

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598

Direito e transformação social / coordenado por Anderson Schreiber, Marco Aurélio Bezerra de Melo. - 11. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

720 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-750-5

1. Direito. 2. Transformação social. I. Schreiber, Anderson. II. Melo, Marco Aurélio Bezerra de. III. Título.

2023-590

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340

2. Direito 34

DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

COORDENADORES

Anderson SCHREIBER
Marco Aurélio BEZERRA DE MELO

Adriana Ramos de Mello • Alexandre Junqueira Gomide • Aluisio Gonçalves de Castro Mendes • Ana Frazão • Ana Luiza Maia Nevares • Anderson Schreiber • André Gustavo Corrêa de Andrade • André Luís Machado de Castro • Andrea Issa Avila Vieira Martins • Augusto Werneck • Bruno Dubeux • Carlos Maroja • Carlos Nelson Konder • Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira • Chiara Spadaccini de Tefé • Christiane Serra Ferreira • Cristina Gaulia • Daniel Sarmento • Danielle Tavares Peçanha • Denise Levy Tredler • Eduardo Chow de Martino Tostes • Elise Costa Cruz • Fábio Amado • Fábio Zambitte Ibrahim • Fabíola Albuquerque Lobo • Fernanda Guerra • Flávio Ahmed • Guilherme Calmon Nogueira da Gama • Guilherme Magalhães Martins • Guilherme Peña de Moraes • Gustavo Tepedino • Heloisa Carpena • Heloisa Helena Barboza • J. M. Leoni Lopes de Oliveira • João Gabriel Madeira Pontes • José Guilherme Vasi Werner • José Luiz de Moura Faleiros Júnior • José Roberto de Castro Neves • Joyceane Bezerra de Menezes • Julia Mendes Luz • Luciano Oliveira Mattos de Souza • Luiz Claudio Guimarães • Luiz Edson Fachin • Luiz Roberto Ayoub • Marcela Santana Lobo • Marco Aurélio Bezerra de Melo • Marcos Alcino de Azevedo Torres • Marcos Catalan • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Maria Aglaé Tedesco Vilarde • Marina Bertinatto • Mário Luiz Delgado • Micaela Domínguez Dutra • Milena Donato Oliva • Pablo Rentería • Patricia Ribeiro Serra Vieira • Paulo Lobo • Rachel Delmás Leoni • Rafael Mansur • Rafael Viela • Roberto Dalledone Machado Filho • Rosângela Maria de Azevedo Gomes • Sergio Cavalieri Filho • Thiago Ferreira Cardoso Neves • Vanderson Maçullo Braga Filho • Vinicius Rangel Marques • Vitor Almeida • Wallace Corbo

SUMÁRIO

NOTA DOS COORDENADORES	
Anderson Schreiber e Marco Aurélio Bezerra de Melo.....	V
PREFÁCIO	
Henrique Carlos de Andrade Figueira	VII
PARTE I	
INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	
O DIREITO COMO EDUCADOR	
José Roberto de Castro Neves.....	3
A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL COMO FUNÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO	
Heloisa Helena Barboza.....	11
O PAPEL DO JUIZ NA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL – REPENSANDO A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	
Cristina Gaulia.....	21
O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	
Bruno Dubeux	37
A CONVERGÊNCIA ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	
Luciano Oliveira Mattos de Souza.....	41
IMPLEMENTAÇÃO DA AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: UM PROCESSO POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO	
André Luís Machado de Castro.....	51
A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO REQUISITO DE VALIDADE DA ELABORAÇÃO DE PLANOS DIRETORES. BREVES REFLEXÕES	
Augusto Werneck.....	69

PARTE II

IGUALDADE SUBSTANCIAL E DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

FUNDAMENTOS E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO

Anderson Schreiber 87

A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL:
CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE UM NOVO E CENTRAL RAMO DO DIREITO

Wallace Corbo..... 111

AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES

Sergio Cavaliere Filho 129

A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENINAS E MULHERES NO ÂMBITO DOS JUI-
ZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Adriana Ramos de Mello e Marcela Santana Lobo..... 139

A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA CAPACIDADE DE EXERCÍCIO NA LEGALIDA-
DE CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Vitor Almeida 153

AUTONOMIA, ACESSIBILIDADE E PLANEJAMENTO GRADUAL DE APOIO PELA
TOMADA DE DECISÃO APOIADA – TDA

Joyceane Bezerra de Menezes 169

A ADPF DAS FAVELAS: SEGURANÇA PÚBLICA, CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO
STF NA PROTEÇÃO DOS GRUPOS MARGINALIZADOS

Daniel Sarmiento e João Gabriel Madeira Pontes 185

FIM DOS DIREITOS HUMANOS: FIM DA TORTURA

Fábio Amado..... 205

NAZISMO NUNCA MAIS – A IMPORTÂNCIA DA MEMÓRIA E DA EDUCAÇÃO

Denise Levy Tredler 215

PARTE III

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

POSSE E PROPRIEDADE: UM CONFLITO INFINDÁVEL. A FUNÇÃO SOCIAL
COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DO VÍNCULO HOMEM-SOLO

Marcos Alcino de Azevedo Torres 233

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COLETIVA PARA A PROTEÇÃO DAS COMUNI-
DADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS NO BRASIL

Marco Aurélio Bezerra de Melo 253

LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO RESIDENCIAL E FOMENTO À MORADIA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thiago Ferreira Cardoso Neves..... 269

ALUGUEL SOCIAL E O DIREITO À MORADIA

Patricia Ribeiro Serra Vieira 281

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

Rosângela Maria de Azevedo Gomes..... 295

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA HERANÇA

J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Rachel Delmás Leoni..... 307

O CONTRATO *BUILT TO SUIT* COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alexandre Junqueira Gomide 319

OS MUNICÍPIOS E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE FEDERA-
LISMO COOPERATIVO E CONCRETUDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Flávio Ahmed..... 327

A CONSTRUÇÃO DOS “BENS COMUNS”: É POSSÍVEL SUPERAR A LÓGICA PRO-
PRIETÁRIA?

Gustavo Tepedino e Danielle Tavares Peçanha 341

ENSAIO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E OS BENS COMUNS: O
EXEMPLO DA ÁGUA

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas e Pablo Renteria 359

DISCRIMINAÇÃO HIDROSSOCIAL: UM ESTUDO DE CASO CONCRETO DA CEDA E DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19, E UM CAMINHO RUMO A UMA EFETIVA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL Eduardo Chow De Martino Tostes	369
---	-----

**PARTE IV
DIREITO DAS FAMÍLIAS E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E IDOSOS**

AS MUDANÇAS SOCIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA Luiz Claudio Guimarães	383
O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA JUDICIAL Elisa Costa Cruz	393
MULTIPARENTALIDADE: ASPECTOS AINDA CONTROVERTIDOS Fabiola Albuquerque Lobo e Paulo Lobo	407
A BUSCA DA PATERNIDADE PELA HERANÇA E A CRISE DA LEGÍTIMA Ana Luiza Maia Nevares	417
A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA FRENTE À SEXUALIZAÇÃO PRECOCE INCITADA PELA PUBLICIDADE: NOTAS LIGEIRAS SOBRE A NECESSÁRIA TUTELA DE CADA DESPERTAR DA AURORA Marina Bertinatto e Marcos Catalan	427
A BIOÉTICA TRANSFORMANDO A SOCIEDADE ATRAVÉS DAS DECISÕES JUDICIAIS Maria Aglaé Tedesco Vilardo	439

**PARTE V
PROTEÇÃO DOS CONTRATANTES VULNERÁVEIS**

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS Carlos Nelson Konder	451
IMPACTOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE BRASILEIRA Milena Donato Oliva e Vinícius Rangel Marques	461

CONTRATOS CONSCIENTES: UMA ABORDAGEM RELACIONAL PARA DOCUMENTOS LEGAIS Fernanda Guerra	469
---	-----

**PARTE VI
TRABALHO, MERCADO E TRIBUTAÇÃO**

DA PRAÇA AO JARDIM: DIREITO, TRABALHO E PROMESSAS CONSTITUCIONAIS Luiz Edson Fachin e Roberto Dalledone Machado Filho	481
DANOS À DIGNIDADE DO TRABALHADOR: NOTAS SOBRE O REGIME DO “DANO EXTRAPATRIMONIAL” NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO Rafael Mansur	491
A PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS DESAFIOS DA PRÓXIMA DÉCADA: UMA ANÁLISE DE SEU POTENCIAL TRANSFORMADOR Fábio Zambitte Ibrahim e Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira	505
DIREITO DO CONSUMIDOR E A INTEGRIDADE NO MERCADO Heloisa Carpena	519
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: REPERCUSSÕES PRÁTICAS Mário Luiz Delgado	531
O EMPREENDEDORISMO E A NOVA LEI DAS <i>STARTUPS</i> : ATIVIDADE ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL Rafael Viola	545
A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS LIGADAS À EDUCAÇÃO E AO ESPORTE Luiz Roberto Ayoub e Vanderson Maçullo Braga Filho	559
IMPACTOS SOCIAIS E POLÍTICOS DO ANTITRUSTE Ana Frazão	573
O TRIBUTO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS Micaela Dominguez Dutra	587

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Sumário: 1. Os direitos fundamentais se aplicam às relações contratuais? – 2. A integridade psicofísica e a contratualização do corpo – 3. Contratualização da imagem, da privacidade e dos dados pessoais – 4. Igualdade e não discriminação nas relações contratuais – 5. Solidariedade e contrato: os direitos sociais nas relações contratuais – 6. Considerações finais.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SE APLICAM ÀS RELAÇÕES CONTRATUAIS?

A ideia de que exista algum tipo de relação social em que não sejam protegidos os direitos fundamentais hoje causa imediata resistência. Entretanto, isso configura uma conquista histórica, já que os direitos fundamentais foram concebidos como instrumentos de proteção da pessoa frente à potencial opressão vinda do Estado. A proliferação de poderes privados, tão ou mais fortes do que o Estado, deu ensejo ao reconhecimento de que também essas normas constitucionais têm papel importante nas relações entre particulares, especialmente quando marcadas por uma desigualdade de força entre as partes.

A controvérsia reside em como deve se dar essa aplicação, já que nas relações entre particulares – diferente do que ocorre perante o Estado – ambas as partes são titulares de direitos fundamentais. Sucederam-se, assim, teorias voltadas a guiar o intérprete nessa aplicação, como a *State action doctrine*, a teoria da eficácia indireta, os chamados deveres de proteção e a doutrina da eficácia direta e imediata.¹ No âmbito dos contratos,

1. Para aprofundamento no debate teórico, v., entre tantos, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, I. W. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000, p. 107-163; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago Luís Santos. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

o debate é ainda mais intenso, tendo em vista a força histórica da autonomia privada nessa seara.² A conclusão costuma ser que todas as teorias acabam recaindo numa atitude de ponderação, preferindo ou privilegiando a autonomia privada em maior ou menor grau, mas, afastando-se do rico debate teórico, pretende-se aqui realizar apenas superficial panorama da riqueza de situações que esse debate tem enfrentado e que certamente merece maior atenção dos estudiosos.

2. A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E A CONTRATUALIZAÇÃO DO CORPO

A disposição do próprio corpo é tratada pelo legislador ordinário com clara referência: o Código Civil brasileiro, no seu artigo 13, a reputa em regra *defesa*, reproduzindo o tabu social existente sobre o corpo.³ Os três critérios referidos pela legislação excepcional essa indisponibilidade – a permanência da diminuição, os bons costumes e a existência de uma exigência médica – são igualmente reflexos de padrões culturais históricos, que conflitam potencialmente com os preceitos constitucionais que resguardam o pluralismo e vedam a discriminação.

Práticas culturais tradicionais – como o *Kiscedjé*, o disco labial dos indígenas brasileiros, o *padang*, os anéis de bronze usados pelas mulheres do sudeste asiático da África, e o ritual do *O Kee Pa*, dos indígenas norte-americanos, que eram elevados pinganços presos à própria pele dentro das cabanas como forma de ascensão espiritual – revelam que um desenho legislativo excessivamente restritivo contrasta com o respeito à diversidade cultural. Ainda hoje em dia, modificações corporais como brincos, piercings, tatuagens e implantes de silicone são prática reiteradamente aceitas e resguardadas, bem como costumam ser toleradas, embora fora da cultura *mainstream*, atos mais radicais de *body art*, como aqueles praticados pelo “homem-lagarto”, a “mulher-vampiro”, o “menino-zumbi” e o performático “Stelarc”.⁴ Nesses contextos, o corpo se revela como expressão da individualidade da pessoa, manifestando orientações culturais, religiosas, políticas, sentimentais, e, em suma, diversidade de aspectos que, em seu conjunto, constroem a identidade de cada ser humano.⁵

Entretanto, existe uma fronteira tênue para que essa tutela da autonomia não se torne chance para atos negociais em que a pessoa pratica atos incompatíveis com a sua saúde ou premissas que levam as pessoas a procedimentos que colocam em xeque a integridade física, como cirurgias plásticas arriscadas e mesmo casos mais graves, como o exemplo do tatuador Brendan McCarthy, que era contratado para sua própria defesa e se o exemplo do manilho de um cliente e fazer uma fenda na língua de outro e praticas como arrancar o mamilo de um cliente e fazer uma fenda na língua de outro e acabou sendo responsabilizado, civil e criminalmente, por ter removido a orelha de um cliente sem anestesia.⁶ A existência de um contrato, com o consentimento informado do cliente cujo corpo é modificado, não parece ser suficiente para legitimar certos atos de disposição, como é o caso dos chamados *wannabes* ou *amputees-by-choice*, que, premiados por um anseio profundo chegam a procurar as amputações fora do ambiente médico, expondo a risco ainda maior sua saúde.⁷

Da mesma forma, não é incomum que questões financeiras possam interferir com o exercício efetivo de uma liberdade corporal, de modo que o aparente consentimento para contratar seja, na realidade, muito pouco autônomo. São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos dos ordenamentos que – ao contrário do nosso – admitem a venda de sangue, como forma de supostamente estimular a participação, mas que acaba desestimulando eventuais doadores.⁸ O tema se torna ainda mais delicado no tocante à indústria pornográfica, ilustrado pela decisão do tribunal alemão no sentido de que, embora o *strip-tease* seja uma prática admissível, porque a pessoa se expõe dirige sua própria conduta, seriam vedados os *peep shows*, nos quais é o cliente que submete a pessoa exposta aos seus desejos.⁹

Talvez o caso mais extremo seja a prática iniciada pela Casa Sanchez, o restaurante familiar que oferecia almoço livre pelo resto da vida para quem tatuasse o logotipo do estabelecimento no próprio corpo, e cujo exemplo foi incrementado pela agência londrina que vendia espaços de publicidade nas costas de pessoas e pela Air New Zealand, que anunciava com tatuagens temporárias em pessoas com a cabeça raspada.¹⁰ Os casos ilustram uma difícil transição entre assegurar o legítimo exercício da liberdade de contratar e resguardar a indisponibilidade de bens reputados intrínsecos à dignidade da pessoa humana.

² *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 274-320. São Paulo, jan. 2007. TEPEDENO, Gustavo.

³ A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 41-64; UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARELET, I. W. (Org.). *Constitución y derechos fundamentales y derecho privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338. Seja consensualmente remetido também a KONDER, Carlos Nelson. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo do direito de gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público*, v. 99, p. 47-65, 2016.

⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no Direito brasileiro em função da experiência europeia. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 28, ano 8, p. 52-81. Porto Alegre, jul./set. 2014.

⁵ Sobre o tema, v. RODRIGUES, José Carlos. *Tabu do corpo*, 4. ed. Rio de Janeiro: Dois Pontos, 1986, p. 45.

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35-36; KONDER, Carlos Nelson. *Próprio corpo. Pensar – Revista de ciências jurídicas*: possibilidades e limites de um direito a modificar

⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos III*

⁸ THE GUARDIAN. Tattooist 'Dr Evil' jailed for performing ear and nipple removals. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/mar/21/tattooist-dr-evil-jailed-for-performing-ear-and-nipple-removals>. Acesso em: 04 out. 2020.

⁹ Seja consentido remetido a KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15, p. 41-71, 2003.

¹⁰ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*: os limites morais do mercado, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 123.

¹¹ Sobre o debate, v. CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Alameda, 2017, p. 223.

¹² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*: os limites morais do mercado, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 183.

distinções de regime tributário, em propriedade intelectual com restrição territorial e em regulamentos setoriais que imponham obrigações específicas.²⁷ Ilustra-se, ainda, com a cobrança de preços diferentes por passagens áreas dos mesmos voos para os mesmos destinos, que leva em conta fatores como cancelamento, troca, antecedência da compra ou quantidade de passagens compradas, bem como o exemplo da oferta de descontos para o consumidor que adquire maior volume de bens idênticos, fundada no repasse ao consumidor do aproveitamento de economias de escala pelo vendedor.²⁸

Não são poucos, contudo, os exemplos em que essa justificativa fica menos clara. Jorge Cesa Ferreira da Silva ilustra com o caso americano dos floristas que invocaram sua liberdade religiosa para não prestar serviço a um casamento homoafetivo e o caso brasileiro da cobrança de ingresso diferenciada para homens e mulheres em casas noturnas.²⁹

Maior destaque foi dado à questão com o desenvolvimento da tecnologia, que permitiu as práticas de *geopricing* e *geoblocking*, que usam os dados de localização do consumidor para majorar preços ou mesmo impedir o acesso ao serviço.³⁰ A prática ganhou notoriedade com o caso da Decolar.com, multada em sete milhões e quinhentos mil reais pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor em virtude de “diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor, técnicas conhecidas como *geopricing* e *geoblocking*”.³¹

O tradicional âmbito da liberdade de contratar, tradicional terra do arbítrio, estaria sensível a exigências de tutela da pessoa humana que, em alguma medida, acabam por impedir os contratantes de realizarem distinções arbitrárias.

personais e discriminação algorítmica nos seguros. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, e, especialmente SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, recurso eletrônico, que defende que distinções ilícitas devem ser reputadas discriminatórias se “vivenciadas por alguns grupos que tenham por fim, ou por efeito, impedir ou dificultar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício de direitos usuais da vida em sociedade, em igualdade de condições com terceiros”.

27. MORASSUTTI, Bruno Schmitt. Responsabilidade Civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de *geoblocking* e *geopricing*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 213-234, jul.-ago. 2019.
28. RAGAZZO, Carlos; BARRETO, Matheus. Condutas anticompetitivas e inteligência artificial: casos e discussões. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 9, out.-dez. 2020, recurso eletrônico.
29. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, recurso eletrônico.
30. FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 235-260, jul.-ago. 2019.
31. Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking. *Justiça.gov.br*, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 15 maio 2021. Sobre o tema, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. *Geopricing, geoblocking e discriminação algorítmica: pode a localização ser um dado sensível?* In: EHRHARDT JR., M.; CATALAN, M.; MALHEIROS, P. (Coord.). *Direito do consumidor e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 59-86.

5. SOLIDARIEDADE E CONTRATO: OS DIREITOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Extraído a partir do art. 3º, I e III, do texto constitucional, o princípio constitucional da solidariedade expressa “o conjunto de instrumentos voltados para se garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.³² No âmbito do direito contratual, essa ideia solidarista se manifesta impondo aos contratantes comportamento colaborativo não somente entre si, como ocorre por meio da incidência da boa-fé, mas também perante a coletividade que os cerca e na qual a relação contratual se insere.³³ Isso envolve exigir dos contratantes não somente omitir-se de violar interesses da coletividade, mas ativamente agir para atendê-los.

A análise dos efeitos do contrato a partir de sua contextualização na comunidade da qual ele se origina tem sido abordada principalmente a partir da controversa figura da função social do contrato.³⁴ Um dos aspectos desse debate refere-se, justamente, à

32. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 247.

33. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, I. W. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 153.

34. Sobre o tema, entre tantos, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750, p. 113-120. São Paulo, abr. 1998; BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004; HADDAD, Luis Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45, p. 141-152. São Paulo, jul./set. 1988. KONDER, Carlos Nelson. Para além da ‘principalização’ da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 39-59, 2017; MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, ano X, n. 53, ago.-set. 2004; NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civil*, v. 11, p. 37-56, Belo Horizonte, jan./mar. 2017; RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, M. C. B. de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288; ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda (Org.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 81-111; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, I. W. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127-150; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018; TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. *Revista dos Tribunais*, n. 940, p. 49-85. São Paulo: Ed. RT, fev. 2014, 2014.

eficácia dos direitos fundamentais ditos sociais nas relações contratuais. Em rol minucioso, o artigo 6º do texto constitucional explicita: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Além de sua dimensão de defesa, tais direitos projetam uma dimensão prestacional, razão pela qual a resistência a reconhecer-lhes eficácia nas relações entre particulares é ainda maior.

Entretanto, essa peculiaridade não parece servir a afastar de todo sua incidência, mas apenas influenciar no inevitável processo de ponderação. Exemplificativamente, nossa jurisprudência invocou expressamente o direito fundamental à moradia ao recorrer a invocação do direito à saúde nos julgados envolvendo planos de saúde.³⁵ Isso vem se destacando também nos financiamentos com destinação especial, como os educacionais e os habitacionais, que atraem uma normativa sensível à tutela do acesso à educação e à moradia.

Essa eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações contratuais deve ser avaliada sob perspectiva funcional, isto é, observando como a função específica daquele contrato vincula-se à efetivação daquele direito. Afirma-se, assim, que a eficácia dos direitos fundamentais sociais, nesses casos, liga-se à “existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão”.³⁷

Além dos mais tradicionais direitos fundamentais sociais, é possível reconhecer também um espaço de atuação nas relações contratuais para os chamados direitos fundamentais de terceira geração, “que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”, mas “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo”.³⁸ É o caso, por exemplo, de contratos cujos efeitos, de alguma forma, repercutem sobre o meio ambiente ou o patrimônio histórico, artístico e cultural e que, portanto, sua normativa deve ser sensível a esses interesses.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato, tradicional *locus* de uma autonomia privada concebida em abstrato e indiferente ao contexto que o cerca, é hoje relido como também ele um instrumento

35. STF, Pleno, RE 407688, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 08.02.2006, publ. DJ 06.10.2006.

36. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In SARLET, I. W. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 154; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 331.

37. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 344.

38. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 569; “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termo de existencialidade concreta” (exemplos do meio ambiente, da comunicação e do patrimônio comum da humanidade).”

de transformação social. Sua função deve ser analisada não apenas sob a perspectiva puramente econômica, mas igualmente como um mecanismo de solidariedade social e de proteção à personalidade.

Nessa toada, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais impõe leitura ponderada e sensível dos interesses em jogo, reconhecendo-se que a tutela desses corolários da dignidade da pessoa humana não implica necessariamente confronto com a autonomia privada. Frequentemente, ao contrário, a atividade negocial pode se traduzir em veículo para o exercício de um dos aspectos mais fundamentais da tutela da pessoa humana: o livre desenvolvimento da personalidade.

É necessário, todavia, ter atenção à realidade concreta dos contratantes, muitas das vezes premidos por forças contextuais em virtude das quais o exercício da liberdade contratual se dá somente do ponto de vista formal, eis que privado de condições genuínas de exercício de sua autodeterminação. Da mesma forma, deve-se levar em conta que a eleição, pelo constituinte, de interesses coletivos mercedores de tutela acaba por imiscuir-se na normativa contratual, em especial no âmbito de atividades massificadas.

Nessa linha, tratando-se de negócio por essência patrimonial, deve-se ter atenção a que os imperativos econômicos não acabem por inviabilizar a proteção daquele mínimo necessário para resguardar a qualquer pessoa a prerrogativa de perseguir uma vida que reputa digna. O rico debate trazido pelos diversos problemas relativos à eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais – panoramicamente relatados aqui e mercedores de maior atenção da doutrina – acaba por se fundar na questão fundamental colocada pelo saudoso jurista italiano Stefano Rodotà: “Podemos verdadeiramente confundir o desespero com a liberdade?”³⁹

39. RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, v. 17, p. 139-152, Belo Horizonte, jul./set. 2018.