

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO, VIVER BEM
E PÓS-DESENVOLVIMENTO**

MARCOS LEITE GARCIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C756

Constitucionalismo Econômico, Viver Bem e Pós-Desenvolvimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UASB

Coordenadores: Raul Llasag Fernández; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-673-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO, VIVER BEM E PÓS- DESENVOLVIMENTO

Apresentação

O IX Encontro Internacional do CONPEDI, que aconteceu nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2018, na cidade de Quito, no Equador, realizado na Universidade Andina Simón Bolívar (UASB) e com apoio do Instituto de Altos Estudos Nacionais (IAEN) e da Pontifícia Universidade Católica do Equador (PUC-Ecuador), teve como tema central a Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, Teoria do Estado e o Ensino do Direito, sendo desdobrado nos seguintes vários eixos como: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano; os Direitos da natureza; a plurinacionalidade e a interculturalidade; a cultura jurídica e educação constitucional; a Participação e a democracia no continente americano; as diversidades étnicas e culturais e gênero; a organização do poder e o presidencialismo e, por último o tema da presente coletânea de trabalhos: Constitucionalismo econômico viver bem e pós-desenvolvimento.

O Grupo de Trabalho 10, intitulado Constitucionalismo econômico viver bem e pós-desenvolvimento, contou com a apresentação de 19 trabalhos divididos pelos menos dois eixos temáticos propostos. Na questão do constitucionalismo os debates foram relativos aos temas da fundamental intervenção do Estado nas relações econômicas que tiveram sua origem no constitucionalismo social de todo o Século XX e que com a influencia atual do neoliberalismo que promove a diminuição de sua função interventora. Assim com o florescer do Novo Constitucionalismo Latino-Americano o Estado de forma determinante volta a ter uma participação mais ativa no sistema econômico. Assim foram debatidos questões como: a proteção constitucional no Brasil dos idosos superendividados; a instrumentalidade das empresas públicas à luz da constituição brasileira; a expropriação de fato das terras indígenas pela contaminação com agrotóxicos; a regulação das companhias aéreas no Brasil com relação ao transporte de bagagens; o comércio justo no Equador e Direitos Humanos como fruto do acordo com a União Europeia; heurísticas de ancoragem e fixação de danos morais em juízos de pequenas causas no Rio de Janeiro; revolução industrial 4.0 e a necessidade de utilização de seus mecanismos para potencializar o trabalho como direito humano; regime alimentar moderno colonial na escassez e na abundância; sociedade de consumo e consumismo como desafios da contemporaneidade. Sobre o segundo bloco de trabalhos com temas mais relacionados às novas constituições Latino-americanas, especialmente com o reconhecimento dos princípios do bem viver, dos direitos da natureza e

o pós-desenvolvimento, os trabalhos apresentados foram sobre as questões: bem-viver frente o modelo capitalista de produtivismo extrativista; desregulamentação do capital transnacional na comunidade andina; princípio da prevenção em um ambiente de necessidade de estruturação do decrescimento; o caminho para o bem comum a partir dos deveres e direitos fundamentais; reflexões sobre os direitos humanos e o bem-viver como um fundamentos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano; serviços públicos no constitucionalismo equatoriano.

Assim, como comemoração dos dez da Constituição equatoriana de 2008 e como também homenagem a divulgação de forma mundial da maneira de se relacionar com a natureza chamada de bem-viver, os presentes artigos do Grupo de Trabalho que aqui apresentamos merecem a leitura. A partir dos debates ficou estabelecido que a utopia de um outro mundo possível é representada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano e pelo bem-viver. O constitucionalismo transformador e egocêntrico latino-americano, de modo particular, nos Andes, a partir do qual ocorre uma revolução paradigmática do Direito, a partir do giro ecocêntrico, mediante a constitucionalização dos direitos da natureza (Pachamama) e da cultura do bem-viver, sob a inspiração da cosmovisão andina, necessariamente inicia sua divulgação mundial, a partir das novas da Constituição do Equador em 2008, e depois da Bolívia em 2009, a prevalência da cultura da vida e da significativa relação de interdependência entre todos os seres vivos, pautada em novos valores da harmonia, desconhecidos da sociedade capitalista ocidental tradicional. A partir deste novo paradigma ecocêntrico, as inovações sobre o tratamento jurídico da natureza e suas políticas públicas, segundo a proposta do bem-viver, diferentes entre si, no Equador (Sumak Kawsay) e na Bolívia (Suma Qumaña), assim como suas irradiações para o mundo, em especial, sua influência sobre essa nova visão de mundo.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Raul Llasag Fernández - UCE (Equador)

Marcos Leite Garcia - UNIVALI (Brasil)

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRATO NA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL
(LEITURA À LUZ DA LIBERDADE DE CONTRATAR E DA INTERVENÇÃO DO
ESTADO NA ORDEM NEGOCIAL)**

**THE PRINCIPLES OF CIVIL-CONTRACTUAL ORDER (A READOUT IN THE
LIGHT OF THE FREEDOM OF CONTRACT AND THE STATE INTERVENTION
IN THE NEGOCIATING ORDER)**

**Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral ¹
Roberto Wagner Marquesi ²**

Resumo

Este artigo aborda os princípios setoriais do contrato no direito privado brasileiro, examinando seu conceito, gerações, natureza jurídica, funções e espécies dentro de uma perspectiva histórica. Estuda os princípios como normas jurídicas, superando a visão kelseniana presente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Apresenta abordagem interdisciplinar e em diálogo de fontes, examinando a lei constitucional, civil e do consumidor. Aborda a liberdade negocial diante do dirigismo contratual, equacionando os interesses privados à ordem constitucional justa.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional, Contratos, Principiologia

Abstract/Resumen/Résumé

This article approaches the sectorial principles of the contract in the Brazilian private law, examining its concept, generations, juridical nature, functions and species within a historical perspective. It studies the principles as legal norms, overcoming the kelseniana view presente in the Law of Introduction to Brazilian Norms. It presents a interdisciplinary approach and in dialogue os sources, examining the Constitutional, Civil and Consumer Law. It approaches the negotiating freedom before contractual dirigisme, equating private interest to a just constitutional order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil-constitutional law, Contracts, Principiology

¹ Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL);

² Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

INTRODUÇÃO

O discurso que ora se inicia colhe os princípios do contrato no direito privado brasileiro, especialmente no Código Civil e no Código do Consumidor. Sua proposta, em primeiro lugar, é a de demonstrar que os princípios são verdadeiras normas jurídicas, achando-se ultrapassada a visão que os cinge a simples elementos de integração e interpretação do Direito.

Num segundo momento, o trabalho discorre acerca dos princípios de regência do Código Civil, centrados na eticidade, socialidade e operabilidade, deixando claro que tais cláusulas é que dão suporte aos princípios setoriais do Código, que, no caso dos contratos, consistem na autonomia privada, na função socioeconômica, na boa-fé objetiva, na força obrigatória, na revisão e na relatividade. Apresentam-se, nesse sentido, subsídios doutrinários e jurisprudenciais, com destaque para a boa-fé objetiva e suas irradiações.

O artigo desenvolve-se em diálogo de fontes, tendo como centro de atração a Constituição da República, ao redor da qual orbitam o Código Civil e o Código do Consumidor.

O trabalho faz um paralelo entre os princípios contratuais clássicos e os princípios contratuais contemporâneos, permitindo desvelar a evolução pela qual passou a teoria geral dos contratos, que, ultrapassando a visão egoísta caracterizadora do Código Francês de 1804, converte o negócio jurídico em mecanismo de cooperação entre sujeitos.

A proposta do trabalho é a de demonstrar que os princípios do contrato são mecanismos dos quais se vale o Estado para, mediante dirigismo contratual e delimitação da vontade, atingir o princípio-vértice da dignidade da pessoa e os princípios que informam a ordem econômica e financeira previstos na Constituição da República.

1 ACERCA DOS PRINCÍPIOS

A visão kelseniana dos princípios, que, a partir da Teoria Pura do Direito, relega-os a um papel secundário ou residual, como se vê do art. 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, perde um pouco de sua importância com a Constituição de 1988 e as codificações que lhe seguiram, especialmente a Lei 8.078/90 (Código do Consumidor) e 10.406/2002 (Código Civil). Desde então se vê um processo de desmistificação dos princípios, que, sob os influxos da doutrina estrangeira e nacional, passam a ser vistos, ao lado das regras, como verdadeiras normas jurídicas e sempre sob o pálio dos preceitos da Constituição.

Com efeito, solidifica-se no Brasil a ideia de que os princípios, ao invés de simples exortação ou recomendação, pertencem ao gênero norma jurídica, assim como as regras. Por isso impõem condutas que, não observadas, levam à imposição de sanções, assim como as regras. Mas há diferenças importantes entre estas e aqueles. Três diferenciadores podem ser apontados: a) os princípios têm natureza normogênica; b) os princípios não podem ser revogados; c) os princípios apresentam generalidade maior do que as regras (CANOTILHO, 2000, p. 1.137).

O primeiro traço distintivo dos princípios é sua capacidade de criar e fundamentar regras. Há uma hierarquia entre princípios e regras, estas encontrando fundamento naqueles. No direito brasileiro tem-se o princípio cardinal da dignidade pessoal (CF, art. 1º., III), vetor a partir do qual estão fundadas todas as regras do direito privado.

O segundo atributo dos princípios é serem mandados de otimização, no sentido que lhes dá Robert Alexy (2002, pp. 86-87). De fato, se duas regras colidem, abre-se a possibilidade da revogação de uma delas, seja pelo critério cronológico seja pelo da especialidade. Não assim os princípios. Se dois princípios incidirem num caso concreto, não se fará revogação, mas juízo de ponderação, a fim de extrair a melhor solução para o caso. Assim, a boa-fé presente no art. 422 do Código Civil não revoga o princípio da autonomia privada, mas delimita sua incidência, de modo a prevalecer sobre ele.

Também é possível apontar o grau de generalidade dos princípios. Enquanto estes têm uma formulação mais vaga e se reportam a valores, as regras apresentam formulação mais concreta, atingindo a fatos e situações.

2 PRINCÍPIOS BASILARES DA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

Dois Códigos Civis teve o Brasil. O primeiro, concebido por Clóvis Beviláqua em 1916, vigeu até 2003, quando entrou em vigor o novo Código, organizado pelo Prof. Miguel Reale. A antiga codificação brasileira foi inspirada no Código Napoleão de 1804, centrada em três premissas: a autonomia da vontade nos negócios jurídicos; a propriedade de modelo absoluto e a predominância da vontade do marido no casamento. Nenhuma palavra sobre princípios, seja nas relações contratuais seja em outro setor do Código.

A codificação Reale alterou drasticamente o panorama. Ab-rogando uma legislação que havia sido discutida no Séc. XIX, deu à nação um regime jurídico civil impregnado de princípios, baseados na tríade eticidade, socialidade e operabilidade. São estes os princípios que informam todo o Código Civil, ao lado dos princípios setoriais, presentes em todos os Livros

da codificação (REALE, 2002, p. 12). E, mais importante, a nova codificação foi recebida sob a ideia de que sua leitura tem de ser feita necessariamente sob a ótica dos valores expressos na Constituição, que, no caso dos contratos, repousam no princípio da dignidade pessoal e nas normas de ordem econômica e financeira.

A eticidade, da qual são caudatárias, por exemplo, a vedação ao abuso do direito (CC, art. 187), a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e proteção à vizinhança (CC, art. 1.277), exprime um ideal de probidade e lealdade nas relações privadas, de forma a obrigar os sujeitos da relação jurídica à prática de deveres que lhes permitam atingir o bem da vida da forma mais justa e eficaz possível. A eticidade guarda relação, portanto, com a noção de repersonalização do Direito, graças à qual o sujeito, e não o patrimônio, é galgado ao centro da relação jurídica (FACHIN, 2003, p. 122).

De seu turno, a socialidade impõe a observância dos valores socioeconômicos no exercício dos direitos subjetivos, de modo a que a ordem pública e a dignidade do sujeito sejam respeitados. A socialidade exige que as titularidades tenham uma “função”, que são o modo pelo qual uma figura jurídica atua no mundo da realidade (RODOTÀ, 1990, p. 54). Diz-se assim (BOBBIO, 1999, p. 44) que os direitos subjetivos têm uma estrutura (o que é o direito?) e uma função (a que serve o direito?). Exemplos candentes são o da função social do contrato (CC, art. 421) e a função socioeconômica e ambiental dos direitos reais (CC, art. 1.228 e §§).

A operabilidade é um princípio que se dirige basicamente à atividade de interpretação do juiz. A este confere-se certa dose de discricionariedade na exegese da norma. Por isso o Código apresenta conceitos propositadamente indeterminados ou cláusulas gerais. Seu significado não é dado pelo legislador, mas pelo juiz, segundo sua experiência e senso de justiça. Exemplos são o conceito de “considerável número de pessoas” (CC, art. 1.228, § 4º), o conceito de “sossego, saúde e segurança” (CC, art. 1.277), o conceito de “atividade de risco” (CC, art. 927, parágrafo único) e o conceito de “melhor interesse da criança” (CC, art. e Lei 8.069/90, art. 39 e ss.).

Sob a égide de tais vetores posicionam-se os princípios setoriais do direito privado brasileiro. Além dos acima mencionados e deixando para logo mais os princípios dos contratos, podem ser referidos o princípio da isonomia entre os cônjuges e companheiros (CC, art. 1.511), o princípio da solidariedade entre ex-cônjuges (CC, art. 1.694, § 2º), o princípio da *saisine* (CC, art. 1.784), o princípio da vulnerabilidade do consumidor (Lei 8.078/90, art. 4º, I) e o princípio, não positivado, da função pedagógica da responsabilidade civil, dentre vários outros.

3. OS PRINCÍPIOS SETORIAIS DO CONTRATO

Uma corrida de olhos pelo Código Civil, Código do Consumidor e leis civis extravagantes mostra terem sido positivados princípios de aplicação aos contratos, embora outros existam que, malgrado válidos e eficazes, não encontram positivação nas fontes. Sobre eles se escreve agora.

3.1 AUTONOMIA PRIVADA

É este um princípio de primeira geração, tendo origem na Revolução de 1789 e no Código Francês de 1804. Diz-se de primeira geração por derivar do ideal da liberdade, ou seja, o direito de livre contratar com quem, onde, quando e especialmente o que se quiser contratar. É um direito que se exerce em face de outra pessoa, no caso a contraparte (devedor). Este princípio é a quintessência do liberalismo burguês que se seguiu a 1789, por força do qual não pode o Estado intervir na ordem privada, pois o mercado, agindo sozinho, melhor atende aos interesses de todos, sejam os contratantes seja a sociedade toda.

O princípio tem raiz histórica. Como é sabido, antes da Revolução as nações europeias eram dominadas por duas grandes classes, a nobreza e o clero. Eram estamentos parasitários, que, conquanto correspondessem a cerca de 1 por cento da população, detinham o poder político e econômico, subjugando, pela força, as duas outras classes, burguesia e plebe. Dito em outros termos, as classes dominantes cerceavam a liberdade das demais.

Com a ascensão da burguesia, tem-se que a liberdade, posta como um dos lemas da Revolução, seja ansiosamente buscada e assegurada. Isso será garantido pelo ideário liberal do *laissez faire laissez passes*, que, como foi dito, afasta do mercado o Estado. No fundo, trata-se da adoção das teorias de Adam Smith, expressas em seu “A Riqueza das Nações” (1985, *passim*).

A autonomia privada sofrerá, contudo, grande transformação com o advento de novas teorias que, a partir do último quartel do Séc. XIX, puseram-se a delimitar a liberdade de contratação. Novos princípios, como o da função socioeconômica, o da revisão e o da boa-fé, desempenharam tal papel, como adiante será visto.

A liberdade de contratar, mas dentro de certos limites, está positivada no Brasil já no art. 170, caput, do Texto Constitucional, que consagra o direito à livre iniciativa, o que implica a liberdade de criar contratos e negócios jurídicos. No Código Civil ela foi acolhida no art. 421, *litterim*: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A redação do dispositivo vem sendo criticada pela doutrina, mas é fora de questão que a autonomia privada é o principal cânone e fundamento dos contratos. Tal como a propriedade, o casamento e os negócios jurídicos em geral, a liberdade é que fundamenta a iniciativa de contratar. Dito em outras palavras, não se contrata para ter função social; contrata-se por ser livre o contratante.

3.2. FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA

A função socioeconômica do contrato, dita simplesmente “função social do contrato”, surge como forma de delimitação da vontade expressa na liberdade de contratar. É um princípio de segunda geração, porque suscita a intervenção do Estado na ordem econômica e, conseqüentemente, nos negócios jurídicos patrimoniais.

A ideia da liberdade ilimitada mostrava sinais de erosão já no Séc. XIX. Ela partira de uma falsa premissa, a de que os homens nascem livres e iguais, o que aliás fora mandado escrever na Declaração de Direitos de 1789. Os homens não nascem iguais nem se tornam iguais. Têm riquezas, habilidades, recursos e talentos próprios, não sendo lícito comparar um grande empresário a um seu empregado. Evidente que, nas relações negociais, o poder de um fará com que sua vontade prevaleça sobre a do outro, como ocorria nos contratos de trabalho de então, em que o empregado ou se sujeitava a trabalhar 12 ou mais horas por dia ou passava fome.

Essa particularidade restou evidente após a Revolução Industrial, entre as décadas de 1830 e 1840. Com isso obrigou-se o Estado, pela técnica do dirigismo negocial, a intervir na órbita privada, delimitando a vontade do contratante tecnicamente mais forte. É a partir daí que se passa a sustentar a tese de que os contratos devem atingir uma função social.

Não há na lei qualquer conceito de função socioeconômica do contrato. Assim, a busca de uma definição vem sendo empreendida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, mas hoje se tem a noção de que o contrato respeita aquele princípio quando (i) obedece aos interesses da sociedade e (ii) resguarda a dignidade do contratante.

Nos contratos agrários a função socioeconômica do contrato é facilmente extraída. Exigência de prazos de duração mínima e proibição de remuneração acima de certo limite são cláusulas obrigatórias presentes no DL 59.566/66, que disciplina arrendamento e parceria agropecuários. Ali se observam comandos normativos cujo propósito, a partir da limitação da vontade, é o de assegurar tanto o atingimento de bons níveis de produtividade e respeito ao ambiente, como condições dignas para o agricultor e sua família.

Um exemplo interessante, e bastante conhecido na academia, é o do anão francês, cujo trabalho consistia em deixar-se arremessar de mesa em mesa nas casas de show de seu país. A Corte de Cassação de Paris, em exame a ação movida pelo parquê local, ponderou a incidência dos dois princípios: de um lado a liberdade contratual, que permite às partes contratar o que lhes aprouver; doutro, o da função socioeconômica, mercê do qual a liberdade não pode atingir a dignidade (BARBOSA, 2013, s.p.). Prevaleceu, afinal, a função socioeconômica, que, na espécie, assegurava a melhor e mais justa solução ao caso.

Outro exemplo emblemático, e atual, da função socioeconômica dos contratos repousa nos contratos de plano de saúde, quando se trata de exigir mensalidade maior das pessoas idosas. Malgrado se saiba que os idosos demandem maiores gastos com tratamento de saúde, isso não abre ao segurador o direito de criar unilateralmente parâmetros de reajuste. Aqui o Estado, no exercício da função jurisdicional e valendo-se também do dirigismo, intervém para impor limites aos contratantes. Veja-se acórdão do STJ:

A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança da faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos (...). Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado). Para evitar abusividades nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajustes desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais (STJ, 2ª. Seção, REsp. 1.568.244 /RJ, Rel. Min. Villas Boas Cueva, j. 28.ago.2017, grifamos).

Colhe-se do acórdão que o sistema interveio na ordem contratual, estabelecendo critérios para balizar o reajuste das prestações de beneficiários idosos. E não se trata apenas de dar uma função socioeconômica delimitando a vontade no contrato, mas também a de impor aos beneficiários mais jovens o dever de subsidiar, ainda que parcialmente, os gastos dos mais velhos. Sem dúvida uma ideia que acode à dignidade do idoso.

O que ocorre é que o Estado, percebendo a desigualdade entre os sujeitos do contrato, veio impondo limites ao espaço negocial, de forma a que a liberdade de contratar encontra-se hoje balizada. Parte disso decorre do dirigismo contratual, uma técnica que permite ao poder público intervir nos negócios jurídicos e delimitar a vontade.

Na lição da doutrina (OLIVEIRA, 2014, p. 84), a proteção ao sujeito, com a consequente valoração dos direitos da personalidade, que emanam da dignidade da pessoa, incide de forma direta nas relações contratuais que ocorrem entre os particulares. E complementa dizendo que, malgrado possam as partes elaborar cláusulas e condições contratuais, o Estado está autorizado a promover a defesa dos mais vulneráveis, o que implica negar validade a determinadas disposições negociais (idem, p. 86).

Por isso se tem decidido, por exemplo:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE ATENDIMENTO MÉDICO, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A PACIENTE PRECISA CUMPRIR NOVO PRAZO DE CARÊNCIA. DECISÃO DO JUÍZO SINGULAR QUE DEFERIU O PEDIDO DE URGÊNCIA E DETERMINOU QUE A RÉ GARANTA A AUTORA O IMEDIATO USO INTEGRAL DO PLANO CONTRATADO. INCONFORMISMO DA DEMANDADA. CONTRATO DE ADESÃO. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE, IMPONDO-SE O AFASTAMENTO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, COM FUNDAMENTO NO DIRIGISMO CONTRATUAL (TJRJ, 12ª. Câ. Civ. AI 000466-62.2018.8.19.0000, Rel. Des. Lessa Giordani, j. 03.abr.2018, grifamos).

Segundo se depreende, declarou-se ineficaz cláusula de carência em contrato de plano de saúde. A cláusula fora livremente negociada, segundo a autonomia da vontade, mas a atividade interventiva do Estado, que ingressa no domínio privado, impôs limites à vontade, com isso garantindo o equilíbrio das prestações e soluções justas.

3.3 BOA-FÉ OBJETIVA

Aqui se tem um princípio de terceira geração, fundado na ideia da cooperação entre os contratantes. É uma decorrência direta da eticidade e encontra previsão em fonte positivada, o art. 422 do Código Civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Na Lei 8.078/90 encontram-se várias passagens em que o princípio está presente. Assim os arts. 4º., III e 51, IV, dentre outros.

Cumpre destacar que tais dispositivos não tratam da boa-fé subjetiva, conhecida no Direito brasileiro desde o Código Comercial de 1850, mas de um padrão de conduta que o contratante deve guardar antes, durante e após a execução do contrato. A boa-fé objetiva não analisa a intenção ou propósito do agente, não indaga da presença de dolo ou malícia, mas apenas da forma como se comportou a parte ao longo do processo contratual. Isso é levado em conta na vertente subjetiva, como no art. 1.214 do Código Civil, mas não na modalidade ora estudada.

Daí ser lícito conceituar a boa-fé objetiva, na esteira de Judith Martins-Costa (2000, p. 33), como um paradigma de conduta.

Exemplo sempre mencionado pela doutrina é o da plantação de tomates no Estado do Rio Grande do Sul. O caso envolveu uma empresa fabricante de massas de tomate no Brasil, que, entre os agricultores daquele Estado, distribuiu sementes e, ainda na fase pré-contratual, criou a expectativa de adquirir os tomates, o que depois não foi realizado. Note-se: não foi escrito nenhum contrato de compra e venda do produto, mas a empresa procedeu de modo a frustrar uma expectativa que ela própria criara. O Judiciário a responsabilizou por perdas e danos.

De fato, capta-se da respectiva decisão:

CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTÍCIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO (TJRS, 5ª. Câm. Cív., Ap. 591028295, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 06.jun.1991, grifamos).

Outro exemplo ocorreu também no Rio Grande do Sul. Um idoso, contando mais de 80 anos de idade, acometido de câncer, teve a próstata extirpada pelo médico, o que lhe trouxe como efeito colateral impotência para a prática sexual. Explicou-lhe o médico que o caso comportava duas soluções: ou se extraía a próstata, com elevadas chances de cura e risco de impotência ou se a mantinha, com nenhum risco de impotência mas menores chances de cura. Diante da idade do paciente, presumiu o médico que a primeira hipótese melhor lhe agradaria. O Judiciário responsabilizou por perdas e danos o médico (EICK; FACHINI NETO, 2015, p. 78)

Interessante neste exemplo é que, no aspecto subjetivo, o profissional agiu guiado por boas intenções, buscando a cura do paciente. Sobre isso não se discute, mas discute-se se o comportamento foi ou não o esperado. Faltou-lhe o consentimento informado, porque antes de tomar a opção, que julgava a correta, devia ter indagado do paciente. Houve falha nos deveres de informação e transparência, com evidente lesão à dignidade do sujeito.

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva tem apresentado várias irradiações ou reflexos e, dentre eles, podem ser mencionados as seguintes: a) a proibição de comportamento contraditório; b) o dever de atenuar a própria perda e c) a exceção de contrato não cumprido.

Importante frisar que tais deveres não podem ser vistos como obrigações no sentido técnico. Por isso que, não tendo a natureza de uma contraprestação, são chamados de deveres anexos ou colaterais, *rectius*, deveres paralelos ou parcelares às obrigações principais.

A proibição de comportamento contraditório, ou *venire contra factum proprium*, impõe ao contratante o dever de coerência e previsibilidade na execução do contrato, de forma a não surpreender a contraparte com condutas imprevisíveis. Exemplo se recolhe do contrato de locação. Supondo que o ajuste tenha fixado o domicílio do credor (dívida portátil) como lugar do pagamento, dando-se de o credor, por anos a fio, ir ele mesmo apanhar o pagamento, não poderá depois alegar mora caso o locatário deixe, num determinado mês, de levar o aluguel. Aqui, o costume alterou a regra sobre o pagamento, criando no locatário a expectativa de que a dívida, por ato do credor, tornara-se quesível.

O *venire* gera dois efeitos: a *surrectio*, ou seja, a aquisição do direito, que, no exemplo, é do locatário, no caso o direito de pagar no próprio domicílio e a *supsessio*, que é a supressão do direito do locador de receber em seu domicílio.

Aqui um exemplo do *venire*:

Conquanto não se possa ignorar a força obrigatória das disposições na fase de execução contratual, há de ser ela mitigada pelos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social do contrato. No particular, a ausência de qualquer oposição à notificação extrajudicial promovida pelo locatário, aliada à permanência da pessoa jurídica no imóvel, inclusive pagando os aluguéis, e à purgação da mora por terceiro estranho ao contrato, tudo isso com o pleno conhecimento do locador, criaram no recorrente a expectativa concreta de ter se consolidado a cessão da locação em favor daquela, legitimando-se, assim, a situação de fato vigente (STJ, 3ª. Turma, REsp. 14434135/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30.abr.2018).

Como se vê, o Judiciário atenuou a regra contratual para, prestigiando a boa-fé, declarar a aquisição do direito pelo terceiro que não participou do contrato, mas que, diante da inércia do locador, adquirira uma expectativa de permanecer na posse.

Não há previsão do *venire contra factum proprium* em fonte legal, sendo tal cláusula aplicada no Judiciário, em interpretação das fontes doutrinárias.

De sua parte, o dever de atenuar a própria perda, ou *duty to mitigate the loss*, é um dever imposto ao credor, que, diante da mora do devedor, obriga-se a abster-se de atos capazes de agravar a condição de ambas as partes. Diante disso, num contrato de financiamento para casa própria, ingressando em mora o mutuário, não poderá o mutuante prostrar o ajuizamento da execução, sob pena de inviabilizar a purgação da mora. Disso se extrai a relação desse dever com a ideia da conservação do contrato. Não há na legislação brasileira, contudo, fonte

positivada a respeito. Assim como o *venire*, o *duty* tem sido aplicado por obra dos juízes, também orientados pela doutrina.

Já se decidiu a propósito:

Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade (STJ, 3ª. Turma. REsp. 758518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.jun.2010, grifamos).

Facilmente se recolhe do acórdão que o contrato não pode ser visto como uma forma de subordinação do devedor ao credor. Como foi acenado, os negócios jurídicos constituem um instrumento de cooperação e coordenação, a fazer com que as partes ajam de forma a atingir o melhor resultado socioeconômico possível.

Finalmente, a exceção do contrato não cumprido está nos arts. 476 e 447 do Código Civil. Ela impede, em nome do equilíbrio do contrato, que a parte, que não cumpriu sua parte no negócio, possa exigir o cumprimento da do outro. É o que se chama *tu quoque*, em alusão ao episódio de Júlio César, quando apunhalado por Brutus: *tu quoque, Bruti, fili mi* (“até você, Brutus, filho meu”?)

3.4 FORÇA OBRIGATÓRIA

Princípio de primeira geração, exercido em face do contratante, a força obrigatória do contrato é a garantia de que a palavra empenhada deve ser executada. O não cumprimento do ajuste legitima o Estado a empregar a força para, agredindo o patrimônio do devedor, satisfazer o credor não pago. Por isso se diz que os contratos devem ser cumpridos.

Tal princípio, ao contrário do que amiúde vê na manualística, não é uma tradução do *pacta sunt servanda*. O *pacta sunt servanda* tem origem romana e é fruto de um entendimento pretoriano graças ao qual os *pacta*, que eram os contratos atípicos, também tinham força obrigatória (AZEVEDO, 1998, p. 102). Nunca os romanos afirmaram que os contratos, quaisquer que fossem eles e sob quaisquer circunstâncias, deviam sempre ser cumpridos. Já sabiam eles que, em certos condições, não era justo exigir do devedor o cumprimento.

O *pacta sunt servanda* foi deturpado na Idade Moderna. Depois da Revolução e do Código de 1804 divulgaram-se as máximas de que “o combinado não sai caro”, “o contrato faz lei entre as partes” etc. São invenções de uma burguesia emergente, que, em condição de

superioridade técnica, sempre exigiam dos vulneráveis a execução do ajuste, ainda que iníquas as cláusulas.

Ainda assim, o *pacta sunt servanda* tem sido empregado pela doutrina e pelo Judiciário como sinônimo de força obrigatória.

Na Idade Contemporânea segue válido o entendimento de que o contrato deve ser cumprido, a menos que apresente cláusulas capazes de causar injusto enriquecimento de uma das partes em prejuízo da outra. O princípio da revisão, que adiante será visto, mitiga a regra de que o contrato sempre deva ser cumprido.

3.5 REVISÃO

A ideia de que o contrato nem sempre obriga vem ganhando espaço nos ordenamentos ocidentais, sendo encontrada mesmo no antigo Código Civil Brasileiro. No vigente Código o princípio vem expresso nos arts. 317 e 478, ao lado do art. 6º, V. Extrai-se do primeiro desses dispositivos: “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Como claramente se vê, o dispositivo permite ao juiz rever o negócio quando circunstâncias supervenientes e imprevisíveis provocarem o desequilíbrio do contrato. O que se quer assegurar é o equilíbrio entre as prestações, de forma que, quando da execução, elas tenham o mesmo peso da época em que foram contratadas.

É de jurisprudência:

O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 consagrou de forma pioneira o princípio da função social dos contratos, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato em duas hipóteses: por abuso contemporâneo à contratação ou por onerosidade excessiva derivada de fato superveniente, Teoria da Imprevisão (TJRS, 13a. Câ. Cív., Ap. 70031090418, Rel. Des. Ângela Brito, j. 06.ago.2009, grifamos).

Exemplo histórico e esclarecedor ilustra a questão: na década de 1950, determinada e incorporadora de imóveis do Estado do Paraná celebrou contrato para a construção e venda de apartamentos num condomínio edilício. Para tanto, calculou o preço dos insumos e demais acessórios, elaborando planilha sobre cujo valor celebrou com os compradores contrato de longa duração. Algum tempo depois verificou-se substancial aumento no preço do cimento, de forma que a incorporadora, senão com prejuízo brutal, já não conseguiria entregar os apartamentos pelo preço combinado (BORGES, 1988, p. 41)

A questão chegou ao STF, que, na época, entendeu que “o combinado não sai caro”. Fosse hoje, o problema seria resolvido mediante revisão e sentença reequilibrando o valor das prestações.

Importante notar que existem diferenças de pressupostos entre o Código Civil e o Código do Consumidor, porque este não exige a imprevisão do fato, contentando-se com a desproporção. Já aquele, mais conservador, exige tanto a desproporção como a imprevisão.

3.6 RELATIVIDADE

A relatividade é um princípio afeito à eficácia do contrato, vale dizer, sua aptidão para produzir efeitos. Que o contrato obriga já se sabe, mas a quem obriga? Já entre os romanos se apontava que os negócios jurídicos não produziam efeitos para além das partes contratantes, sendo este o significado da relatividade. Logo, é da tradição jurídica ocidental que o contrato obriga a quem contrata.

Sem embargo, existem várias situações em que o contrato pode projetar seus efeitos para quem dele não tomou parte. No Código Civil, assim no atual como no antigo, conhecem-se as figuras do “contrato com pessoa a declarar” e da “promessa de fato de terceiro”, modalidades legais em que terceiro, não participante do contrato, é alcançado por seus efeitos.

Tanto uma quanto outra daquelas figuras derivam da vontade, mas existem hipóteses de projeção exógena que decorrem da lei. Exemplo sempre mencionado a respeito é o art. 12 do Código do Consumidor, que responsabiliza todas as empresas que participaram da cadeia de fornecimento do produto (fabricante, produtor, construtor e importador) nos casos de defeito da coisa.

Se o consumidor bebe um vinho contaminado na fábrica, por exemplo, responderão pelo dano não apenas o fornecedor de quem ele foi comprado e com o qual contratou, mas também o fabricante e o importador. Dito em outros termos, o contrato se dá com o fornecedor, mas ele vincula terceiros que não tomaram parte do negócio.

Veja-se a jurisprudência:

Direito do consumidor. Ação indenizatória c/c obrigação de fazer. Contrato de compra e venda e financiamento de veículo (CDC). Contratos coligados. Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado (art. 4º, I, do CDC). Réus que atuam, ademais, em verdadeira parceria comercial. O financiamento não foi pré-contratado pelo autor numa agência bancária de sua confiança, mas disponibilizado nas dependências da agência de veículos, na presença de representante da agência vendedora que, ao oferecer produto do financiador, atua como preposto seu, atraindo a responsabilidade para a entidade financiadora. Configuração da atividade comercial em cadeia de consumo, que caracteriza a responsabilidade solidária (art. 7º, parágrafo

único, do CDC). Analogia com o art. 18 do mesmo Código. Aplicação extensiva do art. 34 do Estatuto Protetivo. Vícios no veículo, não sanados no prazo legal de 30 dias. Desfazimento de ambos os negócios jurídicos - compra e venda, e financiamento (TJRJ, 27ª. Câm. Cív., Ap. 5700-66.2007.8.19.0014, Rel. Des. Marcos Torres, j. 06.jun.2018, grifamos).

A possibilidade de os efeitos do negócio estenderem-se para além dos contratantes é chamada “transubjetividade do contrato” (FACHIN, 2015, p. 74). Nas palavras do jurista paranaense, “o contrato nem sempre obriga a quem contrata, mas às vezes obriga a quem não contrata” (idem, p. 74).

A transubjetividade é, como se percebe, uma forma de “relativização da relatividade”, atendendo à dinâmica do comércio jurídico e promovendo melhor justiça nos contratos. Sua função é a de permitir maior efetividade na responsabilização civil, ampliando o rol de responsáveis e impedindo que a vítima saia sem indenização.

CONCLUSÃO

A tábua axiológica da Constituição de 1988 estabelece a dignidade como vértice dos princípios do sistema brasileiro (art. 1º., III). No âmbito dos negócios jurídicos e das titularidades econômicas, o art. 170 do Texto consagra a liberdade de iniciativa, o que permite que os cidadãos possam livremente celebrar contratos, desde que, conforme o mesmo dispositivo, observem os valores presentes em seus incisos, como a da função social e o respeito ao consumidor.

São estas os dois dispositivos que dão suporte constitucional aos contratos.

Os princípios clássicos do contrato, ou seja, o da autonomia privada, o da força obrigatória e o da relatividade, tão caros em 1789, cederam o passo a novos princípios, que podem ser chamados “princípios contemporâneos”, como o da função socioeconômica, o da boa-fé objetiva e o da revisão, surgidos como forma de atenuar a liberdade negocial e a força vinculante do negócio.

Um dos mecanismos de atenuação da liberdade e da força obrigatória é a intervenção do Estado na ordem contratual, meio pelo qual ele delimita o conteúdo do negócio jurídico, impedindo a eficácia de determinadas cláusulas e obrigando a presença de certos requisitos, sempre em prol dos contratantes e a bem da ordem pública.

Diante disso, lícito é concluir que os princípios do contrato, aplicados pela técnica da intervenção do Estado na ordem privada, convergem para a concretização dos valores presentes na Constituição, no caso a dignidade pessoal e as normas que regem a ordem econômica e

financeira, como a liberdade de iniciativa, a função socioeconômica dos negócios e a proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madri, CEPC, 2002;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Atlas, 1998;

BARBOSA, Joaquim. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. In <http://cassiuschess.blogspot.com/2013/03/arremesso-de-ano-dignidade-humana-x.html>. Sítio consultado em 13.jun.2018;

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maris Celeste Cordeiro Leite Santos. Brasília: UnB, 1999;

BORGES, Néelson. *Da cláusula rebus sic stantibus à teoria da imprevisão*. V. 1. Coimbra: Minerva, 1988;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Seção, REsp. 1.568.244 /RJ, Rel. Min. Villas Boas Cueva, j. 28.ago.2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma, REsp. 14434135/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 30.abr.2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma. REsp. 758518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.jun.2010

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 12ª. Câm. Cív. AI 000466-62.2018.8.19.0000, Rel. Des. Lessa Giordani, j. 03.abr.2018;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª. Câm. Cív., Ap. 591028295, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 06.jun.1991;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 13a. Câm. Cív., Ap. 70031090418, Rel. Des. Ângela Brito, j. 06.ago.2009,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: 2000;

EICK, Luciana G.; FACHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade Civil do Médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, 2015, p. 78;

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil. Sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015;

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000;

OLIVEIRA, Márcio R. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, V. 5, No. 2, pp. 81-92, jul./dez.2014;

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código civil. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro: *Série Cadernos do CEJ*. vol. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *Il Terribile Diritto*. 2. Ed. Bolonha: Mulino, 1990;

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. V. 1. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1985;