

**A HARMONIZAÇÃO ENTRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS DE
SOLIDARIEDADE E O ESPAÇO DA LIBERDADE DOS PARTICULARES NO
EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA***

**THE BALANCE BETWEEN THE FUNDAMENTAL DUTIES OF SOLIDARITY AND
THE FREEDOM SPACE OF PARTIES IN THE PRIVATE AUTONOMY**

Bruna Lyra Duque¹

Adriano Sant’Ana Pedra²

“O homem, por suas qualidades essenciais, e não propriamente pelo dado econômico, torna-se o centro da ordem jurídica.” (Josaphat Marinho)

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A concepção dos deveres fundamentais; 3 O dever fundamental de solidariedade nas relações privadas; 4 A questão da harmonização entre os deveres fundamentais e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada; 5 Considerações finais; 6 Referências.

RESUMO: Este artigo tem por escopo a compreensão dos deveres de solidariedade nas relações privadas. O estudo pretende investigar a temática dos deveres fundamentais diante da autonomia privada e avaliará, para isso, a tese da simetria ou correspondência entre direitos e deveres fundamentais. Nesta perspectiva, considerando que o sujeito de direito é um ser livre, não só titular de direitos, mas também sujeito de deveres, o estudo avaliará algumas questões ligadas ao individualismo *versus* solidarismo, nas relações privadas, sob o enfoque da vinculação dos particulares aos deveres fundamentais. As teorias econômica e do diálogo das fontes serão consideradas para entender as restrições e a solidariedade no campo contratual.

ABSTRACT

The goal of this article is to understand the solidarity duties in the private relations. The study aims to investigate the fundamental duties in face of the private autonomy by which evaluates the thesis of symmetry or correspondence between fundamental rights and fundamental duties. In this perspective, considering that the human is a free agent, and he have not only rights but also duties, the study evaluates some issues linked to the duality of individualism *versus* solidarism in private relations, focusing on linking the individuals to their fundamental duties. The economic theory and the theory of dialogue of sources will be considered to understand the constraints and solidarity in the field of contract.

* Estudo desenvolvido no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

¹ Doutoranda e Mestre do Programa em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da Graduação e Especialização da FDV. Coordenadora da Especialização em Direito Civil da FDV. Advogada.

² Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP), Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), Mestre em Física (UFES), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais – Mestrado e Doutorado – da FDV, Procurador Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Deveres fundamentais; autonomia privada; solidariedade.

KEYWORDS: Fundamental duties; private autonomy; solidarity.

1 INTRODUÇÃO

Um Estado não é concebido apenas de direitos. A Constituição da República Federativa do Brasil não apresenta apenas normas que conferem direitos³, mas apresenta diversos deveres dos sujeitos como membros do Estado. Tem-se, assim, que os deveres fundamentais são “correspectivos⁴” aos direitos fundamentais (ou direitos da liberdade), pois se limitam por estes e se prestam ao mesmo tempo como garantia para o exercício da liberdade.

Percebe-se, no entanto, certo desinteresse dos operadores do direito pelo estudo do tema, uma vez que estes concentram suas pesquisas apenas na noção de direitos fundamentais. Doutrina e jurisprudência preferiram, durante bastante tempo, ocupar-se apenas com os direitos fundamentais, o que resultou na ênfase dos problemas suscitados pelos direitos e no esquecimento de questões relativas aos deveres fundamentais (CANOTILHO, 2005, p. 80). Dimoulis e Martins (2011, p. 325-326) explicam o entendimento de Carl Schmitt, que, ao analisar a Constituição de Weimar, expôs o desinteresse sobre os deveres fundamentais em quatro pontos, a saber:

a) o Estado capitalista-liberal não pode estabelecer deveres fundamentais que teriam a mesma estrutura dos direitos fundamentais, já que sua finalidade é garantir espaços de livre atuação dos indivíduos, limitando o Estado; b) A Constituição de Weimar limitou-se a estabelecer deveres aos órgãos estatais, o único dever explícito dos cidadãos era o serviço militar; c) As referências abstratas a deveres só podem ser implementadas mediante lei que os concretizar; d) O dever de cumprir as leis é uma determinação vazia de conteúdo, pois o conteúdo das obrigações não depende da Constituição, mas das variações da legislação ordinária.

³ Sobre a necessidade da sociedade organizar-se com direitos e deveres, Carlos Alberto Gabriel Maino adverte: “pensadores han advertido que no es posible organizar humanamente a la sociedad alrededor del concepto de derechos exclusivamente”. O mesmo autor, citando Danilo Castellano, esclarece que “ha puesto el acento en que los derechos humanos son en realidad el ejercicio de los deberes del hombre, o derechos derivados de los deberes de otros, o aún derivados de la utilización de bienes que son fruto de actividades personales como, por ejemplo, el trabajo o la propiedad”. Cf. MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 36.

⁴ Tal expressão é utilizada por Ricardo Lobo Torres (2001, p. 243-342).

O autor Carlos Alberto Gabriel Maino (2011, p. 30) também ressalta o desinteresse dos operadores do direito da seguinte forma:

En general, esta ausencia es explicada sosteniendo que los deberes son en realidad la formulación inversa de los derechos, y que a cada uno de estos corresponde uno de aquellos, como si viéramos la película negativa de una fotografía. También se explica la ausencia con razones históricas, vinculadas a la reivindicación de sus derechos por parte de las clases inferiores (burguesa primero, proletaria después). Y también a cuestiones de técnica legislativa, porque en la comunidad política existe la obligación genérica de obedecer la ley y a las autoridades constituidas, y en esta se subsumen los demás deberes.

Apesar desse quadro cético sobre a questão, tomando-se como certo que o tema é desafiante, avaliando questões *v.g.* sociais, ambientais, familiares e tributárias, verifica-se o fortalecimento da ideia de deveres fundamentais também nas questões ligadas à autonomia privada.

A partir da ideia de que um sujeito de direito é um ser livre e responsável, um titular não só de direitos, mas também de deveres, o presente estudo buscará avaliar questões ligadas ao individualismo *versus* solidarismo, nas relações privadas, sob o enfoque da vinculação dos particulares aos deveres fundamentais.

Sabe-se que compete a cada indivíduo determinar os rumos da sua existência, de acordo com as suas preferências subjetivas e materiais, respeitando-se a sua liberdade de escolhas. Esta é, na visão de Daniel Sarmiento (2006, p. 175), a ideia central do Humanismo. Entende-se que é também uma visão contemporânea do Direito, constituindo-se a noção mais ampla da liberdade.

Dessa maneira, a temática dos deveres fundamentais diante da autonomia privada será considerada, inicialmente, a partir da tese da simetria ou correspondência entre direitos e deveres fundamentais a fim de compreender como o reconhecimento de uma relação sinalagmática entre particulares enfraquece a autonomia privada e gera diversos conflitos de interesses quando se aplica sem critérios e de forma absoluta o dirigismo contratual.

Na sequência, compreender-se-á os deveres fundamentais no tocante à sua natureza de direitos conexos, deveres autônomos e outras classificações atualmente apresentadas pelos constitucionalistas. Em seguida, será analisada a questão do dever de solidariedade – dever fundamental inerente ao princípio da solidariedade –, nas relações privadas, para, só assim,

adentrar-se na problematização que se pretende enfrentar e apurar a questão da harmonização entre os deveres fundamentais e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada.

2 A CONCEPÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

O conceito de dever tem sido decisivo com a identificação do direito com a lei para a formação do direito moderno (PECES-BARBA, 1987, p. 329-341). José Casalta Nabais (1998, p. 64) também reforça a importância da coexistência entre direitos e deveres na sociedade.

Os deveres fundamentais são qualificados por Ingo Sarlet (2010, p. 227) como aqueles vinculados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois concentram os valores da comunidade em relação ao poder público, já que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado exprime a relação entre poder público e cidadãos.

Na noção dos deveres fundamentais, com base em José Casalta Nabais (2005), pode-se falar da sua razão lógica e do seu fundamento jurídico. No que diz respeito à razão lógica, os deveres fundamentais formatam-se a partir da expressão da soberania e da solidariedade (Estado assente na primazia da pessoa humana). Já no fundamento jurídico, tem-se que os direitos fundamentais implicam na existência de deveres jurídicos de respeito aos valores constitucionais, inclusive na esfera das relações privadas.

Dimoulis e Martins (2011, p. 75) defendem que os deveres fundamentais são deveres de ação ou omissão, insculpidos na Constituição, cujos sujeitos ativos e passivos são proclamados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação. Além disso, para os autores, a titularidade e os sujeitos passivos, frequentemente, são difusos e o conteúdo do dever só pode resultar de concretização infraconstitucional.

Carlos Alberto Gabriel Maino (2011, p. 42) esclarece que

Debemos buscar una conceptualización y fundamentación de los derechos fundamentales que los ubiquen en el justo lugar que deben ocupar en cualquier sistema jurídico que aspire a ser justo, respetando la inabarcable dignidad que el hombre tiene como criatura única y singular sobre la tierra. Para ello es necesario recuperar el horizonte de los deberes tanto desde el punto de vista social y político,

como también desde el punto de vista jurídico. Ello nos permitirá alcanzar una vivencia del derecho afirmativa, que reconozca al otro en su alteridad, como “alter ego”, como otro que es igual a mí, que tiene mi misma condición y a quien por lo tanto estoy obligado, le debo, en un contexto de libertad y de respeto.

Assim, reconhecer o outro, nas relações privadas, passa a ser o desafio na compreensão dos deveres fundamentais e a sua aplicabilidade. Dessa maneira, os deveres fundamentais podem ser concebidos como deveres jurídicos da pessoa, tanto física quanto jurídica, que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, apresentam um significado para determinado grupo ou sociedade e, assim, podem ser exigidos numa perspectiva pública, privada, política, econômica e social. Os deveres fundamentais traduzem-se, pois, tanto na noção de abstenção, quando ao sujeito do dever é vedado fazer algo, como na imposição de um comportamento positivo.

3 O DEVER FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O dever de solidariedade está previsto na Constituição no artigo 3º como um objetivo da República Federativa, apresentando-se como uma finalidade de edificação de uma sociedade livre e justa. Neste contexto, tem-se que em todas relações privadas tal princípio deverá ser considerado. A função essencial de tais deveres está relacionada aos anseios comunitários, nos quais situam-se as pessoas humanas.

Tais objetivos destacados no Texto Constitucional, no Título I, como “Dos Princípios Fundamentais”, enaltece a qualidade do que é essencial, fazendo, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2008), “com que desfrutem de preeminência, seja na realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários do ditado constitucional, seja na tarefa de interpretá-los e, à sua luz, interpretar todo o ordenamento jurídico nacional”.

Compreender o papel do dever de solidariedade, portanto, passa pela ideia de que o estudo do direito não pode ser afastado da análise da sociedade, de forma a permitir a individualização do papel e do fenômeno social. O direito tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens. “A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como ‘coexistência’ ” (PERLINGIERI, 2002, p. 1).

No mesmo plano, João Maurício Adeodato (2008, p. 55-82) adverte que o que é humano sofre mudanças ao “longo da história e isso só pode ser compreendido sob perspectiva relativa: relativa às preferências dos participantes, aos consensos linguísticos, às capacidades de causar dano ao outro, de distribuir vantagens, em suma, ao ambiente da comunicação”.

Sobre os deveres fundamentais nas relações privadas, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 328) apresentam as seguintes situações: “o particular A pode impedir totalmente o exercício da liberdade de expressão de B sem violá-la, tendo em vista uma cláusula contratual ou exercício de outro direito fundamental”. Uma associação, então, teria o dever fundamental de não excluir um membro ideologicamente inoportuno? Um problema de fundo, portanto, se apresenta nesta perspectiva: as limitações à autonomia privada, assim, podem ocorrer sob o pretexto por si só de tutelar o titular do direito?

Diante dos questionamentos dos autores, percebe-se uma estreita relação entre deveres e restrições aos direitos. É tênue, portanto, a relação entre os deveres fundamentais, os limites e as restrições aos direitos fundamentais, pois tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, em prol dos interesses da sociedade, não significando ainda a prevalência do interesse público sobre o privado (SARLET, 2010, p. 230).

A tese aqui desenvolvida passa pela ideia de restrição, mas não uma restrição isolada, pelo contrário, trata-se de uma restrição voltada para a perspectiva do solidarismo nas relações privadas, e, para isso, optou-se pela aplicação da teoria do diálogo das fontes sustentada por Erik Jayme (2003, p. 114), na qual não se pretende retirar do sistema qualquer uma de suas fontes, mas agregá-las por meio do diálogo. Partindo da ideia de que dada realidade jurídica mostra-se sobre “recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo-jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético, incide – às vezes profundamente – sobre a ordem normativa e vice-versa” (PERLINGIERI, 2002, p. 02).

No que tange ao caráter econômico da temática, percebe-se que a economia indica limites/critérios de avanço ou freio na estipulação de deveres fundamentais voltados ao particular. A economia, igualmente, exerce forte influência nas questões contratuais. No cenário econômico, encontra-se efeitos imediatos e mediatos nos negócios jurídicos até mesmo nas relações entre particulares nos planos individual homogêneo, coletivo e difuso.

Assim sendo, possível é a incorporação de conceitos econômicos nas áreas de saúde, moradia e educação, quando se cogita a observância dos deveres fundamentais. Isso ocorre porque, como observa Irene Kull (2002, p. 142-148),

all institutions of modern society, such as the market, associations of persons, state authorities, the health care system, social security, the family, culture, religion, etc. pose certain demands and expectations on private relations, which depend on a vast range of different social factors. This also causes the instability of the principle of good faith and a constant development of its content. The practice of application of the principle of good faith in the settlement of civil disputes is also affected by interpretations of fundamental rights and freedoms and the possibilities for their protection in other areas of law.

No âmbito econômico globalizado, em vista disso, há o enfraquecimento dos Estados e o fortalecimento dos mercados, propiciando a fusão de grandes empresas que concentram o poder econômico. Nessa relação entre o direito e a economia⁵, a teoria da agência admite a dificuldade na estipulação dos deveres entre sujeitos, a partir da premissa que os contratos são criados para serem incompletos, e apresenta questões problemáticas como a assimetria de informação, a transação e o oportunismo presente nos conceitos econômicos.

Os contratos definidos entre os agentes econômicos são efetivamente incompletos, segundo Rachel Sztajn (2005, p. 74), uma vez que não existe a capacidade para antecipar todas as contingências futuras, mesmo levando-se em conta que nenhum dos contratantes tornar-se-á inadimplente durante ou após a contratação.

E qual a relação dessa temática com os deveres fundamentais? É o que se pretende responder com a ideia de harmonização proposta neste estudo.

4. A QUESTÃO DA HARMONIZAÇÃO ENTRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS E O ESPAÇO DA LIBERDADE DOS PARTICULARES NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

No campo das relações entre particulares, este estudo busca entender a autonomia privada⁶. Ressalta-se que alguns autores utilizam a expressão autonomia privada como sinônima da

⁵ Sobre a relação estabelecida entre direito e economia, movimento criado nos Estados Unidos e denominado de “Law and Economics” na Escola de Chicago, Rachel Sztajn ensina (2005, p. 75) que é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia pode oferecer ao propor solução para questões atuais.

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 95-113) avalia que autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade, isto é, trata-se da liberdade individual por meio de autorizações subjetivas provenientes do poder de vontade do próprio indivíduo.

autonomia da vontade⁷. Em virtude disso, considera-se a autonomia privada a livre atuação dos particulares, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, para a realização de seus interesses, com funções econômicas e sociais diversas.

A autonomia pode ser compreendida como um aspecto ativo e positivo da personalidade, no âmbito de atuação das pessoas que podem atuar como ser autônomo e responsável. Assim, na tentativa de relacionar a autonomia com os deveres, como reforçam os autores Dimoulis e Martins (2011, p. 339), no que diz respeito aos deveres fundamentais, pode-se identificar no constitucionalismo uma ideia simples, a saber: quem possui direitos deve também possuir deveres. Tal ideia se baseia na reciprocidade, como é o caso do indivíduo que tem a sua intimidade preservada, nas redes sociais⁸, mas igualmente respeita a intimidade de outrem no mesmo universo virtual.

Isso se justifica em razão da solidariedade, já que se pode “colocar à disposição dos vulneráveis recursos que permitam o exercício dos direitos fundamentais de maneira satisfatória, reforçando a coesão social” (DIMOULIS e MARTINS, 2011. p. 339). Ainda quanto à questão da solidariedade, tal instrumento pode se retratar sob o aspecto do vínculo jurídico em um grupo, que, no dizer de Cláudia Lima Marques (2003, p. 185), “é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um dos participantes”.

⁷ Pode-se falar ainda que a autonomia da vontade tem um sentido subjetivo, enquanto a autonomia privada apresenta-se de modo objetivo e marca o poder da vontade num sentido mais concreto, de ação.

⁸ “RESPONSABILIDADE. PROVEDOR. CONTEÚDO. MENSAGENS OFENSIVAS. INTERNET. Trata-se, na origem, de ação indenizatória por danos morais em que o recorrido alega ser alvo de ofensas em página na Internet por meio de rede social mantida por provedor. Assim, a Turma deu provimento ao recurso, afastando a responsabilidade do provedor pelos danos morais suportados pelo recorrido, ao entender que os provedores de conteúdo, como o recorrente – que disponibilizam, na rede, informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores, sendo esses que produzem as informações divulgadas na Internet –, não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações prestadas no site por seus usuários, devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responder pelos danos respectivos, devendo manter, ainda, um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será analisada caso a caso. Na espécie, o provedor, uma vez ciente da existência de material de conteúdo ofensivo, adotou todas as providências tendentes à imediata remoção do site. Ademais, a rede social disponibilizada pelo provedor mantém um canal para que as pessoas cuja identidade tiver sido violada solicitem a exclusão da conta falsa, bem como para que seja feita denúncia de abuso na utilização de perfis individuais ou comunidades. A recorrente mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de conteúdo”. (STJ. REsp 1.186.616-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/8/2011).

Neste ponto, para Caroline Vieira Ruschel⁹, os deveres fundamentais são “instrumentos que auxiliam a vida em comunidade, facilitando a sua organização e, por si só, devem ser respeitados e cumpridos”. O autor Vieira de Andrade (2004, p. 167) estabelece um critério sobre o tema, partindo da noção que há deveres fundamentais, ainda que não escritos, que surgem da obediência de todos sujeitos, pelo fato de formarem um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem suas relações com os outros e com a sociedade.

Mas há critério para o exercício e a implementação desses instrumentos que buscam a solidariedade? Dito de outra forma, como se dá a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada?

Como se sabe, nos conflitos de interesses, torna-se papel do legislador¹⁰ editar normas que imponham aos agentes privados certos deveres sociais e econômicos. Nesse sentido, justifica-se a gratuidade de transportes para idosos, a imposição de regras de reajustes em planos de saúde para determinados grupos e a imposição de regras para instituição financeira destinar parcela dos recursos obtidos em programas de financiamento de habitação popular (SARMENTO, 2004, p. 340),

A partir dessa ótica, pode-se indagar se existe um dever (fundamental) da empresa de seguro saúde que obrigue esta a realizar tratamentos médicos inovadores e com custos exorbitantes em benefício dos seus segurados, ainda que haja expressa vedação contratual, o que tem sido muito discutido, atualmente, nos tribunais brasileiro.

Entende-se que o responsável primário pela garantia das prestações sociais é o Estado. Assim, a sobrecarga dos atores privados com tais prestações, sem existência de lei e com viés de dever fundamental, enseja a ocorrência de um comprometimento da dinâmica dos subsistemas econômicos e sociais. Neste ponto, cabe reforçar a necessidade de aplicação dos deveres fundamentais aos particulares em suas relações (horizontalidade dos deveres fundamentais), sobretudo pautando-se na solidariedade, mas se deve respeitar a autonomia privada a partir de fundamentos mais básicos da economia.

⁹ Para a autora, “a dimensão objetiva do dever fundamental acaba por trazer benefício à toda comunidade e o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, por estar associado a direitos sociais, contribui para a formação de um Estado de Direito Ambiental, democrático e solidariamente responsável” (RUSCHEL, 2007, p. 231-266).

¹⁰ Vieira de Andrade (2004, p. 170) entende que “os deveres fundamentais não são imediatamente aplicáveis, dependendo da intervenção do legislador para regulamentá-los”.

No Estado Democrático de Direito, projetado pelos traços do neoliberalismo, a diminuição da atuação estatal acarreta o aumento da autonomia e serve para corrigir o déficit de participação e legitimidade do Estado (SILVA, 1987). Diante da perspectiva de solidariedade, percebe-se que a autonomia privada, em face das novas realidades sociais e econômicas, precisa se adaptar e ganhar uma nova função, que, no dizer de Cláudia Lima Marques (2002, p. 154) significa a realização da justiça e o equilíbrio nas relações. Por outro lado, no que tange à liberdade/poder dos indivíduos, quanto mais os poderes dos indivíduos (na esfera econômica) aumentam, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos (BOBBIO, 1992. p. 22).

Assim, pode-se indagar qual é o alcance do dever fundamental do particular no cenário da autonomia privada, e ainda como se dá a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. O particular tem dever fundamental implícito de respeito ao outro no cenário contratual, o que é chamado pela doutrina civilista de deveres anexos. Todavia, a autonomia privada não pode ser freada pelo Judiciário, por meio do dirigismo contratual sem critérios e de forma absoluta, para impor aos indivíduos e empresas alguns deveres tipicamente estatais, como é o que ocorre em alguns casos da interferência exagerada nos planos de saúde.

Por outro lado, quando o juiz interpreta o caso para exigir o cumprimento do dever anexo de solidariedade, pautado em critérios objetivos de violação a deveres de condutas, cabe relativizar a autonomia privada, como ocorreu no julgado abaixo, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. LONGEVIDADE DA SEGURADA APÓS A CONTRATAÇÃO E SUCESSIVA RENOVAÇÃO DA AVENÇA. OMISSÃO IRRELEVANTE. MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I - Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice. II - Aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após mais de duas décadas recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente. III - Agravo Regimental improvido¹¹.

Como adverte Adriano Sant’Ana Pedra (2010, p. 7-36), “a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias

¹¹ STJ. AgRg no REsp 913.120/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 17/08/2010.

sociais”. Sabe-se que o princípio da solidariedade se congrega na noção de “fato social” (MORAES, 2008), partindo-se do fundamento em que não se pode conceber o homem sozinho, mas inserido na sociedade. Se a solidariedade objetiva advém da necessidade do indivíduo se relacionar com o outro, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, “interesses esses que implicam, para cada indivíduo, a obrigação de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”.

No tocante à questão do fato social, tal elemento, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes¹², é “caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente”. Assim, a autora apresenta o questionamento: “como seria possível obrigar alguém a ser solidário?” A dificuldade está unicamente em se continuar atribuir à solidariedade um caráter essencialmente beneficente.

Assim sendo, a instituição ou não de deveres fundamentais repousa na soberania do Estado enquanto comunidade organizada, soberania que não pode, todavia, fazer tábua rasa da dignidade humana¹³, ou seja, da ideia da pessoa humana como princípio e fim da sociedade e do Estado (NABAIS, 1998, p. 60).

Percebe-se, atualmente, que nas áreas de empréstimos bancários, saúde, educação e moradia, os tribunais têm se manifestado a partir da premissa absoluta de proteção aos vulneráveis e de forma dissociada às questões econômicas, repassando ao particular (empresas, planos de saúde, instituições financeiras, etc.) um dever que seria do Estado, qual seja, programas de saúde, acesso à educação, fomento da atividade econômica, etc. Contudo, repassar condutas estatais aos particulares, no exercício de suas atividades econômicas, de forma a criar

¹² A autora elucida tal questionamento com o seguinte exemplo: “não há dificuldades em se exigir, não apenas do Poder Público mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com o(s) outro(s). O patrão que dava a seu empregado favorito, além do salário, uma quantia a mais às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo, julgado bondoso, generoso, solidário. O legislador, entendendo que não devia contar com esse comportamento voluntário, e que devia estendê-lo a todos os empregados, estabeleceu a obrigação de ser solidário aos empregadores, por ocasião do Natal, determinado o pagamento do chamado 13º salário” (MORAES, 2008).

¹³ Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 41-42) explica sobre o tema: “a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

condições objetivas que possibilitem o acesso a serviços ou produtos no cumprimento do dever de solidariedade pode gerar um desequilíbrio ainda maior na relação particular *versus* particular.

Para exemplificar a interferência nas relações privadas, segue um caso, noticiado no sítio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*:

O Tribunal de Justiça determinou que a Unimed forneça remédio de combate ao câncer a uma paciente, sua conveniada, ainda que tal medicamento esteja em fase experimental e não haja estudos conclusivos sobre sua atuação e eficácia em relação ao estágio clínico e ao tipo de tumor em questão. Nelida Kaestner sofre de câncer de cólon e teve negado o direito ao medicamento pela Unimed. Ajuizou ação na comarca de Blumenau, mas não obteve êxito em obter liminarmente o fármaco Avastin, indicado pelo médico especialista que acompanha seu caso. A 3ª Câmara de Direito Civil do TJ, contudo, ao analisar o agravo de instrumento, concedeu a liminar por entender que a cláusula em que se apoia a Unimed para negar o medicamento é bastante genérica e não exclui expressamente a prescrição do Avastin. Para os desembargadores, as operadoras de planos de saúde têm a obrigação de cumprir a oferta e a publicidade que fazem veicular quanto aos limites de cobertura de seus serviços. A decisão da câmara, unânime, determinou o fornecimento do medicamento em até 48 horas, sob pena de multa diária à empresa¹⁴.

O solidarismo pode ser encontrado nas relações privadas de modo geral (obrigações, contratos, responsabilidade civil, relações empresariais, etc.). Já no direito das famílias cogita-se a prevalência do melhor interesse da criança¹⁵, como expressão da solidariedade no âmbito familiar, ou, ainda, o controle dos meios de adoção. Maria Celina Bodin de Moraes (2008) esclarece, por exemplo, que a família não se acha mais fundada em hierarquizações, preocupadas com a preservação do patrimônio familiar, para se revelar como o espaço de realização pessoal dos que a compõem.

Assim, a matriz a ser aqui sustentada é considerar que o dever de prestação de serviços *v.g.* na área de saúde é primariamente do Estado. Nesse passo, tal dever, quando imposto absolutamente ao particular, gera desvios e desequilíbrios na relação contratual em desfavor da empresa e, conseqüentemente, indiretamente afetará o consumidor nas próximas

¹⁴ Terceira Câmara de Direito Civil do TJ-SC. AI n. 2011.089955-9. Relator Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Rita.

¹⁵ “*In casu*, a questão está em analisar a validade da decisão do tribunal *a quo* que indeferiu pedido de alimentos provisórios em favor dos recorrentes os quais deveriam ser prestados pela recorrida, avó dos alimentandos. A Min. Relatora destacou que, apenas na impossibilidade de os demandados genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos. (...)”. (STJ. REsp 1.211.314-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/9/2011).

contratações (aumento de preço, renovações contratuais com redução de serviços ofertados, etc.).

A teoria do diálogo das fontes sustentada pelo jurista alemão Erik Jayme (2003, p. 114) auxilia na compreensão do solidarismo nas relações privadas, já que é um instrumento utilizado para superar antinomias e buscar soluções coerentes em diversas áreas do direito, numa visão sistemática de interpretação das normas. Tal teoria pode ser utilizada como uma solução “sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções”, podendo ser aplicada à questão dos deveres fundamentais, autonomia privada e direito econômico (MARQUES, 2004).

Neste aspecto, a investigação dos deveres anexos tratados por alguns civilistas na interpretação das relações entre particulares pode ser aplicada aos casos concretos que, face ao dirigismo contratual do magistrado, têm imposto essa transferência da obrigação estatal para o particular.

Defende-se, por exemplo, a aplicação do dever do particular de indenizar o outro indivíduo que suportou um dano material ou moral, no caso de violação positiva de uma obrigação, como uma indenização em caráter pedagógico. O dever fundamental de solidariedade se ajusta à preocupação contemporânea de releitura dos princípios civis à luz da Constituição da República. Nesse mesmo sentido, adverte Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 108) que qualquer “situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social”.

Na mesma linha, sustenta-se que a normatividade dos princípios e a sua repercussão nas relações contratuais é uma maneira de fomentar a aplicação dos deveres fundamentais, bem como submeter as relações privadas ao crivo das normas constitucionais, especialmente, a solidariedade.

Cabe, nesse ponto, transcrever interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, citado por Daniel Sarmiento (2004, p. 240), que aplicou o dever fundamental de propriedade numa perspectiva social, a saber:

(...) uma ação reivindicatória proposta por particulares que buscavam desalijar de uma área de sua propriedade trinta famílias carentes, que ocupavam o local havia vários anos, e tinham formado ali uma favela. Na hipótese, o Judiciário valeu-se diretamente da Constituição para atribuir um peso superior à moradia das famílias carentes do que à propriedade individual, tendo-se reconhecido no acórdão que ela não cumpria a sua função social. O Tribunal, sem embargo, embora tenha rechaçado o direito à reivindicação, reconheceu a permanência de “eventual pretensão indenizatória contra quem de direito” em favor dos proprietários, dando a entender que a futura ação reparatória deveria ser endereçada contra o poder público, que permitira a consolidação daquela situação de fato (RT 723/204-208).

Entende-se que o dever fundamental, sob o olhar do cumprimento da função social da propriedade, conforme indicado no julgado, pode ser tratado como uma das perspectivas de harmonizar os deveres de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. Outrossim, pode-se citar como dever fundamental, sob o viés do cumprimento da função social do contrato, a mitigação da relativização dos efeitos dos contratos para a sua aplicação no contexto social, como é o caso da vedação da concorrência desleal e a imposição de indenização pelo segurador ao segurado em caso de ocorrência de sinistro.

Assim sendo, o contrato não se sustenta de forma isolada. É um meio que impulsiona as vontades humanas. Mesmo quando existe o conflito de interesses entre os contratantes, o Judiciário utiliza o caso concreto para melhor aplicar o direito. Nos negócios nos quais a função social é mais evidente (financiamento, contratos bancários de modo geral¹⁶, seguros, questões familiares, etc.), os fenômenos econômico e social são ainda mais perceptíveis. O juiz, conseqüentemente, na análise do caso concreto, deve se preocupar com o contingente social que igualmente será alcançado, pois aqui está o reflexo da aplicação da harmonização dos deveres de solidariedade e do espaço da liberdade dos particulares.

Essa proposta de contingente social pode ser visualizada como uma vedação à desonestidade e a busca pela equidade, conforme proposto por Maurizio Lupoi (2007, p. 875), que explica que a existência de uma categoria legal aberta, permite a transferência de requisitos éticos

¹⁶ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ABUSIVIDADE NA CONTRATAÇÃO. 1.- Conforme entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, no mesmo passo dos juros remuneratórios, “em relação à cobrança das tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto bancário e IOF financiado, há que ser demonstrada de forma objetiva e cabal a vantagem exagerada extraída por parte do recorrente que redundaria no desequilíbrio da relação jurídica, e por conseqüência, na ilegalidade da sua cobrança” (AgRg no REsp 1302236/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 12/04/2012).

identificados no ordenamento jurídico, como ocorre no direito inglês quanto ao tratamento dado pela equidade.

Cabe, pois, operar a necessária passagem da interpretação dos direitos contratuais individualista e formalista para outro patamar, agora de cunho socializante e mais aberto à noção dos deveres fundamentais de solidariedade¹⁷.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para justificar a tese aqui esboçada, defendeu-se as seguintes premissas: 1) Nas relações privadas, existem deveres fundamentais dos particulares inerentes à solidariedade; 2) A autonomia privada precisa ser resguardada em alguns cenários contratuais, especialmente diante da repercussão econômica que uma interferência judicial pode causar nas próximas contratações.

Chega-se, contudo, à conclusão de que repassar determinados ônus estatais aos particulares, no exercício de suas atividades econômicas, de forma a criar condições objetivas que possibilitem o acesso a serviços ou produtos no cumprimento do dever de solidariedade pode gerar, em determinadas situações, um desequilíbrio maior na relação particular *versus* particular.

Constatou-se uma estreita relação entre deveres e restrições aos direitos. É tênue, portanto, a relação entre os deveres fundamentais, os limites e as restrições aos direitos fundamentais, pois tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, em prol dos interesses da sociedade, não significando ainda a prevalência do interesse público sobre o privado.

A teoria do diálogo das fontes proposta por Erik Jayme (2003, p. 114) auxilia na compreensão das restrições e do solidarismo nas relações privadas, já que é um instrumento utilizado para

¹⁷ Miguel Reale defendia, na análise comparativa entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2012, “a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência”. (REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 25 ago 2012.)

superar antinomias e buscar soluções coerentes em diversas áreas do direito, numa visão sistemática de interpretação das normas.

A tese aqui desenvolvida passou pela ideia de restrição, mas não uma restrição isolada, pelo contrário, trata-se de uma restrição voltada para a perspectiva do solidarismo nas relações privadas, e, para isso, optou-se pela aplicação da teoria do diálogo das fontes (JAYME, 2003, p. 114), ou seja, não se pretende retirar do sistema qualquer uma de suas fontes, mas agregá-las por meio do diálogo. No tema estudado, optou-se-se pela interpretação sistemática de normas constitucionais, civis, consumeristas e econômicas.

Dessa forma, conclui-se que o alcance do dever fundamental do particular no cenário da autonomia privada, e o modo como se dá a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada, devem observar o que segue: 1) o particular tem o dever fundamental implícito de respeito ao outro no cenário contratual, o que é chamado pela doutrina civilista de deveres anexos; 2) a autonomia privada não pode ser freada pelo Judiciário (subjativismo do magistrado), por meio do dirigismo contratual sem critérios, de forma absoluta e supostamente pautada em direitos fundamentais para impor aos indivíduos e empresas alguns deveres tipicamente estatais, como é o que ocorre em alguns casos da interferência exagerada nas relações contratuais massificadas; 3) a autonomia privada pode ser relativizada em observância ao dever fundamental de solidariedade, pautada em critérios principiológicos e utilizando-se do diálogo das fontes (normas constitucionais, civis, consumeristas e econômicas).

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Sequência**, no 56, p. 55-82, jun. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, n. 7, jan./mar. 2005.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra. **O Direito Contratual e a Intervenção do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAYME, Erik. “O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização” in MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 88, v. 759, p. 24-40. jan. 1999.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, n.1, vol. 1, p. 114. mar. 2003.

JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, Harvard University Press, v. 3, n. 4, out. 1976, p. 305-360.

KULL, Irene. Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law. **Juridica International**. n. VII. p. 142-148. 2002.

LUPOI, Maurizio. La nozione di "dishonesty" nelle ultime conquiste dell'equity. **Rivista di Diritto Civile**, v. 53, n. 6, p. 871-879. nov.-dez. 2007.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. **Revista da ESMESE**, n. 07, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 95-113. 2001.

_____. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, v. 1, p. 232-260. Também disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 60.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: _____. **Estudos de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-39. Também disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

_____. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio Martínez. **Los deberes fundamentales**. Revistas Doxa, Alicante, n. 4, 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 25 ago 2012.

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.1, 2001, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 mai. 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, a. XX, n. 82, abr-jun., 1987.

SZTAJN, Rachel. **Law and economics**: Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.