

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS: RESTRIÇÕES OU VIOLAÇÕES¹

Paulo Henrique Silveira Robert²
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk³

RESUMO

A importância de estabelecer critérios que possibilitem determinar a distinção entre restrição e violação de um direito fundamental, aparece no momento da fundamentação com relação à restrição, principalmente, quando a norma constitucional não se expressa de forma clara e explícita. Em alguns direitos, percebe-se claramente que a restrição traduz-se em violação de preceitos constitucionais, porém em outros, relativamente aos direitos sociais, o mesmo não ocorre de forma distinta. Adotou-se duas formas diferentes de analisar estas restrições de enfoques e conseqüências distintas, uma em relação à outra, por meio da teoria externa e da teoria interna, ao percorrer o caminho da Constitucionalização do direito civil, que é, justamente, o que permite afirmar a relevância dessa discussão. O desenvolvimento da pesquisa permite problematizar, até esse ponto, qual é o enquadramento possível da doutrina do direito civil contemporâneo, nas teorias sobre limites aos direitos fundamentais, no que tange a autonomia privada e a função social. Vencida a análise da teoria interna e externa à luz de Jorge Reis Novaes, passamos então a analisar, em particular, a função social do contrato em relação à autonomia privada, de forma a aferir a divergência doutrinária sobre o sentido da função social em relação à autonomia privada; permitindo, desta forma, analisar as repercussões no contrato a partir da constitucionalização no direito civil, tomando como hipótese de trabalho o CDC, as restrições e seus reflexos de forma a detalhar seu enfoque e suas conseqüências, no que diz respeito à teoria interna e teoria externa.

Palavras-chave: contrato; direitos fundamentais; limites; restrição; violação.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE RELATIONS: VIOLATIONS OR RESTRICTIONS

ABSTRACT

The importance of establishing criteria to determine the distinction between restriction and violation of a fundamental right, appears at the time of reasoning with respect to restriction, especially when the constitutional rule is not expressed clearly and explicitly. Some rights becomes clear that the restriction results in violation of constitutional principles, but in others, for social rights, the same does not occur separately. We adopted two different ways to analyze these constraints and consequences of different approaches, one to the other, through the external theory and internal theory, to the path of Constitutionalisation civil law, which is precisely what allows affirm the relevance of this discussion. The development of research to

¹ Artigo apresentado no evento “Diálogos entre Direito e Antropologia: primeiras aproximações interdisciplinares”, realizado nos dias 21, 22 e 23 de outubro na UniBrasil, em Curitiba, Paraná.

² Acadêmico do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. paulorobert.robert@gmail.com

³ Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais junto à UFPR. Professor de Direito Civil da UFPR e da PUC/PR. Professor convidado da FEMPAR, da ABDCONST e da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Pesquisador do Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico” junto à UFPR. Advogado. carlospianovski@hotmail.com

problematize, to this point, what is the possible framework of civil law doctrine of contemporary theories of limits on fundamental rights, with respect to the private autonomy and social function. Having won the analysis of internal and external theory in the light of Jorge Reis Novaes, then we examine, in particular, the social function of contract in relation to private autonomy, in order to assess the doctrinal disagreement about the meaning of social function in relation to private autonomy, thus allowing to analyze the impact on contract from a constitutionalization in civil law, taking as a working hypothesis the CDC, the restrictions and their consequences in order to detail its approach and its consequences with regard to the theory internal and external theory.

Keywords: contract, fundamental rights, limits, restriction; violation.

INTRODUÇÃO

A abordagem do tema em questão ocorre devido à importância de se estabelecer critérios capazes de determinar a distinção entre restrição e violação de um direito fundamental. Há uma dificuldade na fundamentação das restrições, principalmente quando a norma constitucional não se expressa de forma clara e explícita. Em alguns direitos, pode-se perceber claramente que a restrição se traduz em violação de preceitos constitucionais, porém em outros, relativamente aos direitos sociais, não se percebe nitidamente esta distinção.

Adotamos aqui duas formas diferentes de analisar estas restrições, de enfoques e conseqüências distintas uma em relação à outra, por meio da teoria externa e da teoria interna.

Todavia, para análise das teorias, cabe dar conta ainda que sumariamente, da constitucionalização do direito civil, que é justamente o que permite afirmar a relevância dessa discussão.

1 DIGRESSÃO HISTÓRICA

O código civil de 1916, tendo como inspiração o código napoleônico⁴ tinha como valor fundamental o indivíduo, em que o direito privado procurava regular a atuação do contratante e do proprietário, visando uma maior circulação de riquezas, mas sem entraves legais e restrições. Isso tudo se dava ligado à idéia liberal, no qual se buscava uma autonomia na esfera privada, sem a ingerência do poder público ou de particulares que pudessem vir a

⁴ Code napoléon (1804)

impedir essa nova forma de relacionamento. Obtendo-se mais segurança jurídica nas relações comerciais, conforme demonstra TEPEDINO⁵ “Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”.

Tínhamos então uma autonomia privada, na qual a liberdade de contratar se dava de modo quase ilimitado entre as partes⁶. Porém, com a incidência cada vez maior de conflitos advindos da situação econômica emergente bem como a eclosão da Primeira Grande Guerra, o Estado assumiu uma posição intervencionista no mercado, passando a ditar várias regras, denominado mais tarde como dirigismo contratual⁷. Esta intervenção, conforme comenta ROPPO⁸ teria a finalidade de regular o mercado amenizando as dificuldades, bem como procurar preencher as lacunas existentes no código civil, frente às situações jurídicas não abrangidas por ele.⁹

O Código Civil não dava conta, uma vez que havia uma ruptura entre a situação social da realidade econômica ora vigente e as relações jurídicas do direito privado. Esta lacuna faz com que, o código civil, perca sua exclusividade na regulação das relações jurídicas patrimoniais privadas, para a legislação

⁵TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3.

⁶ Conforme comenta Enzo Roppo. “À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições...”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. J. C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 34. e, influenciado pelo *code napoléon*.

⁷ Dirigismo contratual consiste na limitação à atividade contratual imposta pelo Estado à autonomia contratual através de leis. DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário jurídico**. 27^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 479. Dirigismo contratual, segundo TEPEDINO, consiste na intervenção assistencialista levada a cabo pelo legislador brasileiro em decorrência do *Welfare State*.

⁸ A finalidade da intervenção encontra respaldo na persecução de fins sociais demonstradas nas palavras de ROPPO “À liberdade contratual na medida em que a sua violação se traduz numa lesão de direito de propriedade ou de iniciativa econômica – deduz-se que a legitimidade constitucional de qualquer prescrição normativa que limite a autonomia privada, está subordinada a dois requisitos: de um ponto de vista substancial, as limitações em causa devem ser dirigidas a persecução de fins sociais; de um ponto de vista formal devem ser introduzidas através de lei.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

⁹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo . Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea. In: Carmem Lucia Silveira Ramos. (Org.). **Direito Civil-Constitucional: Situações Jurídicas Patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

extravagante (leis especiais paralelas ao direito comum estabelecido pelo Código Civil), de forma a supri-la.

Isto faz com que o hermeneuta procure soluções objetivistas, com o fulcro direcionado ao conteúdo e as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito, vez que o momento em crise provoca uma diminuição do âmbito de abrangência do Código Civil na medida em que aumenta o das leis especiais.

Posteriormente no período pós-guerra, com a intensificação das dificuldades econômicas e aumento das reivindicações sociais, o legislador foi impelido a introduzir Princípios e Normas que estabelecessem deveres sociais em suas cartas políticas e Constituições, gerando conseqüências em face dos compromissos assumidos, acabando por delimitar a autonomia privada, a propriedade e o controle de bens.

O legislador, então, passa a se preocupar com as atividades, seus riscos e o impacto social gerados pelos contratos entre os particulares, de forma a assegurar a finalidade social nas relações jurídicas. Estas relações jurídicas, entre os particulares, passam a ser regradas por um “dirigismo contratual acelerado”, através de políticas públicas sociais, intervindo diretamente na economia, fazendo-se valer de um direito especial, retratado pela intervenção do legislador, frente à autonomia, através de leis que buscam essa nova realidade.

De acordo com FACHIN¹⁰ a constituição federal de 1988 fez com que o direito civil abandonasse a postura patrimonialista do século XIX, passando a valorar as condutas e a dignidade da pessoa humana nas suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

Sáimos de uma concepção contratualista do “*pacta sunt servanda*” para uma concepção mais humanitária, fundada na dignidade da pessoa humana. Tal postura coloca o foco em torno da pessoa como fator preponderante, dentro do ordenamento jurídico, de tal forma a fazer com que a Constituição,

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. O novo desenho jurídico do contrato. Prefácio à obra: In: **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2006. p.17-19.

através de suas Normas e de seus Princípios basilares tenha por finalidade precípua a busca da proteção ao indivíduo para o seu pleno desenvolvimento.

Com o advento da Constituição de 1988 em favor do Estado Social, veio o legislador estabelecer, através de vários estatutos (um verdadeiro polissistema de normas), um maior âmbito de proteção à personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais. Da mesma forma que os grupos interessados na regulação de determinados setores, buscam através do debate a aplicação de normas que atendam as especificidades de seu setor.

Esses estatutos, leis infraconstitucionais, definem objetivos concretos¹¹, assumindo valor relevante e fundamental ao atuar de forma efetiva e eficaz, paralelamente ao direito civil do qual antes faziam parte, porém agora mais completos com e vinculados a diretrizes, programas, metas e políticas públicas a serem seguidas, que buscam na Constituição o núcleo essencial à manutenção do sistema.

De tal forma que, no que consiste às leis especiais é imprescindível fazer uma leitura segundo um viés constitucional, para que os mesmos tragam no seu bojo maior eficácia. Como ocorre no caso de contratos de consumo balizados pelo CDC¹², em seu art. 4º. Que demonstra a preocupação com a dignidade da pessoa humana¹³, em favor de valores extra patrimoniais, protegendo os hipossuficientes, fato este que perante a autonomia privada, rompe com a velha doutrina patrimonialista do Código Civil.

Levantadas às premissas básicas da constitucionalização do direito civil, passamos ao estudo da base, que dará sentido a fundamentação das restrições e sua relevância pertinente.

¹¹ Conforme sustenta Antonio Junqueira de Azevedo em **Projeto do código civil**. o princípio da boa fé. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>> Acesso em: 23 out. 2007. Sobre as mudanças de PARADÍGMAS, pelos quais o direito moderno teria passado. Primeiro o paradigma do legislador, baseado inteiramente na segurança da lei; segundo o do juiz trazendo mudanças ao tipo de solução em virtude do papel do juiz agora hermeneuta e não mais mero autômato; e terceiro o paradigma do caso concreto e da constituição, que justamente se reflete nestas leis, nestes estatutos, que visam a atender à situações específicas, à grupos específicos e papéis específicos.

¹² Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078/90, em vigor desde 11 de março de 1991.

¹³ Art. 4. CDC. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, (...)

2 O ESTUDO DA TEORIA INTERNA E DA TEORIA EXTERNA SOBRE OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como considerar os limites aos direitos fundamentais dentro da teoria interna e da teoria externa: NOVAES¹⁴ quer diferenciar, quando ele descreve uma posição intermediária que ele acaba sustentando. Ele trabalha isto justamente para diferenciar o que vai ser a restrição ao direito fundamental que a lei infraconstitucional pode fazer daquilo que é a violação ao direito fundamental, ou seja, quando aquilo que se põe como suposta restrição está ofendendo o direito fundamental e aí, a teoria interna e teoria externa, elas não vão dizer respeito a um aspecto interno/externo à constituição, porque qualquer das teorias que se adote nós vamos ter a legislação infraconstitucional definindo o conjunto de parâmetros.

A **teoria externa** centra-se na função de defesa do direito fundamental referente à proteção da liberdade e propriedade contra a arbitrariedade estatal. Pressupõe que o direito esteja externamente bloqueado por outros valores surgindo limites como restrições externas ao direito subjetivo no caso concreto.

A **teoria interna** preconiza um direito fundamental imanente, conformado e limitado pela Lei e por outros bens jurídicos de valor constitucional ou superior, em que tudo que existe é um direito com um conteúdo imanentemente limitado, não se preocupando com a distinção entre o conteúdo do direito fundamental e suas restrições que lhe são impostas externamente.

A questão é a seguinte:

Se trabalharmos com uma teoria externa, poderíamos dizer que: Os princípios constitucionais que definem direitos fundamentais em princípio não teriam limites imanentes, mas esses limites poderiam ser construídos pela ponderação no caso concreto (em princípios) mas, a ponderação pode ser feita também pelo legislador, de forma que o legislador pode fazer a ponderação construindo limites aos direitos fundamentais, inclusive à autonomia privada.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 319.

Então a autonomia privada poderia ser limitada pela legislação infraconstitucional sem que isso constituísse a adoção de uma teoria interna.

O legislador vai dizer que o início do limite, ou seja, o limite que a legislação infraconstitucional pode oferecer por meio da boa fé e função social é um limite no conteúdo essencial do direito fundamental.

Se trabalharmos com uma teoria interna, poderíamos dizer que: Tudo que existe é um direito com conteúdo imanentemente limitado, ou seja, a lei infraconstitucional não é uma restrição imposta de fora, mas é uma explicitação do limite que já parte da constituição. Portanto, as teorias aqui adotadas demonstram formas diferentes de analisar os parâmetros restrição/violação aos direitos fundamentais, de enfoques e conseqüências distintas uma em relação à outra, inferindo-se que para a teoria externa é limite, e que para a teoria interna não é limite.

Na teoria externa, o controle, se realiza quando se procura determinar a legitimidade/ilegitimidade de uma restrição imposta externamente, enquanto que na teoria interna, o controle se perfaz na verificação da delimitação/concretização de um direito fundamental ou apenas sua incidência aparente caracterizando sua violação. Conforme nos demonstra NOVAES:

É que no modelo da teoria interna, por um lado, a necessidade de controlo não desaparece, mas apenas se desloca. De facto enquanto que para a teoria externa se tratava de apurar a legitimidade e ilegitimidade de uma restrição, também agora não se dispensa a verificação que permita qualificar uma dada prática como constituindo exercício de direito fundamental ou sua mera aparência e permita verificar uma actuação dos poderes constituídos como constituindo concretização/delimitação do conteúdo de um direito fundamental ou como violação deste conteúdo.¹⁵

Dentro da teoria externa é preciso determinar os âmbitos de vida jus fundamentais fundamentalmente protegidos, a fim de se estabelecer o que pode e o que não pode ser inserido neste âmbito de proteção.

¹⁵ Idem.

Em conformidade com o pensamento de NOVAES¹⁶ temos que, após delimitação prévia do conteúdo é possível descrever situações, posições ou comportamentos jus fundamentais protegidos, em que intervêm as restrições estatais. Restrições que afetam negativamente o bem de proteção do direito fundamental, não permitindo a arbitrariedade estatal ou impondo o ônus de justificar seus atos cuja intervenção, pretenda realizar no âmbito de proteção deste direito fundamental.

Logo, a partir do âmbito de regulamentação (âmbito potencial de proteção), chegamos ao âmbito de previsão normativa do direito fundamental (Âmbito de proteção) e, uma vez, estabelecidos os seus limites, verificamos as restrições que afetam o bem jurídico protegido do direito fundamental ao intervir neste âmbito de proteção (domínio protegido). Verificadas e estabelecidas, essas restrições, retiramos a parcela que sobra após a intervenção estatal de restrições legítimas, de forma a estabelecer o âmbito de garantia efetivo, segundo o qual de imediato, toda restrição estatal, desvantajosa, já será considerada ilegítima.

Assim sendo, verificado o âmbito potencial de aplicação de um direito fundamental dentro do âmbito de proteção, deduzidas as restrições legítimas, obtemos o Âmbito de garantia efetivo, sobre o qual toda intervenção estatal terá sua ação considerada restrição ilegítima, portanto considerada como violação de direito fundamental. Dentro da teoria interna, “(...) tudo o que existe é direito fundamental immanentemente limitado”¹⁷, deixando de fazer sentido a distinção entre âmbito de proteção do direito e âmbito de garantia efetivo. “O direito e os seus limites são uma única e mesma coisa, pois tudo o que existe é o direito com um conteúdo, à partida, necessária e immanentemente limitado”.¹⁸

Vencida a análise da teoria interna e externa à luz de Jorge Reis Novaes, passamos então a analisar a função social do contrato em relação à autonomia privada.

¹⁶ Ibidem, p. 303-305.

¹⁷ Ibidem, p. 315.

¹⁸ Idem.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA

Há divergência doutrinária sobre o sentido da função social em relação à autonomia privada.

Segundo Gustavo TEPEDINO, a autonomia começa e termina nos limites impostos pela solidariedade constitucional prevista no art. 170, CF/88¹⁹. A livre iniciativa é exercida em função da existência digna e da justiça social, onde, o legislador procura novas formas de legislar, de forma a compactuar interesses de grupos buscando na Constituição o núcleo essencial ao sistema, quando através de normas programáticas que devem ser lidas segundo um viés constitucional, dando-lhes um conteúdo de maior eficácia. Conteúdo este que se busca através de um princípio maior, o da igualdade substancial, pautado na dignidade da pessoa humana, devendo para tal, haver uma interpenetração do direito público e do direito privado. Re-elaborando a dogmática do direito civil, que venha a privilegiar os valores não patrimoniais, em prol de uma justiça distributiva “para cujo atendimento deve-se voltar à iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.²⁰

MARTINS COSTA²¹, com relação à função social, vai aludir a autonomia privada, quando afirma que a liberdade contratual refere-se a uma liberdade de contratar como “Liberdade em sociedade” cuja finalidade social extrai-se do artigo (421 do código civil de 2002)²², na forma em que “A liberdade de

¹⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 17.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.** Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>> acesso em: 07 out. 2007.

²² Que não constava no código civil de 1916, havia uma ausência de explicitação dos princípios, servindo para locupletar as lacunas da lei. Diverso do encontrado atualmente, no

contratar será exercida em razão da função social”, ou seja, colocando a razão social como limite da liberdade de contratar, ao mesmo tempo em que situa esta, a função social, como fundamento da mesma liberdade.

Para NALIM²³, contrato é função social pautado no princípio da boa fé existente na solidariedade contratual e na justiça social. A autonomia parte da função social. Ele trabalha com o princípio da solidariedade dentro das relações contratuais. “A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato de boa fé”.²⁴ Do qual retiramos sem resquício de dúvida, que segundo NALIN contrato é função social.

LÔBO²⁵ coloca que “No novo Código Civil a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental.”. Limite positivo e determinante do conteúdo da liberdade de contratar, de forma que conforme suas palavras:

No novo Código Civil a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 421).

Esse autor destaca ainda a importância da função social, frente ao novo Código Civil, protegendo os contratos não albergados pelo CDC direcionando sua interpretação ao fim de melhor contemplar o interesse social, inclusive impondo, conforme suas palavras: “a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão”. Nos moldes do direito

qual os princípios anunciados indicam seu valor integrativo da disciplina contratual, sendo vinculante ao intérprete.

²³ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 1ª. Ed. Curitiba:Juruá, 2006. p. 213.

²⁴ Idem.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>> acesso em:12 out. 2009.

constitucional, o contrato, deve ser interpretado segundo o princípio da função social, à medida que visa a uma concretização substancial objetiva (socialmente aferível), ainda que venha a contrariar a intenção subjetiva dos contraentes.

MARTINS-COSTA²⁶, Afirma que o princípio da liberdade contratual refere-se a uma liberdade em sociedade, exercida dentro do âmbito da vida comunitária, pautada em valores da dignidade da pessoa humana, de onde decorre a imediata referência à função social do contrato, na qual salienta que “Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade”. De tal forma, que na busca desta finalidade “Social”, no que tange à liberdade, liberdade de contratar, infere que devemos perquirir ao extrair do artigo 421 do CC/2002 dois pontos: a) a liberdade será exercida **nos limites da** função social; e, b) a liberdade de contratar será exercida **em razão da** função social.

MARTINS-COSTA²⁷, explicita esses dois pontos de forma mais abrangente ao colocar que:

A liberdade de contratar será exercida **nos limites da** função social do contrato, como uma “Previsão de limite externo negativo”, embasado em preocupações solidaristas, no que a doutrina denominou de dirigismo contratual, gerando uma oposição entre função social e liberdade contratual, e que, importante, pois, passa a tutelar todos os sujeitos de direito na forma de um princípio e, não, voltado apenas a determinados sujeito jurídicos.

A liberdade de contratar será exercida **em razão da** função social do contrato, demonstrando a importância da expressão “Em razão da” que indica ao mesmo tempo, de forma constitutiva, o modo de exercício do direito subjetivo, bem como, duas dimensões distintas: intersubjetiva e trans-subjetiva. Intersubjetiva que relaciona as partes entre si, com a possibilidade de impor deveres positivos aos contratantes e, trans-subjetiva que liga as partes a sujeitos determinados ou indeterminados. (Grifo nosso)

Contudo, na busca da finalidade social quanto à liberdade de contratar e, no que diz respeito ao exercício da liberdade em conformidade com o Art. 5º., da CF, temos de acordo com NALIN, algo a ser levado em consideração. A

²⁶MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos.** Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>> acesso em: 07 out. 2007.

²⁷ Ibidem, p.3-5.

existência de princípios contemporâneos, que determinam sobre os contratos valores diferentes àqueles propugnados apenas pelo dogma da vontade, fazendo com que se procure estabelecer um critério diferenciado com relação a esse exercício da liberdade. De forma que faz-se necessário estabelecer aqui a diferença entre o que vem a ser a livre iniciativa e a autonomia privada em relação ao Direito Civil e ao Direito Constitucional, e para tal busca-se nas palavras de NALIN quando diz:

A livre iniciativa, ou o princípio econômico da livre iniciativa encontra, na Carta Constitucional Brasileira, previsão e tutela, pois estampa um dos fundamentos que regem a ordem econômica do país (art. 172, caput). A vinculação que se estabelece entre a Constituição e o Código Civil decorre da relação derivativa entre livre iniciativa e autonomia privada. (...)

(...) A livre iniciativa é exercida em nosso regime político, por meio da liberdade individual atribuída aos sujeitos, assim reconhecidos pelo Direito, para que, dentro de certos limites, façam a gestão de seus interesses. (...) A esse poder de livre manifestação e regulação de interesses se atribui o nome de autonomia privada.²⁸

Esta autonomia privada vem a ser restringida, de tal forma que na busca de uma igualdade material, o legislador através de leis especiais protetivas de sujeitos específicos, atua em defesa dos hipossuficientes, visando um equilíbrio contratual, ou seja, a regra especial visa colocar em um mesmo patamar de igualdade aqueles que diferem entre si, por questões econômicas, técnicas ou até mesmo culturais.

Para NALIN, existem no Brasil dois possíveis princípios distintos da autonomia privada: o conservador e o moderado. O conservador em que: “A jurisprudência mais conservadora tem encontrado no Código Civil e nos seus princípios fundamentais, um porto seguro para argumentações classicamente calcadas na livre contratação e na intangibilidade dos contratos”²⁹, e contraposto a ele, o moderado que “condiz com a ordem constitucional, inclusive sendo previsto na Lei 8.078/90.”³⁰

²⁸ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 161-162

²⁹ Ibidem, p. 164.

³⁰ Idem.

Por outro lado na busca da igualdade substancial encontra-se em TEPEDINO, argumentos pautados em um conteúdo contratual e não apenas volitivos, que corroboram com o interesse de grupos, quando da leitura das normas programáticas segundo um viés constitucional, onde a finalidade é a essência fundamental. De forma que ele coloca o conteúdo sobrepondo a capacidade volitiva contratual dessa forma:

Conteúdo este, que se busca através de um princípio maior, o da igualdade substancial, a dignidade da pessoa humana, devendo para tal, haver uma interpenetração do direito público e o direito privado re-elaborando a dogmática do direito civil, que venha a privilegiar os valores não patrimoniais, em prol de uma justiça distributiva “para cujo atendimento deve-se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”³¹

Para NALIN, no que concerne à busca da igualdade substancial, há um crescente pluralismo jurídico face ao novo espaço que ocupa a autonomia privada, do qual necessita de uma atuação imediata do poder Judiciário, a fim de se estabelecer parâmetros de uma igualdade mais próxima da material, para a efetivação da redução das desigualdades sociais. De tal forma que a Constituição oferece elementos mínimos, mas por se assim dizer suficientes, para uma efetiva aplicação dos princípios nela encartados, quer diretamente, como no Art. 5º. CF, caput. , especificamente pelos direitos da personalidade, quer indiretamente, inerente ao princípio da boa fé, que se faz decorrente do art. 5º. Caput, CF. e do art. 170, CF. em consonância com o art., 3º, CF.

E neste ponto NALIN coloca “... a autonomia privada constitui-se na possibilidade legal de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre destinado aos operadores do Direito”.³² Mas acerca-se das palavras de PERLINGIERI “A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico”³³ complementando “... mas em prospectiva coletiva. (grifo nosso)” o que a nosso ver sugere a possibilidade, segundo os critérios abordados por NALIN, de uma conformação do princípio aos moldes

³¹ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 17.

³² NALIN, Paulo. Op. cit., 169.

³³ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1991, p. 137. Apud. NALIN, Paulo. Op. Cit., 169.

constitucionais, uma vez que o mesmo interpela sobre a impossibilidade de se manter uma ordem jurídica baseada no individualismo (dogma da autonomia da vontade), no qual interesses privados prevaleçam no centro do ordenamento jurídico.

De forma que, NALIN,³⁴ propõe numa formulação pós moderna do conceito de contrato, a sua incompatibilidade com o modelo clássico, oriundo da época Liberal, no qual demonstra a impossibilidade de um conceito unívoco, face às diversas contextualizações das relações jurídicas e à massificação das mesmas, gerando um grande número de variantes contratuais em relação à autonomia privada. NALIN também relata que: “mesmo nas relações ditas paritárias, à vontade deve ser reservado um espaço residual (idéia de restrição) do contrato, não mais sendo permitido suplantar a boa fé, sempre materializadora do núcleo contratual contemporâneo – solidariedade constitucional – em relativização do papel da vontade do contratante”.³⁵

Da mesma forma NALIN comenta a importância da função social do contrato ao afirmar que “... a funcionalização dos institutos jurídicos, do que não escapa o contrato (grifo nosso), conforme visto...”.³⁶ E mais ainda vincula a autonomia privada ao direito constitucional, quando menciona ser a priori:

... o contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada a produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.(grifo no original) A perspectiva constitucional do contrato é determinante para se declarar insuficiente qualquer conceito que o reduz á formula de acordo de vontades, destinado a produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos da relação jurídica.³⁷

Ou seja, em suas palavras NALIN “... leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não,

³⁴ NALIN, op. cit., 253-258.

³⁵ Ibidem, p. 254.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem, p. 255.

somente, os patrimoniais.”³⁸ Demonstra, portanto a presença do Princípio da Boa Fé inerente a função social do contrato em relação à autonomia privada antes, durante e depois como vetor de valoração constitucional da solidariedade.

Não obstante, valha a pena afirmar que segundo este autor, a pré-conceituação da palavra em si “contrato” fora dos parâmetros do paradigma liberal e dentro da apreensão do sentido hodierno da conjuntura histórico-social deste conceito, faz com que imprescindivelmente, ocorra à renovação constante e de forma teleológica, dos parâmetros basilares, da função social que se insere no âmbito da autonomia privada e que, longe do contexto político de outrora, de proteção ao indivíduo, ocorra com base apenas na liberdade e igualdade.

Satisfeita a premissa proposta com relação à função social do contrato, na busca da igualdade substancial, pautada por uma liberdade em sociedade, por uma solidariedade constitucional em detrimento de uma autonomia da vontade agora mitigada pelos princípios constitucionais. Cabe agora, a análise das repercussões no contrato da constitucionalização no direito civil, em especial no tocante à relação entre a função social e a autonomia privada, tomando como hipótese de trabalho o CDC.

4 TEORIA INTERNA E EXTERNA NO TOCANTE À FUNÇÃO SOCIAL E À AUTONOMIA NO EXEMPLO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Trata-se de uma primeira minuta do capítulo que versará sobre a análise das restrições e seus reflexos, procurando detalhar seu enfoque e suas conseqüências.

Tomemos por base a guisa de exemplo o CDC que pode ser analisado eficazmente à luz de ambas as teorias da seguinte forma: Ao estabelecer restrições à autonomia privada, à luz da teoria interna e à luz da teoria externa, no que concerne, demonstram que estas restrições, simplesmente, ou

³⁸ Ibidem, p. 256.

exteriorizam um limite imanente (teoria interna), ou elas trazem um limite externo (teoria externa) na qual a Constituição traria ampla autonomia, ampla liberdade, sem limite. Todavia, a Lei traz um limite externo.

Analisando o CDC à luz da teoria externa, conforme preconizado anteriormente, teríamos que a aplicação do CDC no caso concreto poderia ser realizada pela ponderação de valores pelo legislador infraconstitucional, construindo limites aos direitos fundamentais (à autonomia privada), sem que com isto seja aqui admitida a adoção de uma teoria interna. Portanto, pode o legislador, pela ponderação de valores, solucionar a colisão entre direitos fundamentais, segundo a teoria externa, fazendo prevalecer, por exemplo, a solidariedade sobre a autonomia privada.

De outra forma ao analisarmos o CDC à luz da teoria interna, teríamos que os princípios constitucionais que definem direitos fundamentais possuem limites imanentes. Limites estes que podem ser expressos pela leitura que se faz da teoria interna dos direitos fundamentais, de acordo com as regras contidas no CDC, que estariam a expressar valores contidos na Constituição, ou seja, um direito com conteúdo imanentemente limitado, em que o direito a liberdade na sua expressão autonomia privada, estaria constitucionalmente limitada pela solidariedade.

Portanto o CDC estabelece, sim, restrições à autonomia privada. O CDC diz quando um direito fundamental prevalece. Quando ao tratar de direito com relação à liberdade, um direito fundamental na proteção do consumidor. Há uma garantia fundamental na proteção deste. Esta garantia fundamental de direito de proteção ao consumidor pela teoria externa não tem um limite interno. A liberdade de contratar não tem um limite interno pela teoria externa, mas o legislador, analisando o direito fundamental à liberdade e a garantia fundamental da defesa do consumidor vai colocar que é abusiva a cláusula³⁹

³⁹ De acordo com MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. Comenta dentre outras mais que são abusivas as cláusulas de exclusões de doenças crônicas e infecto-contagiosas preexistentes quando das tratativas a operadora do plano de saúde nada obsteu, frente a boa fé do contraente; as cláusulas de exclusões de tratamentos de cunho estético, quando advindos da necessidade de cirurgias reparadoras; a exigência de períodos de carência para casos de urgência; as cláusulas de reajuste extraordinário nas mudanças de faixa etária (excessivas e

que estabelece manifesta desvantagem do fornecedor em relação ao consumidor. O legislador não está aqui a estabelecer um limite imanente, pois este tem de ser em sede constitucional.

O legislador está dizendo que se isto acontece, neste caso, não pode prevalecer a liberdade e sim a proteção do consumidor.

Entretanto, não podemos levar a última instância, pois os princípios são ordens de maximização, no qual cada princípio deve ser realizado na sua máxima extensão possível.⁴⁰ Ocorrendo nos casos concretos a possibilidade dos princípios entrarem em colisão. Conflito este, que torna difícil fazer uma ponderação direta dos princípios. É possível, se não existisse o CDC, entende-se que, seria possível fazer uma ponderação direta. Contudo, existe uma ordem de maximização para que se proteja o consumidor o máximo que for possível, entretanto, existe também, na Constituição, uma ordem que assegura a liberdade econômica às pessoas o máximo que for possível.

Temos aqui dois enfoques diferentes de visualizar o mesmo fenômeno, através de duas teorias distintas, no qual a doutrina do Direito Civil não tem se preocupado em explicitar se esta maneira de ver diz respeito ou é compatível, com a teoria interna ou com a teoria externa.

Com relação à função social do contrato em relação à autonomia privada, temos por preferência mencionar a lei dos planos de saúde, no qual nesta é mais manifesta a função social.

Vamos utilizar o princípio da solidariedade⁴¹, em que Paulo Nalin trabalha com este princípio dentro das relações contratuais, bem como

muitas vezes omitidas no contrato). Complementando: cláusulas abusivas de acordo com o art. 51, § 1º, do CDC.

⁴⁰De acordo com SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.google.com/search?hl=pt-BR&q=princípios+otimiza%C3%A7%C3%A3o+paulo+schier&btnG=Pesquisar&lr=&aq=f&oq=>>> Acesso em 15 dez. 2009. Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de colisão entre princípios, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha, devem ser realizados.

⁴¹ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 254. "...(contrato é relação complexa solidária) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores que não, somente, os patrimoniais."

Gustavo Tepedino o qual também trabalha muito com a questão da solidariedade contratual, com incidência nas relações interprivadas.

Ora, nós temos um direito à liberdade que tem como corolário a autonomia privada e nessa medida nós temos um direito fundamental. Nós temos por outro lado, a solidariedade prevista na constituição, uma garantia jus fundamental. Em princípio a solidariedade não tem limites imanentes nem a autonomia, numa teoria externa, só que muitas vezes a autonomia e a solidariedade vão entrar em colisão. Pela teoria externa a solução para colisão é a ponderação de princípios. Só que o legislador pode fazer a ponderação de princípios dizendo qual deve prevalecer sobre o outro, como a solidariedade deve prevalecer sobre a autonomia privada.

Como quando se estabelece regra no caso do plano de saúde, e faz-se prevalecer à solidariedade do direito fundamental da saúde sobre a autonomia. São restrições expressas na legislação, mas que em princípio não estão em conflito com uma teoria externa, mas que também não são incompatíveis com uma teoria interna.

A questão é como se faz essa leitura. Qual seria uma adequação dessa legislação infraconstitucional com uma teoria interna dos direitos fundamentais? A leitura da teoria interna dos direitos fundamentais vai ser a seguinte: a autonomia privada como corolário do direito de liberdade é garantida pela constituição já dentro de certos limites.

De modo que: Quando o legislador diz nos contratos de plano de saúde haverá três grupos de contratos, que deverão conter certas coberturas obrigatórias (ambulatorial, sem obstetrícia, com obstetrícia), não estaria à lei, propriamente limitando a constituição, ela estaria simplesmente refletindo um limite que já seria interno ao direito de liberdade, ou seja, o direito de liberdade na sua expressão autonomia privada estaria constitucionalmente limitado pelo direito à saúde e pela solidariedade social. (teoria interna). Tudo que existe é um direito com conteúdo imanentemente limitado, ou seja, a lei infraconstitucional não é uma restrição imposta de fora, mas é uma explicitação do limite que já parte da constituição. Para a teoria externa é limite. Para a teoria interna não é limite.

Deixando de lado vários preconceitos com relação à teoria externa, parece que a teoria externa é mais lógica, ela explica melhor. Comentando e problematizando: como que um princípio que não tem conteúdo pré-definido vai limitar também outro princípio que também não tem conteúdo pré-definido e, que, só ganha conteúdo no caso concreto. Só posso limitar este conteúdo no caso concreto por meio da ponderação e, a ponderação, ela vai partir da teoria externa, ou posso definir como o legislador de forma que, o legislador, pode sem ter o caso concreto prever uma situação de fato, definindo que se tal ocorrer prevalecerá determinado princípio em detrimento de outro. Ou seja, a lei limitando a constituição (teoria externa).

Na teoria externa em um caso concreto, ou um princípio é ponderado em relação a outro, ou temos a lei limitando a constituição. Na teoria interna a lei não limita nada, porque na verdade o limite já esta na constituição e, quando vem à lei o que ela faz é simplesmente explicitar o que já esta na constituição. Essa que é a racionalidade da teoria interna.

Posto que NOVAES⁴² afirme mais adiante que a ponderação não é incompatível com a teoria interna, pois pode haver a ponderação de limites imanentes quando os mesmos entrem em conflito. Os princípios já têm limites imanentes, só que dentro destes limites eles continuam sendo ordem de maximização, podendo ocorrer que dentro desses princípios pode ocorrer à colisão entre princípios dentro dos limites imanentes e, ai, pode haver ponderação.

A tese da teoria externa mitigada é mais razoável do que uma teoria interna, conforme argumenta Jorge Reis Novais, ao demonstrar como a teoria interna é insuficiente⁴³, para dar conta destas questões, demonstrando que não

⁴² NOVAES, Jorge Reis. Op. cit. p. 359.

⁴³ Ibidem, p. 358. Conforme Jorge Reis Novais: “é que não se considera adequado – nem aceitado do ponto de vista da controlabilidade racional da atividade dos poderes constituídos no domínio dos direitos fundamentais- chegar, de um lado, a uma enumeração abstrata, genérica, hierarquizável e **estática** (grifo nosso)dos bens ou interesses suscetíveis de funcionarem a prioristicamente como limites imanentes dos direitos fundamentais(...).”

Ibidem, p. 359. Conforme Jorge Reis Novais: “(...) os efeitos jurídicos produzidos pelas normas de direitos fundamentais são, independentemente das modalidades concretas de consagração constitucional, condicionados pela necessidade e inevitabilidade a da ponderação dos valores e interesses que os direitos fundamentais visam proteger com outros valores, interesses ou

dá para dizer que já existe um delineamento pronto e acabado, no conteúdo do princípio, para dizer, realmente, até onde ele vai, em si mesmo. Ele depende (no sentido de sofre) de uma restrição externa, ainda que ele possa ter um conteúdo essencial, ele depende de restrições externas, pois,

As normas de direitos fundamentais valem, mas só quando e na medida em que aos interesses de liberdade por ela protegidos não se opuserem outros interesses (bem jurídicos) de valor mais elevado⁴⁴, que faz com que se preocupe em “construir um modelo eficaz e constitucionalmente adequado de controlo da actuação dos poderes constituídos no domínio dos direitos fundamentais”⁴⁵

Na constituição é uma delimitação que não existe; é uma a delimitação que se construiria doutrinariamente, em que o seu conteúdo de acordo com a doutrina seria mais amplo ou, menos amplo, então, é muito difícil dizer que já haveria na constituição um limite imanente.

Mas a lei e a própria constituição trazem o limite externo, porque o limite da solidariedade funciona como um limite externo à autonomia. Um limitando o outro, onde quando eles se ponderam⁴⁶, verifica-se qual deles prevalece. A lei, muitas vezes já faz a ponderação, determinando qual deles prevalece, então, trazendo um limite externo. Não seria então um limite inerente ao próprio direito fundamental, porque quem admite a teoria interna, em última instância diz que não existe colisão entre direitos fundamentais. Porque se cada um tem o seu espaço pré-definido, a priori, não há colisão, só que atualmente, a maioria da doutrina admite que haja colisão⁴⁷ e, que esta é resolvida através de conjuntos de técnicas, de ponderação, de proporcionalidade, de proibição do excesso.

princípios, igualmente atendíveis no caso e que até podem ser, e são frequentemente, interesses jusfundamentalmente protegidos.”

⁴⁴Ibidem, p. 358.

⁴⁵Ibid., p. 360.

⁴⁶Ibidem, p. 356. Conforme Jorge Reis Novais: “Neste sentido, erige-se, a ponderação em conceito-chave da dogmática dos limites dos direitos fundamentais, enquanto método, não apenas inevitável como também constitucionalmente mais apto a proceder a uma composição adequada de valores ou interesses.”

⁴⁷Idem.. Conforme Jorge Reis Novais: “... Qualidade dos direitos fundamentais enquanto valores ou princípios geradores de um impulso permanente e expansivo de realização de cuja medida e alcance se pode, todavia, ver impedidos, comprimidos ou até anulados pela necessidade de simultânea realização de princípios e valores opostos.”

Conjunto esse de critérios para definir como se dá à solução para todo mundo, pois a teoria interna não é suficiente com a colisão.

Portanto a lei de plano de saúde estabelece, sim, restrições à autonomia privada. Agora a questão é: essas restrições simplesmente exteriorizam um limite imanente que partiria da constituição, ou elas trazem um limite externo? A constituição traria ampla autonomia, ampla liberdade, sem limite interno, mas a lei e a própria constituição trazem um limite externo.

Afinal de contas se nós formos transportar essa distinção entre teoria interna e teoria externa dos direitos fundamentais para o modo como os civilistas têm analisado os limites à autonomia, sobretudo a função social, como dotado de um limite interno ou dotado de limites externos. Poderemos obter que, pelo desenvolvimento da pesquisa, permitir-se-á identificar o pensamento da doutrina civilista à luz do primeiro ou do segundo enfoque.

Segundo TEPEDINO, com alusão aqui aos contratos de massa, inferindo-se à Lei dos planos de saúde⁴⁸, que também se regula pelo CDC⁴⁹, em que se demonstra aqui talvez nem uma teoria nem outra a ser definitivamente aplicada, pois não se percebe de forma temática uma distinção entre os contratos de consumo e a teoria contratual do direito civil.

Como salienta muito bem TEPEDINO ao colocar “(...) cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente não compatibilizar, institutos do direito privado com restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional”.⁵⁰

A liberdade de contratar um plano de saúde é uma liberdade, desde logo, em sede constitucional limitada ou ela é simplesmente uma liberdade, a priori, sem limite, mas que deve ser ponderada, com o direito à saúde e, foi, na lei ponderada, a tal ponto do legislador dizer que: a autonomia é “em determinados limites”, dependendo de cada caso concreto em que a ponderação de valores é que determina até onde a autonomia privada poderia ir. A jurisprudência limita através da ponderação, mas é um limite concreto, em

⁴⁸ Lei Nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

⁴⁹ Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 21

que se tem a limitação de um direito fundamental por outro, mas na ponderação concretamente.

Por outro lado, contemporaneamente, ela tem conteúdo essencial que não se confunde com limite interno, vinculados ao contrato social frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que estruturam o arcabouço do que se compreende como autonomia privada presente nas relações jurídicas dos contratos.

O conteúdo essencial é o limite ao limite externo. Temos um direito fundamental e temos um limite externo. O legislador ao estabelecer um limite, ele só pode fazê-lo até aquele conteúdo essencial. Precisamos trabalhar aqui quais são os critérios para definir qual é o conteúdo essencial. Critérios como a dignidade da pessoa humana, considerado um critério objetivo, o que geraria um problema. A dignidade da pessoa humana como direito fundamental. Qual é o limite do limite? Seria então, limite do limite do limite. De forma que a ponderação a ser feita no caso concreto, de acordo com a doutrina, teria de utilizar-se dos critérios da adequação e necessidade.

5 CONCLUSÃO

Partindo da análise proposta na introdução, posto que em face da dificuldade na fundamentação das restrições, trilhou-se um caminho por meio da inferência à constitucionalização do direito civil⁵¹ a fim de demonstrar as nuances ocorridas e, hoje, inerentes ao princípio da função social. Em seguida, através da abordagem da teoria interna e da teoria externa, nos foi possível analisar os parâmetros restrição/ violação aos direitos fundamentais.

Dando conta de revelar o sentido da função social dos contratos no exemplo proposto, no caso dos planos de saúde, como um elemento limitador da autonomia privada, a partir de uma lógica externa que reconhece não só uma distinção entre os princípios, como também, a sua mútua dependência a

⁵¹ Hoje se continua a dizer que continua sendo um direito civil, mas que é um direito civil parte da constituição. Não tem o código como centro. O centro é a própria constituição. A constituição se pronuncia em todo o ordenamento jurídico e todo o ordenamento se clareou num todo.

partir da identificação das ponderações, sejam elas realizadas pelo juiz, sejam, sobretudo realizadas como no exemplo proposto, realizadas pelo legislador no tocante a colisão entre estes princípios.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Projeto do código civil**. o princípio da boa fé. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo7.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. O novo desenho jurídico do contrato. Prefácio à obra: In: __ **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 12 out. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Notas sobre o princípio da função social dos contratos**. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea. In: Carmem Lucia Silveira Ramos. (Org.). **Direito Civil-Constitucional: Situações Jurídicas Patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.google.com/search?hl=pt>>

BR&q=principios+otimiza%C3%A7%C3%A3o+paulo+schier&btnG=Pesquisar&l
r=&aq=f&oq=>. Acesso em 15 dez. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do
direito civil. In:_____. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar,
2001.