



## OS DEVERES FUNDAMENTAIS E A SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

### THE FUNDAMENTAL DUTIES AND THE SOLIDARITY IN PRIVATE RELATIONS

---

**Bruna Lyra Duque**

Doutoranda e Mestre do programa de pós-graduação stricto sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial (FDV). Professora de Direito Civil da graduação e pós-graduação lato sensu da FDV. Sócia fundadora do escritório Lyra Duque Advogados E-mail: bruna@lyraduque.com.br

**Adriano Sant'Ana Pedra**

Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), mestre em Física Quântica (UFES), especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa), especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha), bacharel em Direito (UFES) e bacharel em Física (UFES). É professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor do Curso de Direito da FDV, professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES), membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL) e procurador federal. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo. E-mail: adrianopedra@fdv.br

#### **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 algumas questões ligadas ao individualismo *versus* solidarismo sob o enfoque da horizontalidade dos deveres fundamentais.

**Palavras-chave:** Deveres fundamentais; direitos fundamentais; horizontalidade; solidariedade.

#### **Abstract**

The goal of this article is to understand the solidarity duties in the private

---

relations. The study intend to investigate the fundamental duties subject against the private autonomy and it will evaluate some issues linked to the duality of individualism *versus* solidarism, by focuzing on the horizontality of the fundamental duties.

**Keywords:** duties; fundamental rights; horizontality; solidarity.

## INTRODUÇÃO

O estudo avaliará questões relacionadas ao individualismo *versus* solidarismo, nas relações privadas, sob o enfoque da vinculação dos particulares aos deveres fundamentais, a partir da premissa de que um sujeito de direito é um ser livre e, ainda, um titular não só de direitos, mas também de deveres.

A solidariedade é, na verdade, o outro lado de uma mesma moeda no jogo dos direitos e deveres, uma vez que ratifica a incidência de direitos fundamentais abrangidos pela norma constitucional, podendo ser compreendida a partir de uma relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade.

Não obstante, no campo privado, a autonomia é uma ferramenta que permite a livre atuação dos particulares, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, para a realização de seus interesses, com funções econômicas e sociais diversas. Assim, cada indivíduo determina os rumos da sua existência, de acordo com as suas preferências subjetivas e materiais, respeitando-se a sua liberdade de escolha.

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). No plano da solidariedade, a autonomia privada, em face das novas realidades sociais e econômicas, precisa adaptar-se e ganhar nova roupagem: a realização da justiça<sup>1</sup> 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 suas liberdades (BOBBIO, 1992, p. 22).

A Constituição da República Federativa do Brasil não apresenta apenas normas que conferem direitos<sup>2</sup>, mas apresenta diversos deveres dos sujeitos como membros do Estado. Tem-se, assim, que os deveres fundamentais são correlatos 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. Um Estado, portanto, não é concebido apenas a partir de realização de direitos.

---

<sup>1</sup> Por exemplo, aplicar a justiça aos contratos de financiamento habitacional significa empregar uma carga ética, voltada para a lealdade na negociação com respeito aos interesses negociados em respeito a uma ordem de cooperação contratual.

<sup>2</sup> 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 (Coordenação). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 36.

Dessa maneira, a temática dos deveres fundamentais diante da autonomia privada será considerada a partir da tese da simetria entre direitos e deveres fundamentais. Nesse ponto, busca-se compreender como o reconhecimento de uma relação sinalagmática entre particulares desgasta a autonomia privada e pode gerar conflitos quando se aplica sem critérios e de forma absoluta o dirigismo contratual.

Compreender-se-ão os deveres fundamentais no tocante à sua natureza de direitos conexos. 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 quanto à relação entre os deveres fundamentais e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada.

A temática desenvolvida passará pela vertente da análise econômica do direito<sup>3</sup>, utilizando-se parâmetros da economia para avaliar os limites na estipulação de deveres fundamentais voltados ao particular diante de um conflito de interesses.

## 1. A CONCEPÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

A norma constitucional, quando considerada como veículo de debate democrático, apresenta-se como um texto aberto, a ser concretizado ou densificado, conforme sua aplicação. A Constituição, nesse cenário, se revela como uma esfera pública, na qual as práticas quotidianas, ao se firmarem, passam a firmar os seus comandos, que, por sua natureza, devem ser notados em seu incompletude (FABRIZ, 2003, p. 227).

É indiscutível que os operadores do direito concentram suas pesquisas em torno dos direitos fundamentais. A doutrina, no mesmo sentido, ocupa-se demasiadamente com o plano dos direitos fundamentais, o que resulta na ênfase dos direitos e na ausência de tratativa dos temas ligados aos deveres fundamentais<sup>4</sup>. Dimoulis e Martins (2011, p. 325-326) explicam o entendimento de Carl Schmitt, que, ao analisar a Constituição de Weimar, revelou 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

---

<sup>3</sup> Trata-se da relação estabelecida entre direito e economia, um movimento criado nos Estados Unidos (chamado de "*Law and Economics*") na Escola de Chicago. Tal movimento estabelece um liame entre direito e economia que pode apresentar soluções para questões constitucionais e privadas atuais.

<sup>4</sup> Carlos Alberto Gabriel Maino (2011, p. 32) adverte sobre o esquecimento da sociedade pós-moderna sobre os deveres: "Es muy curiosa la formulación actual de la sociedad occidental a este respecto. Si se piensa en la sociedad premoderna de cualquier tiempo y lugar, se observará la común inteligencia de que el hombre es un ser incompleto y deudor. Sus deberes patrióticos, religiosos y familiares configuran la vida social medieval, romana, judía o griega. El Antiguo Testamento, el Código de Hammurabi, y la profusa bibliografía sobre el tema así lo atestiguan. La sociedad moderna y posmoderna se constituye sobre derechos, el hombre nace acreedor de una serie de prerrogativas, gran parte de las cuales quedan insatisfechas, son de imposible cumplimiento, y no se conoce quien es el sujeto obligado a satisfacerlas".

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.

Como propõe Casalta Nabais (2005, p. 81), os direitos e deveres devem ser colocados no mesmo patamar constitucional, uma vez que tanto os direitos como os deveres são elementos que integram o estatuto constitucional do indivíduo.

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.

Há quem relacione o dever com a ideia de obrigação. No campo do direito privado, *v.g.*, diversas teorias foram elaboradas na tentativa de explicar a natureza jurídica da obrigação, e muito se discute sobre a sua relação com os deveres morais, sociais ou de consciência.

Os deveres fundamentais, no plano constitucional, são qualificados, pela doutrina<sup>5</sup>, 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.

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 se deve recuperar o horizonte dos deveres fundamentais tanto do ponto de vista social e político, como do ponto de vista jurídico. Essa ideia permite compreender e reconhecer o outro em sua alteridade, e, por isso mesmo, os deveres fundamentais são aqui tratados ao lado da máxima da solidariedade. Assim, reconhecer o outro, nas relações privadas, passa a ser o desafio na compreensão dos deveres fundamentais e da sua aplicabilidade.

Este artigo analisa o tema dos deveres fundamentais tanto na noção de abstenção, quando ao sujeito do dever é vedado fazer algo, como na imposição de um comportamento positivo<sup>6</sup>. O indivíduo de direito não pode se tornar indivíduo de fato sem antes tornar-se cidadão. Não há, por sua vez, indivíduos autônomos sem uma sociedade autônoma, e a autonomia da sociedade requer uma autodeterminação, algo que só pode ser concretizado quando compartilhado por seus membros (BAUMAN, 2001, p. 50).

Neste prisma, segundo pensamento de Michael J. Sandel (2011, p. 141), para

---

<sup>5</sup> Cita-se aqui os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins na obra "Teoria geral dos direitos fundamentais. Os mesmos autores também apresentaram tal entendimento no artigo "Deveres fundamentais" publicado na obra coordenada por George Salomão e Ingo Sarlet denominada "Direitos, deveres e garantias fundamentais".

<sup>6</sup> No mesmo sentido, Gregorio Peces-Barba Martínez (1987) entende que "los deberes correlativos al derecho subjetivo pueden ser positivos si consisten en un hacer, o negativos si consisten en no hacer u omitir.

agir livremente, de acordo com Kant, deve-se agir com autonomia. “E agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo - e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais”.

Dessa maneira, os deveres fundamentais podem ser concebidos como deveres jurídicos<sup>7</sup> 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.

## 2. A SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Compreender a solidariedade não é tarefa fácil. Intuitivamente, parece que a noção do “ser solidário” oferece aquela ideia automática do dever moral. Outrossim, do ponto de vista jurídico, a solidariedade está relacionada com a ampliação da visão horizontal da tratativa entre duas pessoas, “para apreender as relações verticais que apresenta com o resto da sociedade. Trata-se de ampliar o fundamento de fato, de forma que relacione os conflitos individuais com as tensões estruturais sistemáticas da vida social” (LORENZETTI, 1998, p. 237).

O dever de solidariedade está previsto no artigo 3º da Constituição brasileira como um objetivo da República Federativa, apresentando-se como uma finalidade de edificação de uma sociedade livre e justa<sup>8</sup>. Nesse contexto, tem-se que em todas as relações privadas tal princípio deverá ser considerado. A função essencial de tais deveres está relacionada aos anseios comunitários<sup>9</sup>, nos quais se situam as pessoas humanas.

Tais objetivos destacados no Texto Constitucional, no Título I, como “Dos Princípios Fundamentais”, enaltecem a qualidade do que é essencial, fazendo “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” (MORAES, 2008).

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).

Sobre os deveres fundamentais nas relações privadas, Dimitri Dimoulis e

---

<sup>7</sup> Gregorio Peces Barba Martínez (1987) alerta que “la identificación del deber jurídico y su distinción del deber moral es imprescindible para aclarar el sentido del término deber fundamental”.

<sup>8</sup> Interessantes discussões sobre a justiça são levantadas pela filosofia política e pela filosofia jurídica. Destacam-se algumas visões atuais como a de Michael Sandel e a de Amartya Sen.

<sup>9</sup> Michael Sandel, numa visão comunitarista, defende que o indivíduo deve ser avaliado no contexto onde está inserido. O autor propõe a tese comunitarista em oposição ao liberalismo contemporâneo. Sandel apresenta questionamentos quando contrapõe situações concretas para apreciar teorias de moralidade e justiça (contrato de barriga de aluguel e venda de órgãos) e defende que não se pode determinar realmente quais bens e práticas sociais devem ser governados pelo mercado até que se examinem tais teorias (SANDEL, 2011, p. 124).

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?

A solidariedade, neste cenário, ratifica a incidência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela norma constitucional. Em outras palavras, a solidariedade pode ser compreendida como uma verdadeira relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade.

Maria Celina (2003, p. 109-110) apresenta importante distinção da solidariedade. A autora divide tal elemento em duas espécies, a saber: a solidariedade fática e a solidariedade como valor. A fática decorre da necessidade da coexistência humana, já a solidariedade como valor advém da consciência racional dos interesses em comum. Aí reside, para a autora, o conceito dialético do reconhecimento do outro.

Há, então, uma estreita relação entre deveres e restrições aos direitos. É tênue 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.

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. Parte-se da ideia de que dada realidade jurídica mostra-se como “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. 2).

O diálogo das fontes acaba sendo um mecanismo que depura os valores constitucionais abstratos, a partir da concretude do fato, combinando fatores que perpassam pela pessoa e pela vida social.

Quanto ao caráter econômico da temática aqui desenvolvida, utilizam-se parâmetros da economia para avaliar os limites/critérios do avanço ou freio na estipulação de deveres fundamentais voltados ao particular diante de um conflito de interesses. Parte-se da premissa de que a economia exerce forte influência nas questões privadas.

Na economia globalizada<sup>10</sup>, em vista disso, há o enfraquecimento dos Estados e

---

<sup>10</sup> Bauman (1999, p. 7-8), ao analisar a relação da globalização com noções de liberdade e mercado, esclarece: “Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo “localizador”, de fixação no espaço. Conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existenciais de populações inteiras e de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel. A mobilidade galga ao mais alto nível dentre os valores cobiçados – e a liberdade de movimentos, uma mercadoria sempre escassa e distribuída de forma desigual, logo se torna o principal fator estratificador de nossos tardios tempos modernos ou pós-modernos”.

o fortalecimento dos mercados, propiciando a fusão de grandes empresas que concentram o poder econômico. Nessa relação entre o direito e a economia, a teoria da agência admite a dificuldade na estipulação dos deveres entre sujeitos, a partir da premissa de que, por exemplo, os contratos são criados para serem incompletos, e apresenta questões problemáticas como a assimetria de informação, a transação<sup>11</sup> e o oportunismo presente nos conceitos econômicos.

As relações jurídicas privadas definidas entre os agentes econômicos são efetivamente incompletas, 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 (SZTAJN, 2005, p. 74). E qual a relação dessa temática com os deveres fundamentais? É o que se pretende propor com a tese da harmonização.

### **3. OS DEVERES FUNDAMENTAIS RESTRINGEM A LIBERDADE DOS PARTICULARES NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA?**

A noção que se tem dos deveres fundamentais é que estes se prestam a restringir as liberdades. Não obstante, como não há liberdade absoluta, mas “só existe liberdade dentro do direito” (PEDRA, 2012, p. 135), somente quando os deveres fundamentais são erroneamente empregados é que acabam por restringir a liberdade dos particulares.

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica.

No campo das relações entre particulares, a autonomia retrata um aspecto ativo e positivo da personalidade, no âmbito de atuação das pessoas que podem atuar como seres autônomos e responsáveis. Assim, na tentativa de relacionar a autonomia com os deveres, no que diz respeito à horizontalidade dos deveres fundamentais, pode-se identificar no constitucionalismo uma ideia simples, a saber: quem possui direitos deve também possuir deveres (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 339). Tal contraprestação ocorre, por exemplo, no caso do indivíduo que tem a sua intimidade preservada, nas redes sociais, e igualmente respeita a intimidade de outrem no mesmo universo virtual.

Em razão da solidariedade, coloca-se a “disposição dos vulneráveis recursos que permitam o exercício dos direitos fundamentais de maneira satisfatória, reforçando a coesão social” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 339). Neste ponto, os deveres fundamentais são “instrumentos que auxiliam a vida em comunidade, facilitando a sua

---

<sup>11</sup> Sobre o tema “custos de transação”, Richard Posner (2005, p. 9) esclarece: “El primero es que el Derecho, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción. Por ejemplo, definiendo claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato. Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado [...]. El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren”. Posner, portanto, acredita que compete ao Direito a busca pela eficiência a fim de minimizar os custos de transação, por exemplo, ao definir os direitos de propriedade, criando, dessa forma, soluções mais baratas quando ocorrer o descumprimento de um contrato.

organização e, por si só, devem ser respeitados e cumpridos” (RUSCHEL, 2007, p. 231-266). Não obstante, a aplicação da instrumentalização proposta pela autora, de forma rígida e absoluta, pode enfraquecer a autonomia privada.

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 legislador<sup>12</sup> 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 as instituições financeiras destinarem parcela dos recursos obtidos para programas de financiamento de habitação popular (SARMENTO, 2004, p. 340).

A efetividade dos direitos e dos deveres fundamentais depende da crença em sua necessidade e seu significado para a preservação do homem em sociedade, “além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais<sup>13</sup>” (SARLET, 2001, p. 9).

A partir dessa ótica, pode-se indagar, *v.g.*, se existe um dever (fundamental) da empresa de seguro-saúde que a obriga 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 nos tribunais brasileiros.

Entende-se que o responsável primário pela garantia de certas 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.

Assim, a necessidade de aplicação dos deveres fundamentais aos particulares em suas relações (horizontalidade dos deveres fundamentais), sobretudo pautando-se na solidariedade, não pode descuidar do respeito à autonomia privada a partir de fundamentos mais básicos da economia<sup>14</sup>.

Na ótica pragmática do “Direito e Economia”, propõe-se ao intérprete aplicar a lei com o objetivo de sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender valores democráticos, direitos fundamentais e linguagem jurídica como meio de comunicação

---

<sup>12</sup> Vieira de Andrade (2004, p. 170) entende que “os deveres fundamentais não são imediatamente aplicáveis, dependendo da intervenção do legislador para regulamentá-los”.

<sup>13</sup> O autor esclarece ainda: “a preservação do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento” (SARLET, 2001, p. 9).

<sup>14</sup> No Recurso Especial nº 1.106.625-PR (2008/0259499-7), cujo relator foi o Ministro Sidnei Beneti, foi considerada a noção econômica do contrato, nos seguintes termos: “[...] A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade [...]”.

efetiva e a separação de poderes (SALAMA, 2010, p. 43). A tese aqui esboçada busca compreender a análise econômica do direito como um instrumento apto a esclarecer problemas jurídicos na seara privada e apontar desdobramentos das variadas escolhas normativas neste contexto.

Da perspectiva pragmática, o Direito é uma ferramenta apta à consecução de fins sociais. No pensamento do pragmatismo, enfatiza-se a rejeição da ideia de que o Direito “esteja fundado em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica” (SALAMA, 2010, p. 41).

O autor Bruno Salama (2010, p. 41) esclarece que Richard Posner postula que

[...] o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas conseqüências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.

Assim, 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.

Defende-se que as questões sociais estão intrinsecamente ligadas ao mercado. Uma das mais perigosas questões atuais é o alargamento dos mercados e a análise dos mercados para as esferas da vida delimitadas por normas que não são econômicas. Existem questões morais que aparecem quando o governo contrata empresas privadas para fornecer leitos em hospitais, ou quando o governo se omite em regular o comércio eletrônico, fenômeno que afeta sobremaneira o mercado de trabalho.

Entende-se, assim, que tais questões não dizem respeito apenas à autonomia privada e à utilidade. Estão ligadas também ao modo equilibrado de ponderar as mais relevantes práticas sociais, sendo assim, estão relacionadas também à democracia. Michael J. Sandel (2011, p. 327) aborda este assunto em sua tese sobre os limites morais dos mercados e adverte que a “comercialização das práticas sociais pode corromper ou degradar as normas que as definem, precisamos perguntar quais são as normas não dependentes do mercado que desejamos proteger da interferência do mercado”.<sup>15</sup>

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 sociais”. Assim sendo, a instituição ou não de deveres fundamentais repousa na soberania do Estado enquanto comunidade organizada,

---

<sup>15</sup> O autor Sandel (2011, p. 128), v. g, na análise do caso do contrato da barriga de aluguel apresenta os seguintes questionamentos: “Até que ponto nossas escolhas no livre Mercado são realmente livres? Há certas virtudes e bens de natureza tão elevada que transcendam as leis do Mercado e o poder do dinheiro?”

soberania que não pode, todavia, fazer tábua rasa da dignidade humana, ou seja, da ideia da pessoa humana como princípio e fim da sociedade e do Estado (NABAIS, 1998, p. 60).

O que se observa, hodiernamente, nas áreas de empréstimos bancários, seguros, educação e moradia, é que os tribunais têm se manifestado a partir da premissa absoluta de proteção aos vulneráveis e de forma dissociada das questões econômicas, repassando ao particular (empresas, planos de saúde e as pessoas que deles fazem parte, instituições financeiras, etc.) um dever que seria do Estado, qual seja, programas de saúde, acesso à educação, fomento da atividade econômica, etc. Contudo, repassar prestações 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 um desequilíbrio ainda maior na relação particular *versus* particular.<sup>16</sup>

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 criança, 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.<sup>17</sup>

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).

No plano da interpretação sistemática, a pluralidade que compõe a Constituição impede a análise isolada de uma determinada norma (PEDRA, 2010, p. 20). Para a sua compreensão, faz-se necessária uma interpretação sistêmica, sendo a tese aqui esboçada a relação entre o individualismo *versus* solidarismo sob o enfoque da horizontalidade dos deveres fundamentais. Neste aspecto, a investigação dos deveres anexos na interpretação das relações entre particulares pode ser aplicada aos casos concretos que, face ao dirigismo contratual do magistrado, tem 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<sup>18</sup>, no caso de violação positiva de

---

<sup>16</sup> Um exemplo disso é o efeito reflexivo, por meio do aumento do preço, que poderá ser repassado ao consumidor.

<sup>17</sup> No campo privado, vive-se há muito tempo uma “revolução axiológica”, não sendo necessário mais cogitar a divisão entre o público e o privado. O tripé privado, família, propriedade e contratos, é modificado com a ruptura do muro “a separar o Estado e a sociedade” (NEGREIROS, 2006, p. 48).

<sup>18</sup> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE

uma obrigação<sup>19</sup>, 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 (2003, 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.

Com a (re)leitura constitucional das relações jurídicas, agora socializadas, almeja-se idealizar a transformação entre o individual e o coletivo para compreender a Constituição axiologicamente, buscando substituir o “ter” por “ser” com “primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial” (NEGREIROS, 2006, p. 62).

Cita-se, ainda, 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 na ocorrência de sinistro. Dessa forma, há uma via de mão dupla que exige uma atuação dos sujeitos também voltada para o bem comum, assim como uma atuação da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais (ROSENVALD, 2007, p. 17).

No campo contratual, o respeito às condições mínimas da vida tem aplicação. Conforme a teoria alemã dos “limites do sacrifício”, os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos exagerados e não previstos, o que poderá ser verificado quando o adimplemento comprometer a sobrevivência. O sistema de livre mercado pode ser trabalhado como exemplo para evidenciar essa teoria dos

---

CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. 1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. 3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido. (STJ. REsp 1276311/RS. Recurso Especial 2008/0236376-7. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. T4 - Quarta Turma. DJe 17/10/2011. RSTJ vol. 225 p. 664).

<sup>19</sup> Novos institutos veem sendo recepcionados pelo Direito Civil brasileiro para assegurar a tutela dos direitos do devedor, como é o caso da teoria do *duty to mitigate the loss* (dever de mitigação do prejuízo). No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal já aprovou o Enunciado nº 169, na III Jornada de Direito Civil, a saber: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Segue interessante julgado apreciado pelo STJ sobre o tema: REsp 758518/PR Recurso Especial 2005/0096775-4. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). T3 - Terceira Turma. 17/06/2010. REPDJe 01/07/2010.

“limites do sacrifício” (AZEVEDO, 2002, p. 98).

Assim sendo, o contrato<sup>20</sup> 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 (financiamentos, contratos bancários de modo geral, 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<sup>21</sup> será alcançado, pois aqui está o reflexo da aplicação da harmonização dos deveres de solidariedade e do espaço da liberdade dos particulares.

#### 4. À GUIA DE CONCLUSÃO: UMA PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Constatou-se, neste estudo, que nas relações privadas existem deveres fundamentais dos particulares inerentes à solidariedade, mas, ao mesmo tempo, a autonomia privada precisa ser resguardada em alguns cenários contratuais, especialmente diante da repercussão econômica que uma interferência judicial pode causar nas contratações futuras. Acredita-se que o exagero da judicialização dos direitos fundamentais poderá aumentar a implementação e a efetividade dos direitos e dos deveres fundamentais.<sup>22</sup>

Assim, se determinados ônus estatais são repassados 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, tal cenário poderá gerar, em determinadas situações, um desequilíbrio maior na relação particular *versus* particular.

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 os deveres anexos do negócio, mas a autonomia privada não pode ser freada pelo Poder Judiciário (subjativismo do magistrado), por meio do dirigismo contratual sem critérios, de forma absoluta e supostamente pautada em

---

<sup>20</sup> O contrato hoje precisa ser compreendido como um instrumento de tutela da pessoa humana, mais que isso, um sustentáculo para o desenvolvimento livre de existência do indivíduo como uma verdadeira diretriz de solidariedade, nos termos propostos no artigo 1o, inciso III, da Constituição Federal, na qual o “estar para o outro”, converte-se em linha hermenêutica para as situações patrimoniais (ROSENVALD, 2007, p. 10).

<sup>21</sup> “Subjacente à idéia de reciprocidade está a da comunidade de iguais, que, porém, sob o império da igualdade formal, é de ser entendida, tanto fática como juridicamente, em sentido determinado: faticamente, ressaltando que as desigualdades nunca são tão relevantes assim; em sentido jurídico, menosprezando as desigualdades de fato para que os homens possam considerar-se (embora não o sejam realmente) como iguais. Comunidade de iguais e igualdade de interesses, contudo, ainda referenciados a valores exclusivamente individuais, caros a indivíduos em reais condições de igualdade e enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça, neste ambiente, permanece sendo a da igualdade perante a lei” (MORAES, 2003, p. 113).

<sup>22</sup> Esse ponto foi apresentado no artigo em decorrência da atual postura dos tribunais, que buscam a proteção absoluta dos vulneráveis e de forma dissociada das questões econômicas, repassando ao particular (empresas, planos de saúde e as pessoas que deles fazem parte, instituições financeiras, etc.) um dever que seria do Estado.

direitos fundamentais para impor aos indivíduos e empresas alguns deveres tipicamente estatais.<sup>23</sup>

A proposta central deste estudo, portanto, reside na noção de que a autonomia privada só poderá ser relativizada, em observância ao dever fundamental de solidariedade, quando pautada em critérios racionalmente justificáveis e utilizando-se do diálogo das fontes.

## 5. BIBLIOGRAFIA

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

\_\_\_\_\_. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coordenação). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

FABRIZ, Daury Cesar. A Eficácia dos Direitos Sociais após duas décadas da Constituição brasileira de 1988. **Publicações Seriadadas do Centro de Estudos Sociais**, Coimbra, n. 315, p. 1-13, out. 2008.

JAYME, Erik. 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.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

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 (Coordenação). **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 (Organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

---

<sup>23</sup> Não foi objeto de análise deste estudo a alocação de recursos no prisma do Poder Executivo (implementação de Políticas Públicas). De todo modo, pode-se projetar, ainda, a relação do tema com a questão custo *versus* benefício dentro da linha de estudo esboçada pela Análise Econômica do Direito.

---

\_\_\_\_\_. 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.

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, 2003.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (Organizador). **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.

\_\_\_\_\_. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

NEGREIRO, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. 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. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. Tradução Enrique Pasquel. **Revista de Economía y Derecho**, Invierno, v. 2, n.º. 7, p. 7-16, 2005.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. **MP-MG Jurídico**, Minas Gerais, n. 9, Ano II, abr.-jun. 2007.

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

SALAMA, Bruno Meyerhof (Organizador) **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. 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.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

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.

Recebido em 07/12/2012  
Aprovado em 29/05/2013