundamentais, não importando se se trata de relação de sujeição ou de equivalência.

Agora mais especificamente às relações contratuais, decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de maio de 2014, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso especial 478831-SP<sup>22</sup>, de relatoria do Eminentíssimo Min. Luis Felipe Salomão que, em um plano de saúde oferecido pelo empregador (estipulante) aos seus empregados, por meio da contratação de uma empresa operadora de assistência à saúde (estipulada), mesmo em uma situação de falência do estipulante não poderia a estipulada rescindir o vínculo com os empregados assistidos sem que lhes fosse conferida a possibilidade de assumir o pagamento integral do preço do plano de assistência, e com isso poder continuar a relação contratual com a mesma cobertura e carência anteriormente existentes. Ocorre, porém, que o substrato legal deste julgamento, que é o art. 30<sup>23</sup> da Lei 9656 de 1998, somente se refere à extinção do contrato de trabalho por dispensa ou exoneração sem justa

---

<sup>22</sup> Ementa: CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PLANO OFERECIDO PELO EX-EMPREGADOR. CANCELAMENTO UNILATERAL SEM OFERTA DE MIGRAÇÃO DE PLANO. DIREITO DO CONSUMIDOR DE MANTER A CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO. CONDUTA ABUSIVA DA SEGURADORA. SÚMULA 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A matéria referente ao art. 468 do CPC não foi objeto de discussão no acórdão recorrido e o recorrente não interpôs embargos de declaração objetivando suprir eventual omissão. Portanto, não se configura o prequestionamento, o que impossibilita a apreciação de tal questão na via especial (Súmulas 282 e 356/STF). 2. **O acórdão decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não existe dissolução de continuidade do contrato de plano de saúde em face de desligamento do empregado ou rescisão do contrato entre empregador e a seguradora. Interpretação do art. 30 da Lei 9.656/98. Precedentes.** 3. **O Tribunal de origem entendeu que houve comportamento abusivo da seguradora diante das peculiaridades do caso. Concluiu que a seguradora deveria ter oferecido opção de mudança do plano coletivo para um plano individual-familiar com a portabilidade de carências, mediante o pagamento de nova mensalidade, mormente em face da gravidade da doença do autor, da idade avançada e da ausência de notícia de inadimplemento.** Rever os fundamentos que ensejaram esse entendimento exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, ante o teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental não provido. (Grifo nosso).

<sup>23</sup> Lei 9656, art. 30: Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§5º A condição prevista no *caput* deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

causa, de modo que a possibilidade de permanência na assistência à saúde está condicionada a esse fato, somado à imperatividade de o empregado assumir o pagamento integral do preço do plano. Nada é mencionado acerca da falência do estipulante.

Vejam-se agora alguns pontos relevantes desta decisão. Tanto em dispensa sem justa causa, quanto na falência do estipulante, há a extinção, *a priori*, do plano de assistência à saúde sem que haja culpa do beneficiário, de modo que ambas as situações possuem aproximadamente a mesma carga valorativa. Por que, então, essa diferenciação do tratamento legislativo, já que, de fato, apresentam mais similaridades que distanciamentos. Talvez essa pretensa lacuna possa ser tida como fruto da impossibilidade de o legislador ordinário prever, no momento de criação do ato normativo, todas as situações possíveis de acontecerem no futuro, daí a necessidade de o juiz, percebendo o ordenamento jurídico como um todo sistemático, orientado pelos direitos fundamentais, preencher os possíveis vácuos normativos por meio de uma interpretação voltada à tutela da pessoa.

Ainda a se considerar que nessa situação específica estavam presentes certas peculiaridades que, somadas, reforçavam a argumentação no sentido da prevalência do direito de saúde do empregado, consubstanciado na existência do plano de assistência à saúde, em detrimento do direito de propriedade da sociedade empresária administradora do plano. Essas peculiaridades são as seguintes: o empregado era portador de doença grave e ainda se encontrava em idade avançada, características que lhe tornavam especialmente vulnerável, e, também, fora adimplente com sua parcela do preço do plano de assistência durante todo o seu período de vigência, de modo que a extinção do vínculo assistencial seria para o empregado um ato de consequências extremamente gravosas, enquanto que a permanência do vínculo, que seria custeada integralmente pelo assistido, seria indiferente para a sociedade empresária, ou, na pior das hipóteses, minimamente gravosa, mas, mesmo nesse caso, se comparada com as consequências do empregado, representaria um sacrifício risível. Por isso, e com extrema sensibilidade e atenção aos direitos fundamentais, houve por bem o Egrégio Superior Tribunal de Justiça interpretar o art. 30 da Lei 9656 de forma a extrair dele a cobertura, também, para o caso de falência do empregador-estipulante, de modo que a literalidade da lei foi superada pela necessidade de sua interpretação sistemático-teleológica, que somente é possível em um cenário no qual a linguagem seja vista como algo que excede a simples concatenação de vocábulos. Algo que só é possível com os subsídios teóricos da filosofia da linguagem,

por meio da atenção, também, daquilo que se quis dizer, mas que por qualquer motivo não fora textualmente afirmado.

Especificamente acerca da filosofia da linguagem, o Superior Tribunal de Justiça tem apresentado decisões bastante interessantes, nas quais tem sido dada prevalência à intenção das partes em detrimento do teor literal da linguagem empregada. O Recurso Especial 1421512-MG, julgado em 11 de fevereiro de 2014 pela Terceira Turma, de relatoria da Eminente Min. Nancy Andrighi explica bem a necessidade de conjugar o interesse legítimo que subjaz à contratação com o que esteja afirmado no instrumento contratual. Sua ementa é esclarecedora:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA RELATIVA À PRÓTESE. ABUSIVIDADE. DANO MORAL.

1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 06.12.2013, o qual discute o cabimento de compensação por danos morais decorrente de negativa de fornecimento de prótese ortopédica por plano de saúde. Ação de cobrança ajuizada em 06.01.2011.

**2. É nula a cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor.**

3. Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

4. Recurso especial provido. (Grifo nosso).

Ao se considerar nula a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de assistência à saúde órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico, o Superior Tribunal de Justiça demonstra que o consenso atingido pelos contratantes passa necessariamente por tudo aquilo que for indispensável ao que fora pactuado, de modo que não há como se conceber a cobertura de determinado procedimento sem que haja a cobertura de tudo aquilo que seja necessário ao fim almejado. Nesse ponto, a filosofia da linguagem é bastante esclarecedora, em razão de compreender o processo comunicativo como algo dinâmico e que possui significação

muito superior à simples soma dos signos linguísticos empregados. Há que se compreender que, quando uma pessoa inicia um processo comunicativo visando a chegar a um consenso sobre alguma coisa, e com isso realizar um contrato, essa mesma pessoa não pretende somente um fim específico, ela pretende, também, tudo aquilo que seja necessário para a realização a contento do que fora convencionado. Em razão disso, caberá ao contratante, que tenha melhores condições de se expressar e que domine melhor a técnica jurídica, o ônus de redigir o instrumento contratual de forma mais clara possível, de modo que qualquer obscuridade ou ambiguidade lhe será imputada.

Ao se criar esse ônus para a parte que possua melhores condições de redigir o instrumento contratual, favorece-se o imperativo de eticidade das relações contratuais, pois, como é de sabença geral, a boa-fé objetiva que rege especialmente o direito dos contratos, assim como todo o ordenamento jurídico de modo geral, não compadece com situações nas quais a torpeza própria possa gerar um enriquecimento indevido.

Em razão do imperativo de clareza e da consideração de que a linguagem é fator de elevada importância para a eticidade do tráfego negocial, percebe-se que instrumentos contratuais devem ser redigidos e interpretados de modo a deles se extrair o máximo de efeitos legítimos, de forma que a linguagem não pode ser considerada empecilho para a aquisição de direitos que objetivamente daquele contrato se esperariam. Tampouco será possível que um contratante, usando de sua supremacia técnica ou circunstancial, molde ao seu exclusivo proveito o instrumento do negócio, de modo a dele extrair prerrogativas que superem excessivamente aquelas que decorram naturalmente do contrato. Nesse sentido o Recurso Especial 1084640-SP<sup>24</sup>, julgado em 23 de setembro de 2015, de

---

<sup>24</sup> REsp 1084640-SP (...) Por outro lado, compreende-se por abusiva a cláusula-mandato que prevê a emissão de título de crédito por parte do mandatário contra o mandante, haja vista que tal procedimento expõe o outorgante à posição de extrema vulnerabilidade, a ponto de converter-se em prática ilegítima, visto que dela resulta um instrumento cambial apto a possibilitar a pronta invasão de seu patrimônio por meio da compensação bancária direta ou pela via executiva, reduzindo, inegavelmente, a sua capacidade defensiva, porquanto a expropriação estará lastrada em cártula que, em regra, por mera autorização contratual firmada em contrato de adesão, será sacada independentemente da intervenção do devedor/mandante. Sob este aspecto, há muito foi sedimentado o entendimento no âmbito do STJ acerca da ilegalidade da cláusula-mandato destinada ao saque de títulos, consoante se extrai do enunciado da Súmula 60 do STJ, assim redigido: "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste". Isso porque é característica marcante dos títulos de crédito a executoriedade, ou seja, a sua autossuficiência jurídica é assegurada tendo em vista os princípios da cartularidade, da literalidade e da autonomia. Assim, o valor nele contido é certo, e a transmissão de sua titularidade encontra amparo na imunidade dos vícios que não sejam incidentes sobre a própria cártula. Esses atributos facilitam, sobremaneira, a obtenção do valor inserido no título, por meio de procedimento executivo, que terá limitado campo de defesa, em razão das características intrínsecas ao documento executado. Ademais, o saque de título contra usuário de cartão de crédito por parte de sua operadora, mediante mandato, não evidencia benefício ao outorgante, pois resulta daí obrigação cambial a

relatoria do Eminentíssimo Min. Marco Buzzi, onde se pontuou que, em um contrato de cartão de crédito, não pode a administradora inserir cláusula contratual que a outorgue mandato para, em seu benefício exclusivo, emitir título de crédito contra o usuário do cartão. Tal cláusula é abusiva porque desvirtua a natureza do contrato de mandato, que tem como pilar o fato de que o mandatário agirá em benefício do mandante, o que de fato não ocorre nesse caso específico. Por tudo isso, percebe-se que o consumidor do cartão de crédito, seja por qual motivo for, tem as suas vantagens contratuais, no caso específico do contrato de mandato inserto no contrato de cartão de crédito, reduzidas a nada, de modo que um contrato que naturalmente o beneficiaria é corrompido de forma a gerar benefícios exclusivamente ao mandatário. Esse fato apresenta complexidade muito grande, em razão de encerrar em si a força do capital, financeiro e técnico, usada para desconsiderar quaisquer prerrogativas do usuário de cartão. É certo que se trata de um conflito entre direitos de propriedade, de um lado a administradora de cartão de crédito que visa recuperar o capital mutuado, e de outro o usuário do cartão que, apesar de ter o dever de

---

ser saldada, limitando-se o campo de defesa do titular do cartão quanto à existência da dívida ou do *quantum* devido, uma vez que, lançada a cártula, o questionamento do débito no processo executivo é extremamente restrito, face aos atributos e características intrínsecas ao título de crédito. Certamente, a supressão da fase cognitiva para a formação dos elementos obrigacionais cambiais assumidos em nome do cliente só interessa à operadora de cartão de crédito, porquanto possibilita a obtenção de seu crédito de forma mais célere, em detrimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório. **Ora, a regra no instituto do mandato é que o representante deve atuar em nome do representado, respeitando e agindo dentro dos interesses do mandante, a fim de que não haja um conflito de interesses, tal como o estabelecido quando o mandatário atua em seu próprio interesse, celebrando contrato consigo mesmo ou autocontrato. Assim, não pode o representante agir objetivando o seu próprio interesse concernente ao saneamento de eventual dívida, pois a cláusula-mandato para o saque de título cambial, por somente beneficiar ao mandatário, é considerada abusiva. A propósito, o núcleo do conceito de abusividade presente no art. 51 do CDC está na existência de encargos que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor, ou seja, funda-se no desequilíbrio das posições contratuais.** No caso, a nulidade da modalidade de cláusula-mandato se verifica em razão de sua potestatividade, uma vez que deixa ao alvedrio do mandatário a expedição de cambial, sem que esteja presente a indicação prévia ao usuário do cartão do fator externo que concorreu para a emissão da cártula, dando ciência dos moldes segundo os quais fora concebida. Não é demasiado referir, também, a ocorrência de situação lesiva aos interesses do usuário do cartão, quando este for compelido a pagar dívida já quitada, pois, ocorrendo a circulação do título de crédito, o consumidor cujo débito perante a operadora do cartão já tiver sido saldado poderá, mesmo assim, ser demandado a cumprir a obrigação inserida na cártula por terceiro que dela portar, uma vez que a obrigação cambial é autônoma e independente da relação jurídica-base ensejadora da emissão do título. Assim, em virtude de a cláusula-mandato permissiva de emissão de título de crédito possibilitar a criação de obrigação cambial contra o próprio mandante, em real e efetivo interesse do mandatário, evidencia-se a abusividade nos poderes conferidos pelo mandato, mormente porque a atuação do mandatário deve ser no estrito benefício do cliente/consumidor/mandante, e não contra ele. Desse modo, a cláusula-mandato que possibilita ao mandatário a emissão de cambial contra o mandante, mesmo quando inserida nos contratos de cartão de crédito, é inegavelmente abusiva (art. 51, IV, do CDC). Cumpre destacar que a declaração de ilegalidade da cláusula-mandato permissiva de emissão de cambial, nos contratos de cartão de crédito, não representa risco para a continuidade desse modelo de pagamento, porquanto somente a maneira de se prestar a garantia é que sofrerá limitação, não sendo admitida a expedição de cártula contra o usuário/consumidor. REsp 1.084.640-SP, **Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 23/9/2015, DJe 29/9/2015.** (Grifo nosso).

adimplir a obrigação, não pode ser compelido a quitá-la de uma forma que beire a expropriação. Há que se conferir a ele, então, a possibilidade de se insurgir contra a dívida, caso a considere ilegítima, e também a possibilidade de adimpli-la de forma menos onerosa. Assim sendo, apesar de ser um conflito entre direitos de propriedade, percebe-se que há nuances de afronta à dignidade do devedor e, também, a desconsideração, quase absoluta, de sua possibilidade de se contrapor ao título de crédito unilateralmente formado. Por isso, não se trata de uma cláusula contratual lícita, em razão de ela valer-se de um jogo de linguagem para desvirtuar um tipo contratual em benefício exclusivo de um contratante, desconsiderando os direitos e prerrogativas legítimos que o usuário do cartão esperaria daquele negócio. Ainda a se considerar o fato de que a boa-fé contratual impede que um negócio jurídico seja estruturado de forma a criar um desequilíbrio artificial e artificioso do vínculo de sinalagma.

Dessa forma, em contratos realizados profissionalmente, mormente os de adesão, será impossível que se considere a ambiguidade, possíveis lacunas, e possíveis artifícios em desfavor do contratante não profissional ou aderente. Nesse sentido o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que visa, por meio da taxaço de nulidade, impossibilitar a existência de cláusulas contratuais nas relações de consumo que, grosso modo, desvirtuem o negócio jurídico, ou coloquem o consumidor em excessiva desvantagem contratual.

Por fim, há que se considerar que em algumas situações nas quais não haja desequilíbrios relevantes entre as partes contratuais, e tampouco a linguagem seja usada como artifício para criar vantagens exageradas e ilegítimas para algum dos contratantes, não haverá razão para maiores indagações e realização de eventual ponderação para solver possível conflito subjacente de direitos fundamentais. Isso ocorre em razão de que o desequilíbrio de posições criado pelo negócio jurídico é tão pequeno, que não é capaz de superar a margem de autonomia da vontade do contratante<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Neste sentido o Recurso Especial 1027669-SC, julgado em 02 de dezembro de 2014 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, cuja ementa é: DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO PADRÃO PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANUÊNCIA DO PROMITENTE-VENDEDOR. EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DAS DÍVIDAS CONTRATUAIS E DO IMPOSTO MUNICIPAL. DESVANTAGEM EXCESSIVA PARA O CONSUMIDOR NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é abusiva a cláusula que proíbe o promitente-comprador do imóvel de ceder sua posição contratual a terceiro sem prévia anuência do promitente-vendedor. Precedentes. 2. Não implica desvantagem exagerada para o promitente-comprador a cláusula que condiciona a cessão do contrato à prévia quitação dos débitos contratuais e do imposto municipal. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

## **Conclusão**

Em razão de tudo que fora exposto, e conjugando-se a necessidade de consideração dos pressupostos de direitos fundamentais com as cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de função social dos contratos, percebe-se que a normativa contratual sofre a regência dos direitos fundamentais, porém, de um modo fluido, tanto em razão de diversos fatores intrínsecos à relação contratual, como, por exemplo, as partes, a forma e o objeto contratual, quanto fatores extrínsecos, a exemplo de fatores sociais e filosóficos de sua época.

São fatores extrínsecos à relação contratual os pressupostos de direitos fundamentais, que determinarão o entendimento e a abrangência dos direitos fundamentais conforme a realidade da época permitir. Dessa maneira, diversos fatores sociológicos influenciarão a compreensão dos direitos, tais como a economia, a filosofia, a política e qualquer dado social que tenha relevância suficiente para direcionar a concepção social acerca do catálogo de garantias fundamentais da Constituição num ou noutro sentido.

É importante perceber, então, que o modo como os direitos fundamentais serão vistos pela sociedade variará conforme a conjugação de diversos fatores sociais, de forma que, no específico caso brasileiro, percebe-se uma concepção mais abrangente e solidária, em razão, principalmente, da contribuição da cultura africana, que amaciou o rigor europeu nas terras brasileiras (Freyre, 2006). Verificado, dessa forma, que a sociedade

brasileira é bastante solidária e que a Constituição da República Federativa do Brasil elenca essa mesma solidariedade como um objetivo fundamental e como um valor jurídico, fica fácil compreender que a percepção do outro e a sua consideração são valores que não podem ser afastados, de modo que o respeito à dignidade alheia e a sua promoção, além de imperativos éticos, são também imperativos jurídicos, daí a importância de se considerar a eficácia dos direitos fundamentais o mais abrangente possível, em razão de serem eles o principal motor de promoção da pessoa nas sociedades contemporâneas.

Esse mesmo imperativo de solidariedade faz com que a melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais seja aquela que os percebe como direitos subjetivos, pois, dessa forma, possuem maior força jurídica, podendo ser exigidos judicialmente naquelas situações nas quais tenham sido desconsiderados pela realidade fática. Por isso, há que se compreender a dinâmica dos direitos fundamentais como algo imperativo em todas as esferas nas quais haja relações interpessoais, sejam elas relações súdito-Estado, sejam elas relações particular-particular. Isso ocorre devido ao fato de que não é crível restringir um instrumental teórico às relações súdito-particular, quando a realidade evidencia que a contemporaneidade requer maior cuidado com as relações puramente privadas, já que o Estado, pelo menos filosoficamente, tem assumido postura de respeito irrestrito à pessoa e de instrumento de sua salvaguarda e promoção. No sentido de evidenciar a magnitude e nocividade de relações particulares está o desastre ambiental ocorrido em Mariana – Minas Gerais, no final do ano de 2015, que destruiu toda uma bacia hidrográfica, acarretando prejuízos ambientais e humanos de altíssima monta.

Percebido, então, o imperativo de o contrato também sofrer o influxo dos direitos fundamentais e considerando-se seus fatores intrínsecos, como seu objeto, suas partes e sua materialização, é possível compreender que as características próprias de cada contrato determinarão em que medida os direitos fundamentais incidirão na sua regência. Isso ocorre devido ao fato de que o contrato é o instrumento, por excelência, de afirmação da autonomia da vontade, de modo que a influência dos direitos fundamentais na mesma medida em que regem as relações súdito-Estado acarretaria a derrogação de toda a individualidade e autonomia da pessoa, que se veria compelida a agir de modo antinatural, sendo responsável por zelar pelo outro indivíduo na mesma intensidade em que zela por si próprio. Daí a pertinência das críticas oferecidas pela doutrina alemã à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Ocorre, no entanto, que também a necessidade de interposição legislativa pode acarretar resultados

desastrosos, em razão de condicionar a eficácia da constituição ao repertório infraconstitucional.

Este dilema cria, então, a necessidade de se buscar uma nova solução, em razão de os caminhos tradicionais não conseguirem uma boa resposta ao problema posto. Novamente a cultura brasileira oferece uma boa direção, pois, em razão de não ser apegada a rigorismos e a formalidades estritas, direciona o intérprete ao caminho do meio, que é a conjugação de ambas as teorias, pinçando o que há de bom em cada uma e tentando fazer, por meio de um amálgama das duas, um produto que afaste os principais problemas de suas matrizes. Agindo dessa maneira, há que se perceber que haverá a incidência imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, assim como notícia a jurisprudência dos Tribunais Superiores, todavia, de uma maneira variável em sua influência, ou seja, ela ocorrerá em escala variável, mais intensamente, ou menos intensamente, a depender da necessidade da situação concreta. Agindo assim, resolve-se o problema de ambas as teorias, pois, não se condiciona a eficácia dos direitos fundamentais a uma interposição legislativa que pode demorar a acontecer, ou até mesmo nunca acontecer, e tampouco se cria um imperativo rigorosíssimo de conduta, que, ao impor ao particular uma conduta extremamente solidária, acaba por desconsiderar sua natureza humana, que, se de um lado está disposta a cooperar, por outro não suporta encargos excessivos neste mister.

Visto que é imprescindível a eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, todavia, abrandada para não criar imperativos extremados de conduta, que não seriam cumpridos na realidade. Faz-se necessária a busca de uma teoria que apresente resposta satisfatória a esse novo dilema. O pós-positivismo oferece essa solução, seja por meio do Direito como Integridade de Dworkin, seja por meio da ponderação de Alexy. O fato é que ambas as teorias, ao realizarem uma investigação bastante intensa da situação problemática, conjugando a necessidade de respeito à legalidade posta com os valores morais eleitos pela sociedade política, possibilitam um resultado interpretativo que não descure de sua função instrumental de promoção da pessoa. Ao mesmo tempo em que permitem uma justificação racional de todo o procedimento de tomada de decisão.

Dessa forma, é possível, por meio dos fatores intrínsecos à relação contratual, quais sejam, as partes, o objeto e a forma como é obtido o acordo de vontades, colocar o contrato sob prova, a fim de perceber em que grau os direitos fundamentais nele incidirão.

Trata-se de um processo de percepção que alia a regência legislativa ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição, de modo a que o intérprete possa verificar qual será a gradação dessa eficácia horizontal.

Será importante a consideração das partes contratuais em razão de que só por ficção existe uma igualdade entre as pessoas, sendo que, em boa verdade, cada pessoa é diferente da outra. Ocorre, todavia, que deverá o intérprete perceber se o desequilíbrio entre as partes é algo irrelevante para o caso em questão, ou se apresenta força suficiente para gerar prejuízo ilegítimo para a parte menos poderosa. Nesse ponto, há de se ter em mente que não serão quaisquer desequilíbrios que terão força suficiente para direcionar a interpretação contratual num ou noutro sentido, somente há de ser considerado aquele desequilíbrio que esteja fora da margem de disponibilidade da pessoa, que não tenha sido dolosamente criado por quem ele prejudica e que seja usado como fonte de enriquecimento indevido da contraparte, pois assim o instrumento contratual perde um pouco de sua função social de ajudar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para se tornar um instrumento de perpetuação de desequilíbrios odiosos.

Quanto ao objeto contratual, há de se ter em mente que coisas diferentes devem ter regências diferentes, de modo que não é possível considerar como equivalentes situações que repercutem de forma diversa em seus agentes, mormente quando a ordem jurídica nacional claramente privilegiou os valores mais caros à pessoa natural. Dessa forma, contratos que encerrem valores mais existenciais, deverão sofrer maior influxo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois, por serem imediatamente afetos à pessoa, devem guardar um *standard* mais rigoroso de boa-fé objetiva, já que, de outra forma, não haveria a prevalência da pessoa, se ela fosse colocada em pé de igualdade com valores meramente patrimoniais. Pode-se objetar essa conclusão com a afirmativa de que isso causaria um desequilíbrio de mercado e seria ruinoso para o contratante profissional, ocorre, todavia, que esses contratos mais afetos à pessoa são, em geral, concertados por grandes corporações, que possuem grande *expertise* na área e conseguem internalizar esses custos gerados.

Em boa verdade, o que se está a propor é tão somente que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao gerar um equilíbrio substancial entre as partes, não gera custos excessivos para quem prejudica, mas, tão somente, impede que ela tenha lucros excessivos ao custo de subjugar valores inerentes à pessoa.

Percebido, então, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um modo de se corrigir desequilíbrios substanciais que se encontram camuflados em uma situação de aparente equilíbrio formal, constata-se que em situações, independentemente dos atores envolvidos, nas quais o objeto contratual não demande maior tutela, e as partes não estejam em desequilíbrio substancial, não haverá necessidade de maiores perquirições. Isso, porém, pode parecer um paradoxo, pois, para se chegar à conclusão que determinada situação é simples porque não encerra desequilíbrio substancial, deverá o agente ter tido todo o trabalho de colocar aquela situação-problema sob prova, de forma que a simplicidade de uma situação-problema só possa ser afirmada quando efetivamente analisada. De início há de se considerar toda situação como complexa.

Por fim, a filosofia da linguagem tem seu papel nesse processo, pois abre para o operador do direito todo um instrumental para ver com maior clareza como se dá o jogo de linguagem empregado para se chegar ao tão sonhado consenso. Assim é imperioso perceber que a eticidade que deve existir nas relações interpessoais impede que a linguagem seja usada como instrumento de aquisição ilegítima de vantagens. Outro ponto de vital importância é que a linguagem carrega em si diversas presunções e pressuposições, de forma que um consenso sobre determinada coisa deve ser percebido como a determinar que tudo aquilo que lhe seja pressuposto esteja em si incluído. Por isso é impossível permitir que a linguagem seja usada como instrumento de manobras ilegítimas.

Dessa forma, há que se conjugar essa série de fatores que influenciam o contrato, para que haja a sua percepção em sua materialidade, de modo que o fenômeno contratual, em razão dos imperativos de boa-fé e de sua função social, deve ser direcionado à consecução de resultados legítimos e juridicamente justificáveis. Razão pela qual a consideração de suas partes, de seu objeto e de seu procedimento de formação de consenso devem atuar como forças vetoriais a direcionar a interpretação no sentido que melhor promova a pessoa.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. **Constitutional rights and legal systems**. *The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library*, Leiden Boston, v. 31, p. 03-15, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. 3ª reimpressão da edição de julho/2003.

CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª reimpressão. – Coimbra: Almedina, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. 51ª ed. rev. – São Paulo: Global, 2006.

HERVADA, Javier. **O que é o direito**: a moderna resposta do realismo jurídico. Tradução Sandra Martha Dolinsky; Revisão da tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão Técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 8ª edição, revista, ampliada e atualizada.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, António Pinto (Org.); NEUNER, Jörg (Org.); SARLET, Ingo (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. Vol. II – 24ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. Vol. III – 24ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza: por que a violência diminuiu**. Tradução Bernardo Joffilly e Laura Teixeira Motta. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos Sociais. In: Canotilho, J. J. Gomes. et al (Orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva e Almedina, 2013. p. 533-548.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 24ª edição, revista e atualizada.

WIKIPEDIA. Em: < [http://en.wikipedia.org/wiki/Radbruch\\_formula](http://en.wikipedia.org/wiki/Radbruch_formula)>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. – 9ª ed. - Petrópolis: Vozes, 2013.