

Princípios contratuais na legalidade constitucional.

Prof. Gustavo Tepedino

Teoria contratual na perspectiva Civil-Constitucional

- Os princípios constitucionais (objetivos e fundamentos da República – arts. 1º, 3º, C.R.)
- Funcionalização dos institutos
- Despatrimonialização

Fundamentos e objetivos da República

Art. 1º: A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Influência da Constituição de 1998

A transformação do modelo da teoria contratual e o surgimento de novos princípios contratuais na experiência jurídica brasileira tem por referência normativa fundamental a C.R. de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial.

Novos Princípios Contratuais

- Boa-fé objetiva
- Equilíbrio econômico dos contratos
- Função social do contrato

Boa-fé Objetiva v. Autonomia Privada

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

**Proibição ao comportamento contraditório
(*venire contra factum proprium*):
expressão da boa-fé objetiva em sua
função restritiva**

A ninguém é dado vir contra o próprio ato, vale dizer, não se admite que o sujeito pratique uma conduta em contradição a anteriormente adotada, violando a legítima expectativa daquele que acreditara na preservação do comportamento inicial.

Proibição ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)

“Com a perfeita boa-fé agiu o recorrente no estabelecimento do regime de bens no casamento. Tanto quis, com lealdade, esse regime, que, realizado o matrimônio, além de outros atos, que traduzem manifestação inequívoca de que se considerava casado sob o regime de separação de bens, chegou mesmo a declarar-se assim casado em escritura pública de aquisição de bens (fls. 660). Se isso é certo, não pode, agora, passados anos, cerca de um quinquênio, ser ouvido quando vem sustentar que o regime de bens, em vez de ser o da separação, ao qual conscientemente se submeteu e sob o qual, de fato, passou a viver, é o regime da comunhão. Tendo criado, com a recorrida, uma situação que ambos acreditaram regular e juridicamente constituída, situação que foi condição do casamento, quiseram submeter-se. Instituído uma situação em que a outra parte confiou, a alegação, que agora levanta, de que o regime de bens é o da comunhão de bens, importa quebra do princípio geral do direito, segundo o qual não pode a parte *venire contra factum proprium*.” (STF, RE 86787, 2ª T., Min. Leitão de Abreu, julg. 20.10.1978.)

Venire contra factum proprium no TST

- “A despedida do empregado poucos dias antes do prazo marcado para a adesão ao PDV caracterizou-se como manifestamente obstativa ao direito de optar pela demissão incentivada, com o objetivo de minorar os prejuízos decorrentes da inafastável situação de desemprego, violando o princípio da boa-fé objetiva e do *nemo potest venire contra factum proprium*” (TST, RR - 2314-59.2012.5.02.0472, 7ª T., Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julg. 11.3.2015).
- No mesmo sentido: TST, ED-RR - 2002-83.2012.5.02.0472, 7ª T., Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julg. 6.5.2015; TST, RR - 2303-30.2012.5.02.0472, 7ª T., Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, julg. 13.5.2015.

Venire contra factum proprium no TST

- “Controverte-se acerca da validade de cláusula de contrato de prestação autônoma de serviços advocatícios firmado entre as partes, mediante o qual se pactuou que a contraprestação pelos serviços prestados se daria exclusivamente por meio do pagamento dos honorários sucumbenciais. (...) A alegação de abusividade da cláusula vai de encontro aos expressos termos do contrato de prestação de serviços, caracterizando, inclusive, comportamento contraditório do reclamante, incompatível com o princípio da boa-fé objetiva, consubstanciado no princípio da vedação do *venire contra factum proprium*” (TST, AIRR - 66240-82.2007.5.23.0026, 1ª T., Rel. Min. Lelio Bentes, julg. 10.6.2015).

Venire contra factum proprium no TST

“As cláusulas em referência espelham a celebração de nítido contrato de risco, com remuneração vinculada aos resultados obtidos, não se vislumbrando abusividade ou má-fé contratual na pactuação da sobredita Cláusula Sétima, mesmo porque, firmada a avença por profissional qualificado, experiente e, à obriedade, cômico do respectivo teor ao tempo da contratação (...). De resto, perfeitamente possível a pactuação avençada, contemplando a tão-só remuneração de honorários sucumbenciais ao advogado contratado, ainda que postergado o respectivo recebimento a momento ulterior à própria cisão contratual, quando do efetivo recebimento pelo Reclamado/Contratante”.

Teoria do adimplemento substancial

- Mesmo na presença de cláusula resolutiva expressa, diante do inadimplemento do devedor, o credor não está autorizado a resolver o negócio se a prestação parcialmente cumprida permite a satisfação substancial do interesse perseguido e se o inadimplemento puder ser sanado com a preservação do resultado útil alcançado pela relação contratual.

Teoria do adimplemento substancial

“(...) não poderia o credor invocar a cláusula contratual de vencimento antecipado de toda a dívida em razão do mero atraso no pagamento da prestação, com perda das quantias pagas e leilão extrajudicial do imóvel, porque houve adimplemento substancial do contrato quitação de mais de 75% do valor do imóvel de forma útil e proveitosa para o credor” (TJRJ, Ap. Cív. 2003.001.19486, 2ª C.C., Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julg. 15.10.2003).

Violação do contrato por terceiro

Em sua aplicação extracontratual, a boa-fé objetiva, informada pelo princípio constitucional de solidariedade social, impõe aos terceiros o dever de respeito às situações jurídicas anteriormente constituídas das quais têm ciência, impedindo-os de colaborarem com o devedor ou de induzi-lo ao inadimplemento contratual, celebrando com ele contrato incompatível com situação jurídica já existente. Em outras palavras, do princípio da boa-fé objetiva decorre a obrigação negativa (dever de abstenção) dos terceiros de não lesionarem o direito de crédito alheio de que têm conhecimento, preservando as obrigações previamente assumidas pelo devedor.

Violação do contrato por terceiro

Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

Dever do credor de mitigar o prejuízo

“A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ser diminuída” (Artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a Venda Internacional de Mercadorias – CISG).

“Duty to mitigate the loss” no TST

- “(...) a demora na futura contratação traduz violação do dever de informação da empregadora que envia proposta de emprego ao trabalhador, especialmente ao que já se encontrava empregado e precisou rescindir o contrato de trabalho, por ser uma das condições exigidas pela reclamada” (TST, RR - 335-86.2011.5.07.0010, 5ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, julg. 17.12.2014).

Boa-fé objetiva (*surrectio*) no TST

- Orientação Jurisprudencial 72 (SDI-1-Transitória): “o pagamento em dobro, concedido por liberalidade da empresa, dos domingos e feriados trabalhados de forma habitual pelo empregado da Petrobras submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento não pode ser suprimido unilateralmente, pois é vantagem incorporada ao contrato de trabalho, nos termos do art. 468 da CLT. Assim, o acordo coletivo, posteriormente firmado, somente opera efeitos a partir da data de sua entrada em vigor, sendo incabível a utilização da norma coletiva para regular situação pretérita”.

Responsabilidade pré-contratual no TST

- “(...) as negociações preliminares, com promessa de emprego que implica na entrega da CTPS, geram para o trabalhador a esperança, senão a certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito a tais princípios. Assim, se o empregador, ou seu preposto, frustra a esperança fundada do trabalhador em ser admitido, está caracterizado o abuso de direito capaz de ensejar o deferimento da indenização por danos materiais e morais, por conseguinte, configura violação aos arts. 186, 187, 422, 427 e 927 do Código Civil (artigo 896, "c", da CLT)” (TST, RR - 803-36.2011.5.15.0072, 2ª T., Rel. Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes).

Equilíbrio econômico v. Força obrigatória dos Pactos

O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil).

Consequências

- Cláusulas abusivas
- Revisão contratual
- Lesão
- Necessidade de informação
- Tutela em contratos de massa, de adesão e de consumo.

Função social dos contratos

Primeira corrente: a função social, embora prevista em lei, não é disciplinada de forma sistemática ou específica, encontrando-se presente de forma difusa dentro do ordenamento jurídico, expressa por meio dos institutos já positivados.

Tal posição acaba por esvaziar o conteúdo do princípio da função social do contrato, uma vez que os outros institutos positivados, por já expressarem a função social, dispensariam sua existência como categoria autônoma. Adotar este entendimento significaria interpretar a Constituição à luz do Código Civil, subvertendo a hierarquia de valores do ordenamento.

Função social dos contratos

Segunda corrente (majoritária): a função social expressa o valor social das relações contratuais, vale dizer, não apenas a vontade dos contratantes que concorre para a formação do contrato importa, mas também os efeitos que este contrato projeta na sociedade.

De acordo com esta corrente, o princípio da função social serviria de fundamento para a responsabilização do terceiro que viola o direito de crédito alheio, na medida em que propiciaria a apreensão do contrato como valor social.

Função social dos contratos

Tal posição acaba por reduzir a função social a instrumento de garantia da posição contratual do credor, desvirtuando a finalidade do instituto, o qual pretende impor deveres aos contratantes, não já ampliar-lhes a gama de garantias.

Terceira corrente: a função social, informada pelos princípios constitucionais, impõe deveres, e não direitos, aos contratantes em face de interesses socialmente relevantes alcançados pelo contrato.

Função social dos contratos

- “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.
- “Art. 2.035. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Função social dos contratos

De acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular das situações jurídicas subjetivas. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, embora alheios à esfera individual, sejam igualmente tutelados. Vincula-se, portanto, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (Pietro Perlingieri).

Função social dos contratos

A flexibilização do princípio da relatividade dos contratos em razão do princípio da função social dos contratos se efetiva por meio da imposição de deveres aos contratantes com vistas à promoção de interesses socialmente relevantes e não se destina à utilização como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais.

Função social dos contratos

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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 prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
- 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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.

“Relatividade x Função social” no TST

- “O princípio da relatividade dos contratos, assim como a autonomia privada, sofre interferência e, conseqüentemente, mitigação, por força dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, de onde se extrai da doutrina que, atualmente, o contratante não se vincula apenas com o contratado ou com o objeto do negócio, o que dá uma ideia de que, mesmo bilaterais, a relação firmada irradia efeitos perante terceiros. Assim, a responsabilidade do tomador de serviços ao contratar uma empresa prestadora de serviços vai muito além do simples cumprimento do objeto principal do contrato (...). O contrato não pode ser veículo de opressão e injustiças e a sua principal função é a harmonização de interesses, sendo válido apenas quando não implicar violação aos direitos de terceiros” (TST, AIRR - 10221-61.2013.5.19.0057, 5ª T., Rel. Min. Maria Helena Mallmann, julg. 16.9.2015).

Função social e terceirização

Súmula 331 do TST, itens I, III e V:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974);

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Função social dos contratos e terceirização

- Nesta linha, até mesmo os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta podem ser responsabilizados subsidiariamente em caso de conduta culposa.
- “O fundamento dessa responsabilidade está na presumida culpa que se atribui a quem (tomador) indiretamente - *in elegendo, in vigilando* - (por meio do contrato com a prestadora) causou prejuízo a terceiro (empregado). Entende-se, nesse caso, que o tomador contratou sem as devidas cautelas ou não fiscalizou devidamente o cumprimento de obrigações decorrentes desse contrato. Não se questiona a liberdade de contratar, mas como o próprio Código Civil (artigo 421) dispõe, ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’” (TST, AIRR 276000-05.2009.5.09.0022, 3ª T., Rel. Min. Rosa Maria Weber, julg. 6.4.2011).

Responsabilidade *subsidiária* da Administração Pública

Art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

“Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente” (TST, IUJ-RR-297751-31.1996.5.04.5555, Pleno, Rel. Min. Milton de Moura França, julg. 29.11.2000).

Responsabilidade *subsidiária* da Administração Pública

“(…) não se pode deixar de lhe imputar [Administração Pública], em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo” (TST, IUJ-RR-297751-31.1996.5.04.5555, Relator Ministro Milton de Moura França, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/2000).

Responsabilidade *subsidiária* da Administração Pública

“(...) a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços prevista na Súmula nº 331, IV, do TST teve por fundamento não apenas a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, mas principalmente a responsabilidade civil subjetiva, prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil. (...) [O] ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação [de fiscalizar], permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a seus empregados as verbas trabalhistas que lhes eram devidas. Por conseguinte, ficou configurada a culpa *in vigilando*, hábil a justificar a atribuição de responsabilidade subsidiária, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil” (TST, ED-RR - 97000-51.2009.5.10.0011, 8ª T., Rel. Min. Dora Maria da Costa, julg. 6.4.2011).

Responsabilidade *subsidiária* da Administração Pública

“Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (STF, ADC 16, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 24.11.2010).

O STF reconheceu, em 2014, repercussão geral na controvérsia acerca das limitações à terceirização (ARE 713211 RG, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15.5.2014). Sobre o tema, aguardam julgamento no STF, ainda, a ADPF 324, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, e a ADI 5272, Rel. Min. Rosa Weber.